

# Lehrbuch

des

## Österreichischen Privatrechts.

In fünf Bänden.

Von

Dr. Horaz Krasnopolski.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben und bearbeitet von

Dr. Bruno Raska,  
Professor an der deutschen Universität in Prag.

Fünfter Band. Erbrecht.



München und Leipzig,  
Verlag von Duncker & Humblot.

Wien,  
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.  
1914.

# Österreichisches

## Erbrecht.

Von

Dr. Horaz Krasnopolski.

Aus dessen Nachlaß herausgegeben und bearbeitet von

Dr. Bruno Raska,  
Professor an der deutschen Universität in Prag.



München und Leipzig,  
Verlag von Duncker & Humblot.

Wien,  
Manzsche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.  
1914.

## Vorwort.

Die Arbeit an diesem Bande des Lehrbuches des österreichischen Privatrechts, das ich auf Grund der Vorlesungshefte meines Lehrers Krasnopolski herausgebe, hat einen längeren Zeitraum erfordert, als die Herausgabe des obligationenrechtlichen und des familienrechtlichen Teiles. Die Ursache liegt in der Gestaltung des erbrechtlichen Kollegienheftes, das der Bearbeitung zum Lehrbuche weit größere Schwierigkeiten bot, als die beiden bisher bearbeiteten Vorlesungshefte.

Die erbrechtlichen Vorlesungen sind nur in einer einzigen vollständigen Niederschrift vorhanden, die ebenso, wie die Niederschriften der obligationenrechtlichen und familienrechtlichen Vorlesungen, nicht von der Hand des Autors herrührt. Die Zeit des Entstehens dieser Niederschrift läßt sich, da jede Angabe hierüber fehlt, nicht genau bestimmen, doch kann sie durch eine Vergleichung des erbrechtlichen Kollegienheftes mit anderen Vorlesungsheften annähernd festgestellt werden. Es mag zu diesem Zwecke auch hier wiederum an jene Angaben erinnert werden, die im Vorworte zum dritten Bande dieses Lehrbuches enthalten sind: daran, daß von den beiden, ungefähr 8—10 Jahre auseinander liegenden Niederschriften der obligationenrechtlichen Vorlesungen die ältere eine breitere Darstellung zeigt, während bei der zweiten das Streben nach kürzerer Fassung obwaltet; daß weiter bei der ersten Redaktion im allgemeinen eine Scheidung zwischen Text und Anmerkungen in der Art durchgeführt ist, daß die literarischen Nachweisungen, die Beziehungen auf Präjudikate, die auf die Entstehungsgeschichte bezüglichen Bemerkungen, die Zitate von Paragraphen ausländischer Gesetze u. dgl. zum größten Teile in die Anmerkungen verwiesen sind und nur in seltenen Fällen im Texte stehen, während die jüngere Niederschrift eine solche Trennung im Text und Anmerkungen nicht aufweist; daß ferner in der ersten Niederschrift noch durchwegs auf das frühere Prozeß- und Exekutionsrecht verwiesen, und die Reform des Prozeß- und Exekutionsrechtes nur in kurzen und schlagwortartigen Einschüben von der Hand Krasnopolskis berücksichtigt wird, während die jüngere Redaktion schon überall im Texte selbst die neuen prozeß- und exekutionsrechtlichen Bestimmungen vermerkt; und daß schließlich die erste Redaktion sehr zahlreiche Literaturnachweise, insbesondere viele Allegate aus der älteren kommentaristischen Literatur zum ABGB. enthält,

Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung, vorbehalten.

Koupieno Barvi - Novak  
 V Brni za Kč 40-  
 inv. č. 7.304

ÚSTŘEDNÍ KNIHOVNA  
 P. AVIČOVÉ FAKULTY UJEP  
 STARÝ FOND  
 Č. inv.: 010705

Altenburg  
 Hiererische Hofbuchdruckerei  
 Stephan Seibel & Co.



während die literarischen Nachweisungen in der zweiten Niederschrift — mit Rücksicht auf die spätere, in meinem Vorworte zum dritten Bande erwähnte Abneigung Krasnopolskis gegen eine allzustarke Belastung wissenschaftlicher Publikationen mit Literaturangaben — erheblich reduziert erscheinen. Wenn man nun unter Berücksichtigung der hervorgehobenen Unterschiede zwischen den beiden Redaktionen der obligationenrechtlichen Vorlesungen das erbrechtliche Kollegienheft mit diesen beiden Niederschriften vergleicht, so ergibt sich, daß es durchwegs den gleichen Charakter aufweist, wie die ältere Redaktion. Es ist somit aus diesen und manchen anderen Momenten der Schluß gerechtfertigt, daß die ältere Redaktion des Obligationenrechts und das erbrechtliche Kollegienheft ungefähr um die gleiche Zeit — kurz vor 1890 — entstanden sind. Da nun dem dritten Bande dieses Systems die jüngere Redaktion des Obligationenrechts zugrundegelegt wurde, und das für den vierten Band verwendete familienrechtliche Kollegienheft der Entstehungszeit nach zwischen den beiden Redaktionen des Obligationenrechts steht, so ist das Material, das aus dem Nachlasse Krasnopolskis in diesem Bande verarbeitet wurde, jedenfalls älter, als die Grundlagen, auf denen die Herausgabe und Redaktion der beiden früheren Bände fußte.

Schon hieraus ergibt sich, daß die Arbeit des Herausgebers bei diesem Bande eine weiterreichende und tieferereingreifende sein mußte. Dazu kommt noch, daß das erbrechtliche Vorlesungsheft am wenigsten unter dem Gesichtspunkte der späteren Bearbeitung zum Lehrbuche geschaffen zu sein scheint, vielmehr in seiner ganzen Anlage ausschließlich dem primären Zwecke Rechnung trägt, als Vorlage für den mündlichen Vortrag zu dienen. Vor allem fällt aber der Umstand ins Gewicht, daß das Erbrecht — von den selteneren Fällen abgesehen, in denen es den Gegenstand eines übrigens in der Stundenzahl sehr beschränkten Spezialkollegs bildete — von Krasnopolski immer als die letzte Partie des Lehrstoffes in seiner jährlichen Vorlesung über allgemeines Privatrecht tradiert wurde und eine mehr kursorische Behandlung erfuhr. Es fehlte somit schon bei der Entstehung des Kollegienheftes jeder Anlaß zu einem Eingehen in Detailfragen, und es fehlte in der Folge — zumindest bei den meisten erbrechtlichen Kapiteln — der Anreiz zu jener verbessernden und ergänzenden Nachprüfung, die Krasnopolski an den übrigen Partien seiner Vorlesungen im Laufe vieler Jahre fast täglich vornahm. Alles zusammengefaßt: das diesem Bande zugrundegelegte Material aus dem literarischen Nachlasse Krasnopolskis befand sich für die Bearbeitung zum Lehrbuche in einem weit unfertigeren Zustande, als die familienrechtlichen Vorlesungen oder gar die zweite Redaktion des obligationenrechtlichen Kollegienheftes. Daß viele Detailfragen überhaupt unerörtert geblieben sind, wurde schon bemerkt. Andere werden nur angedeutet und in wenigen Schlagworten berührt. Die Grundprobleme sind allerdings durchwegs mit

der vorbildlichen Gründlichkeit Krasnopolskis behandelt, aber auch hier ergeben sich starke Unterschiede hinsichtlich des Grades der Vollendung der bezüglichen Ausführungen. Natürlich finden sich auch im Erbrechte bei manchen Partien mehrere aus verschiedenen Zeiten herrührende Fassungen, sowie Widersprüche zwischen den einzelnen Teilen des Systems. Und zwar zeigen sich diese Erscheinungen im Erbrechte häufiger, als in den beiden bisher bearbeiteten Kollegienheften. Besonders deutlich tritt die Einwirkung der oben erwähnten Zurücksetzung des Erbrechts oder doch wesentlicher Teile des Erbrechts in der jährlichen Vorlesung bei den Literaturnachweisungen und den Zitaten der oberstgerichtlichen Entscheidungen in die Erscheinung. Die ältere Literatur ist allerdings lückenlos verarbeitet, und auch die älteren Entscheidungen des obersten Gerichtshofes sind fast durchaus verwertet. Dagegen gilt das nicht in gleichem Maße von den neueren Erscheinungen der österreichischen zivilistischen Literatur und von der jüngeren Judikatur. Zwar sind die wichtigeren Arbeiten und Erkenntnisse bis etwa zum Jahre 1902 zitiert. Doch begnügte sich eben Krasnopolski in sehr vielen Fällen mit dem bloßen Zitate, ohne jene gründliche Verarbeitung des Literatur- und Judikaturmaterials vorzunehmen, die die anderen Vorlesungshefte aufweisen. An dieser Stelle soll auch erwähnt werden, daß in der Niederschrift des erbrechtlichen Kollegs die Hinweise auf das deutsche BGB. fehlen. Diese Erscheinung darf allerdings nicht ohne weiteres als ein Zeichen größerer Unfertigkeit gewertet werden. Denn vielleicht war diese Unterlassung der Zitate aus dem deutschen BGB. eine absichtliche und auf die Erwägung gegründet, daß im Hinblick auf die durchaus verschiedenen Grundlagen, auf denen das österreichische und das deutsche Erbrecht aufgebaut sind, eine Vergleichung dieser beiden Normenkomplexe im einzelnen nur von geringerem Werte sein könne.

Diese Ausführungen über die formale und inhaltliche Gestaltung des erbrechtlichen Kollegienrechtes geben zugleich auch Aufschluß über die Richtung und den Umfang der Tätigkeit des Bearbeiters. Nicht nur das Ausmaß dieser Arbeit war größer, als bei den früheren Bänden, auch ihre Art war insofern eine andere, als meine Stellung gegenüber dem vorhandenen Material eine freiere war. Das darf aber nicht dahin gedeutet werden, daß ich beim erbrechtlichen Bande von dem Prinzip der größtmöglichen Treue gegenüber dem Kollegienhefte abgewichen bin. Nach wie vor ist es meine Überzeugung, daß die Befolgung dieses Prinzipes die größte Gewähr für eine wirklich wertvolle Bereicherung der österreichischen zivilistischen Literatur bietet. Nur darf der erwähnte Grundsatz nicht mißverstanden werden. Er darf nicht dahin ausgelegt werden, daß sich der Herausgeber sklavisch an das halten muß, was der Autor vor vielen Jahren und gewiß nicht in der Absicht der unveränderten Aufnahme in ein Lehrbuch geschrieben hat. Er kann vielmehr

nur den Sinn haben, daß der Herausgeber bloß dort ändern soll, wo er nach gewissenhafter Prüfung die Frage bejahen darf, ob auch der Autor geändert haben würde, wenn er selbst die Umarbeitung zum Lehrbuch vorgenommen hätte. Die Notwendigkeit zu solcher Prüfung und solcher Bejahung ist aber naturgemäß um so häufiger und um so weiterreichend, je weniger bei der ursprünglichen Abfassung des Manuskriptes und bei den späteren Änderungen und Ergänzungen an die Umarbeitung zum Lehrbuche gedacht wurde. So waren denn beim erbrechtlichen Bande nicht nur die Fälle zahlreicher, in denen Fragen zu behandeln waren, die im Kollegienhefte überhaupt nicht erwähnt sind, oder in denen ein bloß andeutungsweise erörtertes oder gar nur durch ein Schlagwort berührtes Problem eingehend bearbeitet werden mußte; es mußte auch hie und da eine vollständig ausgearbeitete Partie inhaltlich und formell umgestaltet werden. Ich hatte zu erwägen, ob nicht diese Stellen irgendwie kenntlich zu machen seien. Das wäre wohl in der Richtung des Wunsches mancher Rezensenten gelegen, daß man das ursprüngliche Werk Krasnopolskis von der Arbeit des Herausgebers müsse unterscheiden können. Allein dieser Wunsch wäre trotzdem unerfüllt geblieben, weil er unerfüllbar ist. Ich kann die von mir völlig umgearbeiteten Partien, bei denen ja natürlich die Ausführungen des Autors nach Möglichkeit verwertet wurden, ebensowenig als mein geistiges Alleineigentum bezeichnen, wie anderseits etwa der ganze übrige Text schlechthin als Vorlesungsheft Krasnopolskis angesehen werden kann. Ganz unverändert wurde ja kaum eine einzige Zeile aus dem Kollegienhefte in das Lehrbuch herüber genommen. Man muß sich eben bei literarischen Nachlässen, die zum Drucke bearbeitet werden, damit abfinden, daß Werke entstehen, in denen die Arbeit des Autors und die des Herausgebers derart innig miteinander verwoben sind, daß man das Gebiet der einen und das der anderen nicht voneinander abgrenzen kann.

Wenn ich nach diesen allgemeinen Bemerkungen noch ein weiteres über die Herausgeberarbeit am erbrechtlichen Bande sagen soll, so kann ich im wesentlichen auf das verweisen, was ich über die Tätigkeit des Bearbeiters in den Vorworten zum dritten und vierten Bande des Systems geschrieben habe. Das gilt vor allem bezüglich der Scheidung in Text und Anmerkungen und der hierbei maßgebenden Gesichtspunkte, hinsichtlich der Anordnung der Ansicht Krasnopolskis und der abweichenden Meinungen anderer Autoren, sowie rücksichtlich der Behandlung mehrerer aus verschiedenen Zeiten stammender Redaktionen, der Ausmerzung überflüssiger Wiederholungen und der Beseitigung von Widersprüchen. Ebenso ist über die Berücksichtigung der fremdländischen Gesetzgebungen und des Revisionsentwurfes zum ABGB. — in der Fassung der Beschlüsse der Kommission für Justizgegenstände des Herrenhauses —, ferner über die Korrektur der Allegate, die nachprüfende Verarbeitung

des gesamten in das Kollegienheft aufgenommenen Judikatenmaterials und die Zitterweise der Entscheidungen, die fast immer mit kurzer Inhaltsangabe angeführt werden, sowie endlich über die Aufnahme und Verarbeitung der neueren Gesetze zivilrechtlichen Inhalts, literarischen Erscheinungen und oberstgerichtlichen Entscheidungen das gleiche zu sagen, was darüber in den früheren Vorworten enthalten ist. Nur muß erwähnt werden, daß das Nachtragen und Verarbeiten der neueren literarischen Erscheinungen und Judikate beim erbrechtlichen Bande nicht erst mit dem Jahre 1902 — aus diesem stammt die jüngste im Vorlesungshefte noch zitierte Entscheidung — beginnen konnte, sondern schon mit dem Jahre 1890 — der beiläufigen Entstehungszeit des Kollegienheftes — einsetzen mußte, da, wie bereits bemerkt wurde, von den in die Zeit von 1890 bis 1902 fallenden Publikationen und Erkenntnissen nur die wichtigeren erwähnt, und auch diese meist bloß zitiert und nicht verarbeitet sind.

Der erbrechtliche Band enthält zwei Anhänge, von denen der eine das Familienfideikommiß, der andere das Anerbenrecht behandelt. Was das Familienfideikommiß anlangt, so ist die Frage, in welchem Teile des Privatrechtssystems es eigentlich heimatsberechtigt ist, seit langem streitig. Die einen verweisen es in das Erbrecht, andere in das Familienrecht, wiederum andere in das Sachenrecht, und eine vierte Gruppe endlich zerstückt die Materie und teilt sie zwischen Sachen- und Erbrecht auf. Welcher Ansicht Krasnopolski war, läßt sich nicht genau feststellen. Er behandelte das Fideikommißrecht, soweit er es überhaupt las, immer im erbrechtlichen Teile des Hauptkollegs, und zwar der Legalordnung folgend im Anschlusse an die fideikommissarische Substitution, oder in einem erbrechtlichen Spezialkolleg über Legate und Fideikommiße. Im Vorlesungshefte findet sich aber das Fideikommißrecht feltamerweise nicht an jener Stelle, an der es im Kolleg tradiert wurde, sondern es ist in einer Reihe selbständig paginierter Bogen behandelt, die dem erbrechtlichen Kollegienhefte als Anhang beigegeschlossen sind. Ich hatte keine Veranlassung, von diesem Vorgange im Lehrbuche abzuweichen. Denn wenn ich auch der Ansicht bin, daß die Zerstückung der Materie und deren Aufteilung zwischen Sachen- und Erbrecht der theoretisch richtigste Weg ist, so bin ich mir doch auch bewußt, daß in einem Buche, welches in erster Linie didaktischen Zwecken zu dienen bestimmt ist, diese Methode unanwendbar ist, und das Fideikommißrecht als Ganzes behandelt werden muß. Das kann aber, da das Familienfideikommiß einerseits weder in das Sachen-, noch in das Familien-, noch endlich in das Erbrecht gehört, anderseits aber mit jedem dieser drei Rechtsgebiete zusammenhängt, am besten in einer isolierten Darstellung erfolgen, die als Anhang an einen der genannten drei Systemteile angeschlossen wird. Wenn sich Krasnopolski unter diesen drei Systemteilen für das Erbrecht entschieden

hat, so erscheint dies durch das äußere Moment der Legalordnung und durch den Umstand, daß der Zusammenhang zwischen Familienfideikommiß und Erbrecht besonders eng ist, hinreichend gerechtfertigt.

Das Anerbenrecht, das den Gegenstand des zweiten Anhangs bildet, ist im erbrechtlichen Kollegienhefte nur mit einigen Worten als eine der Ausnahmen von der regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge erwähnt. Als das Vorlesungsheft entstand, existierte neben dem alten Tiroler Patente nur das Reichsanerbenengesetz vom Jahre 1889, das als Rahmengesetz infolge des Fehlens der ausfüllenden Landesgesetze noch nirgends in Wirksamkeit getreten war. Dieser Rechtszustand ließ Krasnopolski eine Erörterung des Anerbenrechtes offenbar unnötig erscheinen. Daß sie auch später nicht eingefügt wurde, als das neue tirolische und das Kärnthner Landesanerbenengesetz erschienen, ist wohl darauf zurückzuführen, daß im Hauptkolleg nicht einmal für eine genauere Besprechung aller erbrechtlichen Hauptfragen, geschweige denn für die Behandlung einer minder wichtigen und besonders für den Prager Juristen sehr wenig praktischen Materie Raum war. In das Lehrbuch mußte natürlich eine eingehende Erörterung des Anerbenrechtes aufgenommen werden, um so mehr als seither sein Anwendungsgebiet durch das böhmische Landesgesetz vom Jahre 1908 erheblich erweitert worden ist. Zu erwägen war nur, an welcher Stelle des Erbrechtssystems das neue Kapitel eingeschaltet werden sollte. Für die von mir in dieser Hinsicht getroffene Entscheidung war maßgebend, daß das Anerbenrecht zwar in erster Linie als Ausnahme von der normalen Intestaterbfolge in Betracht kommt, aber doch nicht nur unter diesem Gesichtspunkte betrachtet werden darf. Ich nahm daher in den Paragraphen über die Abweichungen von der regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge nur einige allgemeine Bemerkungen über das Anerbenrecht auf und verwies die zusammenhängende Darstellung dieser Materie in einen Anhang.

Die mühevollen Transkription des Manuskriptes besorgte Herr Privatdozent Dr. Egon Weiß. Bei der Zusammenstellung der Register gewährte mir Herr Dr. Otto Taussig wertvolle Unterstützung. Diesen beiden Herren, der Familie Krasnopolski, die mir auch für die Arbeit an diesem Bande die Bibliothek Krasnopolskis zur Verfügung stellte, und Herrn Dr. Ewald Stein, der mir bei der letzten Revision der Druckvorlage bzw. bei den Korrekturen half, sage ich vielen Dank.

Prag, im Mai 1913.

Bruno Rakfa.

## Inhaltsverzeichnis.

	Seite
Vorwort von Bruno Rakfa . . . . .	V
Verzeichnis der Abkürzungen . . . . .	XIII
Verzeichnis der Verbesserungen . . . . .	XV
<b>Erstes Kapitel. Begriff und Voraussetzungen der Erbfolge.</b>	
§ 1. Nachlaß, Erbrecht und Erbfolge . . . . .	1
§ 2. Die Eröffnung der Erbfolge und der Anfall der Erbschaft . . . . .	9
§ 3. Die Erbfähigkeit . . . . .	15
§ 4. Der Verzicht auf die Erbfolge . . . . .	26
§ 5. Die Erbschaft vor der Antretung (die ruhende Erbschaft). . . . .	31
§ 6. Die angetretene Erbschaft . . . . .	37
<b>Zweites Kapitel. Die Berufung zur Erbfolge durch eine letzte Willenserklärung.</b>	
§ 7. Begriff der letzten Willenserklärung . . . . .	44
<b>I. Die letzte Willenserklärung im engeren Sinne.</b>	
Erster Abschnitt. Erfordernisse letzter Willenserklärungen.	
§ 8. A. Die Fähigkeit zur Errichtung letzter Willenserklärungen . . . . .	48
§ 9. B. Die gesetzliche Form der Erklärung des letzten Willens . . . . .	55
§ 10. 1. Die Form der schriftlichen Privattestamente . . . . .	56
§ 11. 2. Die Form des mündlichen Privattestamentes (Nuncupativtestament). . . . .	63
§ 12. Von der Dualität der Testamentszeugen insbesondere . . . . .	69
§ 13. Die begünstigten letztwilligen Anordnungen . . . . .	74
3. Die Form der öffentlichen Testamente.	
§ 14. Gerichtliche Testamente . . . . .	77
§ 15. Notarielle letztwillige Anordnungen . . . . .	79
§ 16. Wahrer Wille des Erblassers . . . . .	82
Zweiter Abschnitt. Der Inhalt des Testamentes.	
§ 17. A. Die Erbeinsetzung . . . . .	87
§ 18. Die gegenseitige Erbeinsetzung (Das gemeinschaftliche Testament) . . . . .	95
§ 19. B. Die gemeine Substitution . . . . .	98
§ 20. C. Die fideikommissarische Substitution . . . . .	101
D. Das Vermächtnis.	
§ 21. Begriff und Erfordernisse . . . . .	115
Einzelne Arten von Vermächtnissen.	
§ 22. Das Vermächtnis einer Gattungssache . . . . .	123
§ 23. Das Vermächtnis einer bestimmten Sache . . . . .	125
§ 24. Das Vermächtnis einer Forderung . . . . .	130
§ 25. Das Vermächtnis des Heiratsgutes . . . . .	134
§ 26. Das Vermächtnis wiederkehrender Leistungen . . . . .	137
§ 27. Der Vermächtnisanspruch . . . . .	138
§ 28. Die Verkürzung des Vermächtnisanspruches . . . . .	145
§ 29. Der Nichterwerb des Vermächtnisses . . . . .	147
<b>Dritter Abschnitt. Die Einschränkung, Aufhebung und Unwirksamkeit letzter Willenserklärungen.</b>	
§ 30. Die Einschränkung des letzten Willens . . . . .	149
§ 31. Die Aufhebung letzter Willenserklärungen . . . . .	150
§ 32. Die Unwirksamkeit eines Testamentes . . . . .	157

## II. Der Erbvertrag.

§ 33. Begriff und Erfordernisse . . . . .	158
§ 34. Der Inhalt des Erbvertrages . . . . .	161
§ 35. Die Wirkungen des Erbvertrages. . . . .	165
§ 36. Der Vermächtnisvertrag. . . . .	168
§ 37. Die Schenkung auf den Todesfall . . . . .	169

## Drittes Kapitel. Die gesetzliche Erbfolge.

§ 38. Allgemeines . . . . .	174
§ 39. I. Das gesetzliche Erbrecht der Verwandten aus ehelicher Abstammung . . . . .	177
§ 40. II.—V. Das gesetzliche Erbrecht der legitimierten, adoptierten und unehelichen Kinder, sowie der Eltern der legitimierten und unehelichen Kinder . . . . .	185
§ 41. VI. Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten . . . . .	189
§ 42. Die Abweichungen von der regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge. . . . .	195
§ 43. Der erblose Nachlaß . . . . .	201

## Viertes Kapitel. Das Pflichtteilsrecht.

§ 44. Begriff und Voraussetzungen. . . . .	209
§ 45. Die Größe und die Berechnung des Pflichtteils. . . . .	213
§ 46. Die Anrechnung zum Pflichtteile . . . . .	219
§ 47. Die Hinterlassung des Pflichtteils . . . . .	226
§ 48. Die Ausschließung vom Pflichtteile (Enterbung) . . . . .	228
§ 49. Die Rechtsmittel des Noterben gegen Verletzungen seines Pflichtteilsrechtes . . . . .	234
§ 50. Die Übergehung von Noterben . . . . .	240

## Fünftes Kapitel. Die Besitznehmung, der Erwerb der Erbschaft.

§ 51. Die Antretung der Erbschaft. . . . .	249
§ 52. Die Kollision von Erberklärungen . . . . .	274
§ 53. Die Ablehnung der Erbschaft . . . . .	280
§ 54. Die Haftung des Erben. . . . .	283
§ 55. Modifikationen der Haftung . . . . .	293
§ 56. Die Kollationspflicht der Descendenten . . . . .	302
§ 57. Die Erbteilung . . . . .	305
§ 58. Die Veräußerung der Erbschaft. . . . .	309
§ 59. Die Einantwortung der Erbschaft . . . . .	314
§ 60. Die Erbschaftsklage . . . . .	329

## Anhang I. Das Familienfideikommiß.

§ 1. Begriff und rechtliche Natur . . . . .	340
§ 2. Die Errichtung des Fideikommisses . . . . .	342
§ 3. Die Rechte des Fideikommissbesizers . . . . .	349
§ 4. Die Rechte der Fideikommissanwärter . . . . .	361
§ 5. Die Sukzession in das Fideikommiß . . . . .	363
§ 6. Die Auflösung und die Erlöschung des Fideikommisses . . . . .	371

## Anhang II. Das Unerbenrecht. . . . . 373

Quellenregister. . . . .	405
Sachregister . . . . .	416

## Abkürzungen.

Die Zitierung der Literatur, der Judikatur und der Rechtsquellen erfolgt im allgemeinen nach der vom 27. Deutschen Juristentage beschlossenen Zitierweise.

Im besonderen seien folgende am häufigsten wiederkehrenden Abkürzungen hervorgehoben:

**ABGB.** = Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich.

**AmtlG.** = Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen, veröffentlicht von diesem Gerichtshofe (Fortsetzung der von Nowak begründeten Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes. Neue Folge.).

**AnfG.** = G. v. 16. III. 1884 (RGBl. 36) über die Aufhebung der Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen.

**AusstreitG.** = Kaiserliches Patent v. 9. VIII. 1854 (RGBl. 208), wodurch ein neues Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitfachen eingeführt wird.

**b.BGB.** = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

**E.** = Entscheidung, Erkenntnis.

**EGD.** = Einführungs-gesetz zur Exekutionsordnung.

**EZM.** = Einführungs-gesetz zur Jurisdiktionsnorm.

**ED.** = G. v. 27. V. 1896 (RGBl. 79) über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung).

**EPD.** = Einführungs-gesetz zur Zivilprozeßordnung.

**G.** = Gesetz.

**Gerh.** = Gerichtshalle.

**GU.** = Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Österreichischen Obersten Gerichtshofes, begründet von Glaser und Unger.

**GUFG.** = derselben Sammlung neue Folge.

**GrünhutsZ.** = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Grünhut.

**HfD.** = Hofdekret.

**HkzD.** = Hofkanzleidekret.

**JBl.** = Juristische Blätter.

**JGS.** = Justizgesetzsammlung.

**JN.** = Jurisdiktionsnorm v. 1. VIII. 1895 (RGBl. 111).

**RD.** = Konkursordnung (G. v. 25. XII. 1868 [RGBl. 1 ex 1869]).

**Krainz** = System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Aus Krainz' Nachlaß herausgegeben und redigiert von Prof. Dr. S. Pfaff. Vierte Auflage, besorgt von Dr. Armin Ehrenzweig.

**Lints** = Die Rechtssprechung des k. k. Obersten Gerichtshofes, herausgegeben von Dr. Emil Lints.

**MB.** = Ministerialverordnung.

**NotZ.** = Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich.

**OGH.** = k. k. Oberster Gerichtshof.

**ÖfZ.** = Allgemeine österreichische Gerichtszeitung.

**ÖfRichterZ.** = Österreichische Richter-Zeitung.

**ÖfZBl.** = Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis (Geller).

**P.** = Patent.

**PragerWJSchr.** = Juristische Vierteljahrschrift, herausgegeben vom Deutschen Juristenverein in Prag.

**RGBl.** = Reichsgesetzblatt für die im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder (früher: für das Kaisertum Österreich).

**Stubenrauch** = Kommentar zum österreichischen ABGB. Achte Auflage, herausgegeben von Dr. Max Schuster von Bonnott und Dr. Karl Schreiber.

**Anger** (wenn kein anderes Werk ausdrücklich zitiert ist) = System des österreichischen allgemeinen Privatrechts.

**V.** = Verordnung.

**WGH.** = k. k. Verwaltungsgerichtshof.

**Zeiller** = Kommentar über das ABGB.

**ZPO.** = G. v. 1. VIII. 1895 (RGBl. 113) über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung).

## Verbesserungen.

- Auf S. 87 lies in der Überschrift zu § 17 statt „I. Die Erbeinsetzung“: A. Die Erbeinsetzung.
- Auf S. 98 lies in der Überschrift zu § 19 statt „II. Die gemeine Substitution“: B. Die gemeine Substitution.
- Auf S. 101 lies in der Überschrift zu § 20 statt „III. Die fideikommissarische Substitution“: C. Die fideikommissarische Substitution.
- Auf S. 115 lies in der Überschrift zu § 21 statt „IV. Das Vermächtnis“: D. Das Vermächtnis.
- Auf S. 157 soll die Überschrift der Seite statt „§ 33. Begriff und Erfordernisse“ lauten: § 32. Die Unwirksamkeit eines Testamentes.
- Auf S. 270 ist in der vorletzten Zeile nach dem Worte „Verlassenschaft“ einzufügen: vorkommenden.
- Auf S. 273 lies in der ersten Zeile statt „ad a)“: ad b).
- Auf S. 275, 277 und 279 soll die Überschrift der Seite lauten: § 52. Die Kollision von Erbsklärungen.
- Auf S. 336 ist in Zeile 3 v. u. nach dem Worte „Beklagten“ der Hinweis auf die Num. 3 einzuschalten.

Erstes Kapitel<sup>1)</sup>.Begriff und Voraussetzungen der Erbfolge<sup>2)</sup>.

## § 1.

## Nachlaß, Erbrecht und Erbfolge.

I. Der Nachlaß oder die Verlassenschaft wird in § 531 als „der Inbegriff der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, in so fern sie nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind“, definiert. Der Nachlaß oder die Verlassenschaft ist somit ein Inbegriff, eine universitas, und zwar eine universitas, umfassend Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen<sup>3)</sup>, aber nicht alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Ver-

<sup>1)</sup> Als systematische Darstellungen des österreichischen Erbrechts sind zu nennen: Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, VI. Band: Das österreichische Erbrecht (in der Folge zitiert als Unger); Krainz, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (Aus dessen Nachlaß herausgegeben und bearbeitet von Pfaff. Vierte Auflage besorgt von Ehrenzweig) (in der Folge zitiert als Krainz) 2, 576 ff.; Anders, Grundriß des Erbrechts (2) (1910) (in der Folge zitiert als Anders). Vgl. weiter Pfaff und Hofmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, II. Bd.; dief., Exkurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht, Beilagen zum Kommentar II. Bd.; Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (herausgegeben von Schuster-Vonnott, Schreiber usw.) (8) (in der Folge zitiert als Stubenrauch) 1, 737 ff. — Über Reformfragen auf dem Gebiete des Erbrechts vgl. abgesehen von anderen bei den einzelnen Paragraphen angeführten Schriften (insbesondere auch der Literatur zu den Revisionsentwürfen) Bössl, Erbrecht und Erhaltungspflicht, in ÖstAÖZ. 1897, Nr. 50; Pražák, Über eine Reform des österreichischen Erbrechts, in GerS. 42, Nr. 17; Lachenbacher, Zur Reform des Ehe- und Erbrechts, in GerS. 49, Nr. 38; Mayr, Zur Frage der Revision des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs (S. aus ÖstAÖZ. 1906, Nr. 17–20). — Über das Erbrecht des deutschen BGB. vgl. statt aller Strohal, Das deutsche Erbrecht III (3) (1903 f.). — Das internationale Erbrecht wird im I. Bande dieses Lehrbuchs in der Darstellung des internationalen Privatrechts behandelt.

<sup>2)</sup> Vgl. Unger 6, 6 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 4 ff.; dief., Exkurse 2, 1–6; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge I (1893), II (1897) (rez. von Schrutka, in JStB. 1897, Nr. 1; 1898, Nr. 1; Pfaff, in ÖstAÖZ. 1898, Nr. 1–3; Krüger, in Grünhutsz. 26, 451 ff.; Sokolowski, in KritVjSchr. 36, 535 ff.); Stubenrauch, 1, 737 ff.; Krainz 2, 576 ff.; Anders 1 ff.

<sup>3)</sup> Hat zwischen Ehegatten eine Gütergemeinschaft auf den Todesfall bestanden, so wird der Nachlaß des vorverstorbenen Ehegatten aus der Hälfte der Masse, die aus den der Gütergemeinschaft unterzogenen Vermögen des verstorbenen und des überlebenden Ehegatten entsteht, und aus den der Gütergemeinschaft nicht unter-



storbenen, sondern nur jene, die „nicht in bloß persönlichen Verhältnissen gegründet sind“. Daher gehören jedenfalls nicht zum Nachlasse alle jene Rechte und Verbindlichkeiten, die rein persönlicher Natur sind, die die Rechtsstellung oder den status einer Person (so z. B. die Rechtsstellung als Ehegatte, als Vater, als Kind, als Vormund, als Kurator usw.) betreffen<sup>1)</sup>. Ebenso gehören nicht in den Nachlaß öffentliche Rechte<sup>2)</sup>.

In den Nachlaß gehören somit nur Vermögensrechte und vermögensrechtliche Verbindlichkeiten<sup>3)</sup>, richtiger die vermögensrechtlichen Beziehungen<sup>4)</sup> des Erblassers. Allein auch von diesen nicht alle. Nicht in den Nachlaß gehören nämlich:

1. jene vermögensrechtlichen Beziehungen, die auf Familienverhältnissen beruhen, in einem Familienverhältnis begründet sind<sup>5)</sup>, wie z. B. der Anspruch auf Alimentation und Versorgung. Streitig ist hingegen die Vererblichkeit der familienrechtlichen Alimentationsverbindlichkeiten — natürlich abgesehen von der Pflicht zur Verpflegung und Versorgung eines unehelichen Kindes, bezüglich deren die Vererblichkeit im Gesetze (§ 171) ausdrücklich ausgesprochen erscheint<sup>6)</sup>. Die Frage ist im Hinblick auf die Ansicht der Verfasser des ABGB. wohl zu bejahen, allerdings mit dem selbstverständlichen Zusatz, daß sich der Alimentationsanspruch gegen den Nachlaß nach dessen Umfange richtet<sup>7)</sup>.

zogenen Gütern des Vorverstorbenen gebildet. Vgl. S. 187 f. im IV. Bande dieses Lehrbuchs und GMR. 3502.

<sup>1)</sup> Vgl. aber E. OGH. v. 8. V. 1900, 3. 6309, Linka 6220 (Zum Ansuchen um Feststellung der Vaterschaft eines außer der Ehe geborenen, nachträglich durch die nachfolgende Ehe seiner Eltern legitimierten Kindes sind auch dessen Erben, insofern sie ein vermögensrechtliches Interesse an der Feststellung der Vaterschaft haben, legitimiert. Dieses Feststellungsrecht ist in einem solchen Falle kein rein persönliches Recht, welches gemäß § 531 nicht auf die Erben übergehen könnte).

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch z. B. § 68 ZPO.: Der Tod der Partei, der das Armenrecht bewilligt wurde, bewirkt das Erlöschen des Armenrechts.

<sup>3)</sup> Vgl. hier O. 9114 (Die vertragmäßige Pflicht zur Depurierung einer Realität — zu unterscheiden von einem etwaigen Erbschaftsansprüche infolge unterliegender Depurierung — geht nicht auf die Erben über). — Über den Übergang von Geldstrafen auf den Erben vgl. § 548 und weiter unten S. 41 und Note 5 auf S. 41 f. dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu GMR. 3613. Bei dieser E. handelte es sich um folgenden Fall: Nach dem Tode des Advokaten Dr. M. wurde Dr. N. zum Substituten bestellt. Im Einverständnis mit der Witwe E. trat er die Advokatenkanzlei des Dr. M. an Dr. B. gegen ein an die Witwe zu leistendes Entgelt von 8000 K. in der Weise ab, daß er seinerseits die Substitution zurücklegte, und auf Antrag der Witwe Dr. B. zum Substituten bestellt wurde. Der OGH. erachtete das Entgelt von 8000 K. als nicht in den Nachlaß gehörig und sprach in den Gründen den Satz aus, daß man nach dem Tode des Advokaten von dessen Kanzlei als einem Vermögensgegenstande höchstens insofern sprechen könne, als es sich um die Einrichtung der gewesenen Kanzlei des Erblassers handle.

<sup>5)</sup> Vgl. hier z. B. O. 15399 (Unvererblichkeit des im § 1264 gewährten Rechtes, die Aufhebung der Ehegatte zu begehren).

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu S. 280 f. im IV. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>7)</sup> So auch S. 242 und Note 2 im IV. Bande dieses Lehrbuchs. Gleicher

2. jene vermögensrechtlichen Beziehungen, welche ihrer Natur nach, weil sie auf rein persönlichen Verhältnissen beruhen<sup>1)</sup>, oder kraft positiver Bestimmung mit ihrem Subjekte erlöschen (§ 918). Hierher gehören insbesondere: in der Regel die persönlichen Servituten (§ 529), der Anspruch auf Bestellung einer persönlichen Servitut und der Anspruch aus einem Leibrentenvertrag (§ 1285)<sup>2)</sup>, ferner der Anspruch auf Schmerzensgeld (§ 1325), wenn er bei Lebzeiten des Berechtigten nicht vertragsmäßig oder richterlich festgestellt oder zumindest gerichtlich erhoben<sup>3)</sup> wurde, gewisse obligatorische Verhältnisse (§§ 831<sup>4)</sup>, 832<sup>5)</sup>, 955<sup>6)</sup>, 1070<sup>7)</sup>, 1071<sup>8)</sup>, 1074<sup>9)</sup>, 1022<sup>10)</sup>, 1162<sup>11)</sup>, 1206—1209<sup>12)</sup>), die Ansprüche aus den §§ 947<sup>13)</sup>,

Meinung u. a. Zeiller, Kommentar 2, 823 f.; Hofmann, Der Unterhaltsanspruch des überlebenden Gatten nach § 796 ABGB., in Grünhutsz. 1, 557 ff.; Köstl, Bemerkungen zur Lehre von der Alimentation, in ZBl. 1892, Nr. 44; Hujjarek, Die familienrechtliche Alimentation nach österreichischem Rechte, in Grünhutsz. 20, S. 530 f., 539 ff.; vgl. auch O. 14833. Gegen die Vererblichkeit der familienrechtlichen Alimentationsverbindlichkeiten Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 131 f.; Kémetshy, Über die Konkurrenz der Alimentationsansprüche ehelicher und außerehelicher Kinder, in OStZ. 1896, Nr. 4; Stubenrauch 1, 737 f. (N. 3); O. 3265.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu O. 15525 (Eine vom Erblasser erbaute und als Familiengruft bezeichnete Gruft gehört nicht in den Nachlaß. Durch den Vertrag mit der Friedhofsverwaltung haben sowohl der Erblasser als auch die Familienmitglieder Benützungsansprüche erlangt. Das den Familienmitgliedern selbstständig zukommende Recht hat nie einen Bestandteil des Vermögens des Erblassers gebildet, kann daher auch kein Teil dieses Nachlasses sein. Der vom Erblasser selbst erworbene Anspruch aber ist durch dessen Vererbung konjunctiert. Mithin ist ein in den Nachlaß einzubeziehendes Objekt nicht vorhanden); ferner O. 15367 (Die Erben eines Handelsmanns sind zur Ebtion der Handelsbücher verpflichtet).

<sup>2)</sup> Vgl. S. 456 im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>3)</sup> So auch GMR. 1028 und E. OGH. v. 18. X. 1905, 3. 15463, in OStZBl. 24, Nr. 100.

<sup>4)</sup> „Hat sich ein Teilhaber zur Fortsetzung der Gemeinschaft verbunden, so kann er zwar vor Verlauf der Zeit nicht austreten; allein diese Verbindlichkeit wird, wie andere Verbindlichkeiten, aufgehoben und erstreckt sich nicht auf die Erben, wenn diese nicht selbst dazu eingewilligt haben.“

<sup>5)</sup> „Auch die Anordnung eines Dritten, wodurch eine Sache zur Gemeinschaft bestimmt wird, muß zwar von den ersten Teilhabern, nicht auch von ihren Erben befolgt werden. Eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft kann nicht bestehen.“

<sup>6)</sup> „Hat der Geschenkgeber dem Beschenkten eine Unterstützung in gewissen Fristen zugesichert, so erwächst für die Erben desselben weder ein Recht noch eine Verbindlichkeit, es müßte denn in dem Schenkungsvertrage ausdrücklich anders bedungen worden sein.“ — Hierzu vgl. S. 326 f. im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>7)</sup> „Der Vorbehalt des Wiederkaufes . . . gebührt dem Verkäufer nur für seine Lebenszeit. Er kann sein Recht weder auf die Erben noch auf einen Andern übertragen . . .“. — Hierzu vgl. S. 383 im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>8)</sup> „Den nämlichen Beschränkungen (scil. wie das Wiederkaufsrecht) unterliegt das von dem Käufer ausbedungene Recht, die Sache dem Verkäufer wieder zurückzukaufen; und es sind auf dasselbe die für den Wiederkauf erteilten Vorschriften anzuwenden . . .“. — Hierzu vgl. S. 386 im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>9)</sup> „Auch kann das Verkaufsrecht weder einem Dritten abgetreten, noch auf die Erben des Berechtigten abgetreten werden.“ — Hierzu vgl. S. 386 im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>10)</sup> „In der Regel wird die Vollmacht sowohl durch den Tod des Gewaltgebers, als des Gewalthabers aufgehoben. Läßt sich aber das angefangene Geschäft ohne

950<sup>1)</sup> und 954<sup>2)</sup>, ein noch nicht angenommenes Versprechen<sup>3)</sup> (§ 918)<sup>4)</sup>.

offenbaren Nachteil der Erben nicht unterbrechen, oder erstreckt sich die Vollmacht selbst auf den Sterbefall des Gewaltgebers; so hat der Gewalthaber das Recht und die Pflicht, das Geschäft zu vollenden.“ Hiezu vgl. S. 359 f. im III. Bande dieses Lehrbuchs. — Teilweise aus dem Art. 297 HGB. und § 35 ZPO.

<sup>1)</sup> „Ein Lohnvertrag über Arbeiten, bei denen auf die besondere Geschicklichkeit der Person Rücksicht genommen zu werden pflegt, wird durch den Tod des Arbeiters aufgehoben, und die Erben können nur den Preis des zubereiteten brauchbaren Stoffes, und einen dem Werte der geleisteten Arbeiten angemessenen Teil des Lohnes fordern. Stirbt der Besteller einer Arbeit, so müssen seine Erben den Vertrag fortsetzen oder den Bestellten schadlos halten.“ — Hiezu vgl. S. 434 im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>2)</sup> „Die gesellschaftlichen Rechte und Verbindlichkeiten gehen in der Regel nicht auf die Erben eines Mitgliedes über. Doch sind diese, wenn mit ihnen die Gesellschaft nicht fortgesetzt wird, berechtigt, die Rechnungen bis auf den Tod des Erblassers zu fordern und berichtigen zu lassen. Sie sind aber im entgegen-gesetzten Falle auch verbunden, Rechnungen zu legen und zu berichtigen“ (§ 1206).

— „Besteht die Gesellschaft nur aus zwei Personen; so erlischt sie durch das Absterben der Einen. Besteht sie aus mehreren; so wird von den übrigen Mit-gliedern vermutet, daß sie die Gesellschaft noch unter sich fortsetzen wollen. Diese Vermutung gilt auch überhaupt von den Erben der Handelsleute“ (§ 1207). (Hiezu vgl. auch Art. 123, Z. 2 HGB.: „Die Gesellschaft wird aufgelöst: . . . 2. durch den Tod eines der Gesellschafter, wenn nicht der Vertrag bestimmt, daß die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll.“ [zu Art. 123, Z. 2 HGB. vgl. Menoušek, Einige Bemerkungen über die letzte Willenserklärung, in GerS. 51, 531]). „Kauet der von Personen, die keine Handelsleute sind, errichtete Gesellschaftsvertrag ausdrücklich auch auf ihre Erben; so sind diese, wenn sie die Erbschaft antreten, verpflichtet, sich nach dem Willen des Erblassers zu fügen; allein auf die Erbeserben erstreckt sich dieser Wille nicht; noch weniger vermag er eine immerwährende Gesellschaft zu begründen (§ 832).“ (§ 1208). — „Wenn der Erbe die von dem Verstorbenen für die Gesellschaft übernommenen Dienste zu erfüllen nicht imstande ist, so muß er sich einem verhältnismäßigen Abzuge an dem ausgemessenen Anteile unterziehen“ (§ 1209). — Hiezu vgl. S. 446 f. im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>3)</sup> Unvererblichkeit des Rechtes zum Schenkungswiderruf wegen Dürftigkeit. — Hiezu vgl. S. 328 im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>1)</sup> Unvererblichkeit des Rechtes zum Schenkungswiderruf wegen Verkürzung des schuldigen Unterhalts. — Hiezu vgl. S. 331 f. im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>2)</sup> Unvererblichkeit des Rechtes zum Schenkungswiderruf wegen nachgeborener Kinder. — Hiezu vgl. S. 329 im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>3)</sup> „Ein noch nicht angenommenes Versprechen geht, wenn auch nur ein Teil während der Überlegungsfrist stirbt, auf die Erben nicht über.“ Vgl. hiezu Unger 6, 7 (N. 4); S. 69 f. und 131 im III. Bande dieses Lehrbuchs. — Anders Art. 297 HGB.: „Ein Antrag, ein Auftrag oder eine Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind, werden durch seinen Tod nicht aufgehoben, sofern nicht eine entgegengelegte Willensmeinung aus seiner Erklärung oder aus den Umständen hervorgeht.“

<sup>4)</sup> Sehr freitig ist die Frage der Einbeziehung von Lebensversicherungs-polizzen in den Nachlaß des Versicherungsnehmer. Zweifellos gehören jene Lebens-versicherungssummen, über die der Versicherungsnehmer unter Lebenden endgültig, z. B. durch Abtretung der Polizze, verfügt hat, nicht in den Nachlaß. Bezüglich der übrigen Fälle ist davon auszugehen, daß durch einen Lebensversicherungsvertrag zugunsten eines Dritten für diesen — den Begünstigten — beim Eintritt des Falles, für welchen die Versicherung genommen wurde, also regelmäßig erst beim Tode des Versicherungsnehmers — hiebei wird Identität der Personen des Versicherungsnehmers und des Versicherten supponiert — ein direkter und selbständiger Anspruch auf die Versicherungssumme gegen den Versicherer entsteht. Daher gehört die Versicherungssumme nicht nur dann nicht in den Nachlaß des Versicherungsnehmers, wenn in der Polizze ein bestimmter Dritter als Begünstigter bezeichnet ist, sondern auch dann, wenn die Polizze auf die „Erben“, oder auf die „Rechtsnachfolger“ des Versicherungsnehmers ausgestellt ist, oder wenn die Polizze auf den Überbringer lautet und sich im Nachlaße des Versicherungsnehmers befindet. Ja selbst in dem Falle, daß in der Polizze der

Auch der Besitz erlischt mit dem Tode des Besitzers<sup>1)</sup>. Allein dieses Er-

versicherungsnehmer selbst als der Begünstigte bezeichnet ist, wird wohl die Versiche-rungssumme gemäß der wahrscheinlichen Intention des Versicherungsnehmers beim Vertragsabschlusse als nicht in den Nachlaß des Versicherungsnehmers gehörig anzusehen sein. Vgl. hiezu S. 107 im III. Bande dieses Lehrbuchs. Die Literatur über die Frage der Einbeziehung der Versicherungssumme in den Nachlaß ist sehr kontrovers. Die Mehrtheit der Autoren vertritt derzeit wohl in verschieden weit gezogenen Grenzen und mit ver-schiedener Begründung einen der Einbeziehung der Versicherungssumme in den Nachlaß günstigen Standpunkt. Vgl. aus der Literatur u. a. Anonymus, Lebensversiche-rungspolizzen, in JBl. 1876, Nr. 35; Hofmann, Lebensversicherungspolizzen, in JBl. 1882, Nr. 35—37; Harpner, Ist in dem Falle, als eine Polizze die Be-stimmung „laut Verfügung eines Versicherten zahlbar“ enthält, die nach dem Tode des-selben in Ermangelung einer solchen Verfügung an die gesetzlichen Erben zur Aus-zahlung gelangende Versicherungssumme in den Nachlaß des Versicherten einzubeziehen? in JBl. 1888, Nr. 3, 4 und 12; dazu auch Schimm, in JBl. 1888, Nr. 10; E. H., Ein Beitrag zur Frage der Behandlung von Lebensversicherungspolizzen bei der Verlassenschaftsabhandlung, in NotZ. 1891 Nr. 21; Kießling, Über die Be-handlung der Lebensversicherungsbeträge bei Verlassenschaftsabhandlungen, in NotZ. 1894, Nr. 52; Paschka, Gedanken eines praktischen Juristen über die Lebensversicherungsv-erträge, in NotZ. 1895, Nr. 6; Wezet, in NotZ. 1895, Nr. 24—29; Ehrenzweig, Die sogenannten zweigliedrigen Verträge, insbesondere die Verträge zugunsten Dritter nach gemeinem und österreichischem Rechte, (1895) 140; Neumann-Gienreich, Zivilrechtliche Fragen 52 ff.; Roztočil, Über die Zugehörigkeit der Lebensversiche-rungspolizzen zum Nachlaße des Versicherungsnehmers, in NotZ. 1896, Nr. 42, 43; Dnciul, Der Versicherungsvertrag nach österreichischem Rechte (1896) 130 f.; Roztočil, Das deutsche Reichsgericht über die rechtliche Qualität der Lebens-versicherungspolizze, in NotZ. 1897, Nr. 13; Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 350 ff.; Hauenjchild, Die Lebensversicherung nach österreichischem Privat-recht S. 9 ff., 32 ff.; Kral, Versicherung zugunsten der Erben, in JBl. 1901, Nr. 3, 4; Sternberg, Zur Frage der Einbeziehung von auf den Übernehmer lautenden Lebens-versicherungspolizzen in den Nachlaß des Versicherten, in JBl. 1901, Nr. 30; Brecher, Die Interessentenkonflikte bezüglich der Lebensversicherungssumme, in OStWZ. 1902, Nr. 36, 37, 40, 41, 42, 46, 52 (auch als OSt. erschienen) (rez. von Ramin, in Prager JurWZSchr. 36, 129 ff.); Ramin-Kafka, Das Verhältnis der Versicherung des eigenen Lebens zu fremden Gunsten zu den unentgeltlichen Zu-wendungen, in Prager JurWZSchr. 35, 1 ff.; Stubenrauch 1, 738 f. (N. 2); Krausz 2, 312 f. — In der Rechtsprechung des OGH. (vgl. hiezu Fried, Die Spruchpraxis betreffend die Einbeziehung der Lebensversicherungspolizzen in die Ver-lassenschaftsmafse, in NotZ. 1902, Nr. 51, 52; und Dr. K., Zur Entscheidung des k. k. Obersten Gerichtshofes über die Einbeziehung von Inhaberpulizzen in den Nachlaß des Versicherten, in NotZ. 1906, S. 37) haben folgende Sätze Geltung gewonnen: Wenn die Polizze auf die Erben oder Rechtsnachfolger lautet, wird die Versicherungssumme nicht als ein Teil des Nachlasses behandelt. So OSt. 5467, 5842, 6559, 7282, 9646, 9930, 11462, 12421, 14754, 15402, 16050, 16076; OStWZ. 998, 2209, 4466; O. OGH. v. 15. V. 1907, Z. 6281, in GerS. 51, 686. Anders OSt. 5200, 11209, 12742. Anders auch O. OGH. v. 8. I. 1901, Z. 204, in JBl. 1901, 210. Inhaberpulizzen bilden nicht nur, wenn sie sich in den Händen einer dritten Person befinden, keinen Teil des Nachlasses (so u. a. OStWZ. 257, 2117, 3585), sondern auch, wenn sie sich zur Todeszeit im Besitze des Erblassers befunden haben (so OSt. 10966, 12114; OStWZ. 3230, 3237; anders OSt. 12824, 13446, 15402, 16042; OStWZ. 355, 2385). Ist in der Polizze der Versicherungsnehmer selbst als Begünstigter bezeichnet, so gehört die Versicherungssumme in seinen Nachlaß. So OSt. 14754; OStWZ. 721, 2205.

<sup>1)</sup> Für diese Ansicht u. a. auch Bachmann, Die Verjährung nach dem all-gemeinen bürgerlichen Rechte in Osterreich; Unger 6, S. 29 und Anm. 17 auf S. 40; Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte 474 ff.; Krausz 1, 504. Dagegen für die Fortdauer des Besitzes insbesondere Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 36 ff.; Burdhard, System des österreichischen Privatrechts 3, S. 23, 24; Strohal,



löschen ist nicht ein Erlöschen des Besitzverhältnisses<sup>1)</sup>. Auch dauert die Qualifikation des Besitzes als rechtmäßigen oder unrechtmäßigen, echten oder unechten in der Person des Erben fort (§§ 1462, 1464).

In den Nachlaß gehören Immaterialgüterrechte, wie das Autorrecht (§ 15 UrhG.)<sup>2)</sup>, das Patentrecht und das Recht aus der Anmeldung eines Patenten (§ 18 PatG.), ferner ein bestehendes Handelsgeschäft, welches von den Erben, beziehungsweise einem der Erben, der es durch Erbgang erwirbt, unter dem bisherigen Namen fortgeführt werden kann, im letzteren Falle jedoch nur, wenn die Miterben ausdrücklich einwilligen (Art. 22 HGB.)<sup>3)</sup>, sowie ein Unternehmen überhaupt<sup>4)</sup>. Hingegen gehört eine Firma, eine Gewerbeberechtigung nicht in den Nachlaß des Gewerbetreibenden<sup>5)</sup>.

Von dem im Wege der eigentlichen Erbfolge erfolgenden Übergange der Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen sind die Fälle zu unterscheiden, „in denen der bisherige Träger eines Rechtsverhältnisses bei Eintritt seines Todes von einem neuen Rechtssträger abgelöst wird, ohne daß dabei etwas von dem Rechte des ersteren auf den letzteren übergeht“<sup>6)</sup>. Hierher gehören die Nachfolge in die erbliche Mitgliedschaft im Herrenhause, die Nachfolge in ein Fideikommiß im Verhältnisse zum bisherigen Fideikommißbesitzer, der Eintritt eines Nacherben im Verhältnisse zum Vorerben, ferner die Fälle des § 2 AnschVerurtG., des § 56, Abs. 4 GewD. (auch in der Fassung von 1907) und des § 15 ApothekenG.<sup>7)</sup>.

Sukzession in den Besitz nach römischem und heutigem Rechte 231 (Note 89); derj. in Grünhutsz. 6, 423; Canstein, in Grünhutsz. 5, 752; Steinlechner, a. a. D. 1, 130 f. (Note 5); Pferich, Österreichisches Sachenrecht 170 ff.; Anders 10.

<sup>1)</sup> Vgl. Gl. 15 823.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Nabel, Die Übertragbarkeit des Urheberrechts nach dem österreichischen Gesetze vom 26. XII. 1895, in Grünhutsz. 27, 161 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu statt aller Staub-Bisko, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch 1, 85 ff.; ferner Menoufek, Einige Bemerkungen über die letzte Willenserklärung, in Gerh. 51, 531; Gl. Nr. 4187 (Überlassung des in den Nachlaß gehörigen Handelsunternehmens an einen Miterben); E. OGH. v. 24. V. 1911, RL. 340/11, in Notz. 1911, S. 271 (Ein Handelsgeschäft als solches ohne Rücksicht auf Einrichtung, Warenlager und Forderungen usw. kann nicht Gegenstand der Inventur und Schätzung sein). Vgl. auch Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 22.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu insbesondere Dhmeyer, Das Unternehmen als Rechtsobjekt (1906); Bisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs (1907) (spez. S. 92 ff.); Keller, in StZBl. 24, S. 977 ff.; 26, S. 873 ff.; 27, S. 1 ff., 465 ff., 881 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu den nächsten Absatz und Note 7.

<sup>6)</sup> Vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches (3) 1, 10 f.

<sup>7)</sup> Zu § 56 GewD. und § 15 ApothekenG. (Fortführung eines handwerksmäßigen oder konzeptionierten Gewerbes, beziehungsweise einer Apotheke nach dem Tode des Gewerbeinhabers für Rechnung der Witwe oder der ehelichen Deszendenz des Verstorbenen) vgl. u. a. Bisko, a. a. D. 92 ff.; Krausz 2, 577 (Note 4) und die dort Angeführten; Dr. H. H., Die sogenannten Witwenkonzessionen, in ZBl. 1908, S. 232 ff.; Wehr, Über eine Modifikation des Erbrechts durch die Gewerbenovelle vom 5. Februar 1907, in StZBl. 1909, S. 268 ff.; die Entscheidungen bei Dhmeyer, a. a. D. 140 ff.; Gl. 15361 (Inventierung des Wertes der Apothekenkonzession im Aktivism), 15973 (entgegengesetzt der früheren Entscheidung); Gl. Nr. 459 (Das für Rechnung

II. Die Gesamtheit derjenigen Rechtsregeln, nach welchen das Vermögen eines Verstorbenen auf die Überlebenden übergeht<sup>1)</sup>, bildet das Erbrecht im objektiven Sinne.

Das Erbrecht im subjektiven Sinne definiert § 532 — anknüpfend an deutschrechtliche Anschauungen<sup>2)</sup> — als „das ausschließende Recht, die ganze Verlassenschaft oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Teil derselben (z. B. die Hälfte, ein Drittel) in Besitz zu nehmen“. Dieses Recht wird wegen seiner absolut wirksamen Natur ein dingliches Recht genannt<sup>3)</sup>. Die Definition des § 532 hebt nun aber nur eine Wirkung des Erbrechtes, und zwar nur eine Wirkung des bereits ausgewiesenen anerkannten Erbrechtes (§ 797) hervor und erschöpft keineswegs den Inhalt (vgl. §§ 547, 548) des Erbrechtes im subjektiven Sinne.

Nach unserem Rechte hat nämlich der Begriff Erbrecht im subjektiven Sinne nach den verschiedenen Stadien, welche der Nachlaß bis zu seiner Vereinigung mit dem Vermögen des Erben durchlaufen muß, eine verschiedene Bedeutung. Diese Stadien sind:

1. der Anfall, die Delation der Erbschaft;
2. die Antretung, Annahme der Erbschaft, d. i. die Erklärung des Verurteilten, Erbe zu sein;
3. die sogenannte Einantwortung der Erbschaft, welche § 797 „Übergabe in den rechtlichen Besitz“ nennt.

Erbrecht im subjektiven Sinne bedeutet nun dementsprechend:

1. das aus dem Anfalle der Erbschaft erworbene Recht, Erbe zu werden<sup>4)</sup>. In diesem Sinne wird der Ausdruck z. B. in den §§ 533,

der Witwe betriebene Gewerbe ist nicht eine vermögensrechtliche Fortsetzung des früheren Betriebes, sondern ein neues Unternehmen, auf welches von den Gläubigern des früheren Gewerbeinhabers nicht gegriffen werden kann); E. OGH. v. 20. IX. 1910, RI 456 und 457/10, in StZBl. 29, Nr. 222. (Eine Apothekenkonzession ist kein Gegenstand des Nachlasses); E. OGH. v. 7. III. 1911, Rv. 31/11. (Eine Gewerbekonzession ist kein Gegenstand des Nachlasses: Unwirksamkeit einer letztwilligen Verfügung über eine Gewerbekonzession).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Schloßmann, Über den Begriff des Eigentums, in Jheringsz. 45, 359 f. (Note 1), nach dessen Auffassung die Erbfolge nicht mehr als derivativer, sondern als originärer Erwerb erscheint. Die Rechtfertigung dieser Ansicht wird kaum jemanden überzeugen.

<sup>2)</sup> Vgl. Brunner, in Holzendorffs Rechtslexikon I<sup>5</sup>, 286.

<sup>3)</sup> Gegen die dingliche Natur des Erbrechtes Schwannert, in Haimers Mag. 6, 180 f.: „Es kann wohl kaum deutlicher gesagt werden, daß der Gesetzgeber das Erbrecht nicht als ein dingliches Recht, als das Recht an einer einfachen oder zusammengesetzten Sache ansieht; sondern als ein Recht an dem nur mit und durch die Persönlichkeit des Inhabers ein Ganzes bildenden Vermögen“; ferner Unger 1, S. 517 f., 534 f., 539; 6, 14 (Anm. 12); Steinlechner 1, 368 (Note); Krausz 2, 578; Anders 3. Dagegen für den dinglichen Charakter Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 7 f., 14 f.

<sup>4)</sup> Über die juristische Bedeutung des Erbanfalls vgl. insbesondere Unger 6, 26 und Anm. 1; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 17 f.; ferner die Ausführungen über den Erwerb der Erbschaft weiter unten in Note 2 auf S. 38 f. dieses Bandes.

536, 537 und 560, sowie in der Marginalrubrik zu § 809 gebraucht. Das Recht, Erbe zu werden, wird durch das Wirksamwerden eines Delationsgrundes für eine bestimmte Person ohne jedes Zutun, ja ohne Wissen der letzteren erworben (das ABGB. sagt im § 536: „tritt ein“). An sich eine bloße reine facultas, eine Ermächtigung, ist es durch das positive objektive Recht insofern zu einem wahren subjektiven Rechte vermögensrechtlichen Inhalts erhoben worden<sup>1)</sup>, als auch die aus der Delation erwachsene Ermächtigung in der Regel vererblich ist (§ 537), und der Nachlaß schon in diesem Stadium vom Verufenen veräußert werden kann (§ 1278). Hat nun der Verufene den Willen, Erbe zu sein, erklärt, also die Erbschaft angetreten oder angenommen<sup>2)</sup>, so verwandelt sich sein Recht, Erbe zu werden, in das Recht, Erbe zu sein. Nach Antretung der Erbschaft bedeutet somit Erbrecht im subjektiven Sinne:

2. das Recht, Erbe zu sein. In diesem Sinne wird der Ausdruck z. B. in den §§ 550, 802, 810 usw. verwendet. Das Recht, Erbe zu sein, ist einerseits ein statusähnliches, andererseits ein eigentümlich normiertes Recht am Nachlasse, nach der Terminologie des ABGB. ein dingliches Recht (§ 810 ABGB., § 145 AusstreitG.). Zum Schutze dieses Rechtes gegen dessen Bestreitung durch einen anderen, der selbst zur Nachfolge berufen zu sein behauptet und durch Antretung der Erbschaft Erbe zu sein erklärt, dient die Erbrechtsklage; zum Schutze gegen denjenigen, der sich die Verlassenschaft tatsächlich anmaßt, die Erbschaft als Erbe in Besitz nimmt, die Erbschaftsklage, die hereditatis petitio. Beide Klagen sind absoluter Natur.

Nach erfolgter Einantwortung des Nachlasses<sup>3)</sup> bedeutet Erbrecht im subjektiven Sinne:

3. die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen, in denen der Erbe als solcher steht, sowie den Rechtsgrund für die Ausübung von Rechten und für die Haftung aus Verbindlichkeiten des Verstorbenen.

III. Jede Nachfolge, welche von Todeswegen stattfindet, heißt Erbfolge im weiteren Sinne<sup>4)</sup>. Im engeren Sinne bedeutet Erbfolge die successio per universitatem, den Eintritt in die Gesamtheit der Vermögensbeziehungen des Verstorbenen, soweit sie den Tod ihres Subjektes überdauern, als Einheit, als Ganzes auf Grund eines Rechtstitels

<sup>1)</sup> Dagegen Louailon, Beiträge zur Lehre vom Erbverzicht, in Notz. 1906, S. 372 f.

<sup>2)</sup> Über die juristische Bedeutung der Erbschaftsanretung vgl. die Ausführungen über den Erwerb der Erbschaft weiter unten in Note 2 auf S. 38 f. dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Vgl. auch hiezu die Ausführungen über den Erwerb der Erbschaft weiter unten in Note 2 auf S. 38 f. dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. Hüttner, Lehre von der gesetzlichen Erbfolge § 2; Stubenrauch, in Wagners J. 1840, II, S. 92, 93; Fuchs, im Jurist 6, 226.

und durch einen Rechtsakt, so daß nunmehr rücksichtlich der Gesamtheit dieser Rechtsbeziehungen der Nachfolger den Verstorbenen repräsentiert, vorstellt, d. h. die Stelle des Verstorbenen einnimmt (§ 547). Mit dieser Auffassung verträgt sich sehr gut die gleichzeitige Sukzession mehrerer in ein Vermögen. Denn bei gleichzeitiger Sukzession mehrerer füllen eben die mehreren Nachfolger zusammen die Stelle des Verstorbenen aus, nehmen sie zusammen die Stelle ein, die der Verstorbene eingenommen hatte<sup>1)</sup>. Das bedeuten die Worte des § 550: „Mehrere Erben werden in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für eine Person angesehen.“ Unter sich teilen die mehreren das Recht an dem hinterlassenen Vermögen nach aliquoten Teilen (§§ 550, 552).

Der zur Universalsukzession mortis causa allein oder mit anderen Verufenen heißt Erbe; die Verlassenschaft in Beziehung auf den Erben (im Gegensatz zum erblosen Nachlaß) heißt Erbschaft (§ 532).

Von der Gesamtnachfolge von Todeswegen ist der Einzelantritt, die Singularsukzession von Todeswegen, also der Eintritt nicht in den Nachlaß als Ganzes, sondern in ein oder mehrere bestimmte Rechtsverhältnisse zu unterscheiden. Der zur Singularsukzession von Todeswegen Verufene heißt Vermächtnisnehmer (Legatar); der Gegenstand des Singularerwerbes von Todeswegen heißt Vermächtnis (Legat) (§ 535).

Erbschaft und Vermächtnis, Erbe und Vermächtnisnehmer sind daher nicht quantitativ, sondern qualitativ verschieden.

## § 2.

### Die Eröffnung der Erbfolge und der Anfall der Erbschaft<sup>2)</sup>.

I. Damit die Erbfolge eröffnet werde, muß der Tod einer vermögensfähigen Person erwiesen vorliegen, oder eine vermögensfähige Person rechtskräftig für tot erklärt worden sein; viventis hereditas non datur (§§ 531, 536 ABGB.; § 20 AusstreitG.).

Das Institut des bürgerlichen Todes ist dem österreichischen Rechte fremd. Auch das Vermögen eines Deserteurs wird zwar sequestriert, aber erst nach seinem Tode, beziehungsweise der Todeserklärung dem gesetzlichen Erben herausgegeben. Auch bezüglich der Ordensgeistlichen findet nach unserem Rechte von obigem Satze keine Ausnahme statt. Wenn jemand ein Ordensgelübde ablegt, dessen Ablegung nach dem Gesetze den Verlust der freien Verwaltung des Vermögens nach sich zieht, so hat das Gericht für dasjenige Vermögen, worüber er nicht unter Lebenden verfügt hat, einen Kurator zu bestellen (§ 182 AusstreitG.); die Erbfolge in das Ver-

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu § 1922, Abs. 2 d. ABGB.

<sup>2)</sup> Unger, 6, 17 ff.; Rainz 2, 584 ff.; Anders 5 ff.

mögen findet aber erst nach dem Tode, beziehungsweise der Todeserklärung des Ordensgeistlichen statt.

II. Von der Eröffnung der Erbfolge ist der Anfall der Erbschaft zu unterscheiden. Damit der Anfall, die Delation der Erbschaft an eine bestimmte Person eintrete, das Erbrecht einer bestimmten Person in diesem Sinne entstehe, ist außerdem, d. h. außer den Voraussetzungen der Eröffnung der Erbfolge, erforderlich:

A. das Vorhandensein eines Delationsgrundes, eines Grundes der Berufung zur Erbfolge für eine bestimmte Person<sup>1)</sup>. Berufsgründe zur Erbfolge oder — nach der Terminologie der Marginalrubrik zu § 533 — „Titel zum Erbrechte“ sind nun:

1. der nach den gesetzlichen Vorschriften erklärte letzte Wille des Erblassers, eine letzte Willenserklärung, welche entweder

a) eine letzte Willenserklärung im engeren, technischen<sup>2)</sup> Sinne, d. h. widerruflich ist (§§ 552, 647) oder

b) eine unwiderrufliche, vertragsmäßige Erbeinsetzung enthält (Erbvertrag) (§ 602)<sup>3)</sup>;

2. das Gesetz, d. h. das Vorhandensein gewisser familienrechtlicher Beziehungen, an deren Vorliegen das Gesetz das Erbrecht knüpft.

Das ABGB. betrachtet den Erbvertrag als selbständigen Titel zum Erbrechte neben der widerrufenen letzten Willenserklärung und unterscheidet somit in § 533 drei Titel zum Erbrechte oder „drei Arten des Erbrechtes“ (§ 534), nämlich die letztwillige Erklärung des Erblassers, den Erbvertrag und das Gesetz oder — nach der Stärke dieser Delationsgründe geordnet —: Erbvertrag, letzten Willen (Testament) und Gesetz.

Nach unserem Rechte<sup>4)</sup> schließen die angeführten drei Titel zum Erbrechte einander nicht aus, können vielmehr nebeneinander bestehen, so daß gleichzeitig in denselben Nachlaß aus allen drei Delationsgründen sukzidiert werden kann<sup>5)</sup> (§ 534).

Anderer als die angeführten Titel zum Erbrechte gibt es im öster-

<sup>1)</sup> Vgl. Unger, 6, 17 ff.; Krauz 2, 591 f.; Anders 5 f.

<sup>2)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 61. Über den Sprachgebrauch des ABGB.; vgl. ebenda S. 62 (Note 24).

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 15408 und 15446. (Der § 111 N.D., welcher den Notar zur Vorlage des von ihm aufgenommenen, eine letztwillige Anordnung enthaltenden Notariatsaktes behufs deren Kundmachung verpflichtet, sobald er in die Kenntnis des Todes jener Person kommt, welche diese letztwillige Anordnung errichtet hat, spricht ganz allgemein von letztwilligen Anordnungen, ohne sich in eine Unterscheidung der einzelnen Arten einer solchen Anordnung einzulassen, und bezieht sich daher auch auf Erbverträge).

<sup>4)</sup> Auch nach früherem Rechte? Zweifelnd Vossius, Legum et consuetudinum Austriacarum cum jure Romano collatio 415 f.

<sup>5)</sup> Vgl. hiezu u. a. Mayer, Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Einft und jetzt (S.A. aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches) 405 f.

reichischen Recht nicht<sup>1)</sup>. Das Heimfallsrecht des Fiskus ist kein Erbrecht<sup>2)</sup>. Auch kennt unser Recht keine Erztzung des Erbrechts, und es wird auch durch eine Schenkung des gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens oder des Nachlasses eine Universalzufassung, beziehungsweise eine Erbfolge nicht begründet, weshalb bei Nachweis einer solchen Schenkung die Erbfolge in Ermangelung eines Testamentes oder Erbvertrags auf Grund des Gesetzes zu eröffnen ist<sup>3)</sup>.

B. das Dasein und die Fähigkeit desjenigen, der Erbe werden soll, im Zeitpunkte des Erbanfalles<sup>4)</sup>.

Wer Erbe werden soll, muß:

1. im Zeitpunkte des Erbanfalles vorhanden sein, d. h. einerseits in diesem Zeitpunkte schon geboren oder mindestens gezeugt<sup>5)</sup> (§§ 22, 732), andererseits im Zeitpunkte des Erbanfalles noch vorhanden, noch am Leben sein (§ 536), den Erbfall erleben<sup>6)</sup>. Hat der Berufene den Anfall der Erbschaft erlebt, so überträgt er regelmäßig das Recht aus der Delation — das Erbrecht in diesem Sinne — auf seine Erben, wenn es nicht durch Entfugung oder auf eine andere Art erloschen ist (537), oder die Transmission vom Erblasser ausgeschlossen wurde (§ 809)<sup>7)</sup>. Stirbt aber derjenige, der präsumptiv Erbe geworden wäre, oder, wie das ABGB. im § 536 sich ausdrückt, der „vermeintliche“ Erbe vor dem Erbanfalle, so hat er ein Erbrecht noch nicht erlangt und kann es also auch nicht auf seine Erben übertragen (§ 536).

Als Zeitpunkt des Erbanfalles betrachtet das ABGB. in den §§ 536 und 537 den Tod des Erblassers. Der § 545 bestimmt, daß der Zeitpunkt des Erbanfalles „in der Regel“ der Tod des Erblassers ist. Schon aus den Worten „in der Regel“ im § 545 ergibt sich, daß der Erbanfall auch erst nach dem Tode des Erblassers eintreten kann. Ausdrücklich ist

<sup>1)</sup> Vgl. hier die Bemerkungen über die jure crediti-Einantwortung in § 51 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu weiter unten § 43 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu die richtigen Ausführungen von Zlobitzky, Über Vermögensschenkungen im Konflikt mit dem Erbrechte, in Wagners Z. 1843, II, 378 ff. — Unrichtig Gll. 10556 (Annahme einer auf Grund einer notariell errichteten wechselseitigen Schenkung auf den Todesfall über das ganze Vermögen zweier miteinander verheirateten Kontrahenten von dem Überlebenden überreichten Erbsklärung).

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu im allgemeinen Unger 6, 20 ff.; Krauz 2, 584 ff.; Anders 7 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 2, 347 und die dort in Note 2 Zitierten; ferner Anders 7. Vgl. auch § 1923, Abf. 2 d. ABGB.

<sup>6)</sup> Vgl. § 1923 d. ABGB.

<sup>7)</sup> Vgl. hiezu Unger 6, S. 67 f., 149 f.; Strohal, Transmissio pendente condicione (1879) (rez. von Krasnopolski, in KritVJSchr. 22, 181 ff.; und von Lewes, in Grünhuts Z. 7, 413 ff.); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 17 ff.; Steinlechner, a. a. D. 1, 303 (Note 4); Anonymus, Zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses nach römischem und österreichischem Rechte, in Grünhuts Z. 13, 394 ff.; 14, 101 ff.

dies im § 703 ausgesprochen, der normiert, daß bei der Erbeinsetzung unter einer (bejahenden) Suspensivbedingung wenn die Bedingung erst nach dem Tode des Erblassers in Erfüllung geht, der Anfall der Erbschaft mit dem Eintritte der Bedingung erfolgt<sup>1) 2)</sup>.

Das Erfordernis, daß der Erbe im Zeitpunkte des Erbanfalls schon vorhanden sein müsse, hindert nicht, daß eine beim Tode des Erblassers noch nicht einmal erzeugte physische Person auf den Fall ihrer Geburt, also insofern bedingt, gültig direkt zum Erben unter gewissen Beschränkungen eingesetzt werden kann, so daß der Anfall an sie erst mit ihrer Geburt erfolgt (Hfd. v. 29. V. 1845 [JGS. 888]<sup>3)</sup>, und auch nicht, daß letztwillig eine noch nicht existierende juristische Person — speziell eine Stiftung — zum Erben eingesetzt werden kann<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Über die Frage, ob die im § 703 enthaltene Bestimmung gleich der analogen Anordnung des römischen Rechtes zwingenden oder bloß dispositiven Charakter habe, vgl. Strohal, a. a. O. 47 ff., der sich für den bloß dispositiven Charakter ausspricht, also behauptet, daß die Anwendung des § 703 dann zeffiziert, wenn mit voller Grattheit nachgewiesen werden kann, daß der Übergang der spes auf den Erben des bedingt Berufenen vom Erblasser gewollt sei. — Bloß dispositiven Charakter hat die der Norm des § 703 analoge Vorschrift des § 2074 d. BGB.

<sup>2)</sup> Unger 6, Anm. 20 auf S. 25 und Pfaff und Hofmann, Kommentar 2 S. 30, 686 (vgl. auch Anders 6) behaupten, daß auch bei der gesetzlichen Erbfolge der Anfall der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers nicht zusammenfalle, wenn sich erst nach dem Tode des Erblassers entscheidet, daß der eingesetzte Testamentserbe nicht zum Erwerbe gelange, und im Falle der sukzessiven Delation, d. h., wenn an Stelle früher berufener Intestaterben späterhin andere berufen werden. Gegen diese im Widerspruche zu § 545 stehende Ansicht in beiden Beziehungen (mit Recht) Strohal, a. a. O. 177 in Anwendung des von ihm auf S. 66 aufgestellten Prinzipes, „daß es nach österreichischem Rechte überall dort, wo die Berufung einer Person zu einer Erbschaft oder zu einem Vermächtnis lediglich davon abhängt, daß eine vorherberufene Person nicht erwirbt, nach Wegfall des Vorberufenen so gehalten wird, als ob der Zweitberufene schon von vornherein Erstberufener gewesen wäre, und daß somit auch Transmiffion auf die Erben des Nachberufenen stattfindet, wenn dieser zwar den Tod des Erblassers, nicht aber den Wegfall des Vorberufenen erlebt hat“.

<sup>3)</sup> „Letztwillige Anordnungen, wodurch Personen, welche bei dem Tode des Erblassers noch nicht geboren und auch nicht gesetzlich als geboren anzusehen sind, für den Fall sie zur Welt kommen, unmittelbar eine Erbschaft oder ein Vermächtnis zugedacht wird, sind nur insofern gültig, als der Erblasser für die berufenen Nachkommen nach den Bestimmungen des § 612 ABGB. und durch eine zu ihrem Vorteile in absteigender Linie errichtete fideikommissarische Substitution gültig hätte sorgen können. Bis zur Geburt des eingesetzten Erben oder Vermächtnisnehmers kommt der einstweilige Besitz und Genuß des zugedachten Vermögens, insofern der Erblasser darüber keine andere Verfügung getroffen hat, denjenigen zu, welche darauf Anspruch haben, im Falle die Anordnung wegen unterbliebener Geburt des Berufenen nicht vollzogen werden kann (§ 707 ABGB.). Für die Sicherung der Rechte der Ungeborenen haben die Gerichtsbehörden nach den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu sorgen.“ Über die Entstehungsgeschichte dieses Hfd. vgl. Stroß, Materialien zu zwei Hofdekreten, durch welche erbrechtliche Bestimmungen des ABGB. erläutert werden, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. 2, 722 ff. Vgl. hier auch Unger 6, 93; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 31, 241; dies., Entwurf 2, 149 ff.; Krauz 2, 585; Anders 7; GMR. 2963 (Sind neben bereits am Leben befindlichen Erben noch ungeborene berufen, so kann eine Einantwortung vor der Geburt der letzteren, bzw. vor dem Zeitpunkte, in dem sich ihr Nichtexistenzentscheidet, nicht erfolgen.)

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 8 auf S. 62; Krauz 1, 218 (Note 10); 2, 585; GMR. 1055, 8255, 11259; GMR. 2145, 2280, 2852. Vgl. ferner auch weiter unter Note 2 auf S. 14 dieses Bandes.

2. erbfähig sein. In dieser Beziehung bestimmt § 545, daß „die Erbfähigkeit nur nach dem Zeitpunkte des wirklichen Erbanfalles bestimmt werden“ kann. Darin liegt zunächst ein Doppeltes: einmal, daß die Erbfähigkeit in einem früheren Zeitpunkt, als dem des Erbanfalles, daher auch die Erbfähigkeit des Testamentserben im Zeitpunkte der Testamentserrichtung — hier liegt eine Abweichung vom römischen Rechte vor — nicht schadet<sup>1)</sup>; ferner aber, daß eine später, d. i. erst nach dem Erbanfalle, erlangte Erbfähigkeit kein Recht gibt, anderen das zu entziehen, was ihnen bereits rechtmäßig angefallen ist (§ 546). Eine Konsequenz dieses Satzes enthält schon das R. v. 9. XI. 1781 (JGS. 30)<sup>2)</sup>. Aus der Fassung des § 545, nämlich aus den Worten: „Die Erbfähigkeit kann nur nach dem Zeitpunkte des wirklichen Erbanfalles bestimmt werden,“ wurde nun aber weiterhin von jeher<sup>3)</sup> auch geschlossen, daß eine nach dem Anfalle und vor dem Antritte der Erbschaft eintretende Erbfähigkeit nicht schade. Im Gegenseite dazu behauptete zuerst Unger<sup>4)</sup>, daß die Erbfähigkeit von dem Anfalle bis zum Antritte der Erbschaft ununterbrochen dauern müsse. Das Wort „nur“ im § 545 solle lediglich das Erfordernis der Erbfähigkeit in einem früheren Zeitpunkte als dem des Erbanfalles beseitigen. Dieser Ansicht schlossen sich Pfaff und Hofmann<sup>5)</sup> als einer „selbstverständlichen“ an<sup>6)</sup>. Allein diese Ansicht, die mehrfach, insbesondere auch von Krauz<sup>7)</sup>, bestritten worden ist, steht denn doch mit der Fassung des § 545 im Widerspruch und läßt sich wohl auch mit der Entstehungsgeschichte des § 545 nicht in Einklang bringen<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> So ausdrücklich Codex Theresianus II. Teil, cap. XII, num. 30.

<sup>2)</sup> Hier heißt es: „Solche Ordensgeistliche, welche mit Dispensation ihren Orden verlassen und in den Weltpriesterstand eintreten, sind jedoch nicht berechtigt, dasjenige, was „bis zu ihrem Austritte aus dem Orden . . . den übrigen weltlichen Intestaterben wirklich angefallen sein wird, und in der von ihnen abgelegten abdicatione honorum nicht begriffen sein kann, zurück zu verlangen . . ., sondern es sollen die Eigentümer bei ihren erlangten Rechten geschützt werden.“

<sup>3)</sup> Vgl. schon Zeiller, Kommentar ad § 545.

<sup>4)</sup> 6, § 5, insbesondere Anm. 22.

<sup>5)</sup> Kommentar 2, 30.

<sup>6)</sup> Der gleichen Ansicht auch Kirchstetter, Kommentar 261; Steinlechner, a. a. O. 1, 347 ff. (Note 2), der aber mit einer petitio principii operiert, wenn er sagt: „Endlich aber scheint uns für die vorliegende Frage doch auch in Betracht zu kommen, daß Erbfähigkeit und Erbnwürdigkeit doch auch noch nach der Delation, aber vor dem Erwerb der Erbschaft eintreten können . . .“; (zu Steinlechner vgl. auch Pfaff in Öst. ABGZ. 1898, Nr. 2 [Note 8]); Anders 7.

<sup>7)</sup> 2, 591. Derselben Meinung Anonymus, in Grünhuts 3. 14, 108 ff.; Wroblewski, Separatio honorum und Sicherstellung der Erbngläubiger, in Öst. ABGZ. 23, 362 (Note 77); Stubenrauch 1, 750 f. und Note 2.

<sup>8)</sup> Der Codex Theresianus II. Teil, cap. XII, num. 30 forderte noch die Erbfähigkeit im Zeitpunkte des Erbanfalles und der „antretenden Erbschaft“. Dagegen bestimmt aber der Entwurf Herten II. Teil, 9. Kap. § 8: „Auf die Erbfähigkeit ist bloß in jenem Zeitpunkte zu sehen, wann jemanden das Erbrecht anfällt. Wenn daher jemand nach geschehenem Erbanfalle wegen einer Missetat erbunfähig wird, so zieht das Urtheil den Verlust dessen, was ihm aus dem letzten Willen gebührt, nicht mehr nach sich.“ Hierzu vgl. allerdings Steinlechner, a. a. O. 1, 348 f. (Note).



Die Frage: wer ist erbfähig? beantwortet § 538 mit den Worten: „Wer ein Vermögen zu erwerben berechtigt ist, kann in der Regel auch erben.“ Die Erbfähigkeit fällt also in der Regel mit der Erwerbssfähigkeit zusammen. Insbesondere sind auch erbfähig: juristische Personen überhaupt<sup>1)</sup>, also Korporationen<sup>1)</sup>, Stiftungen<sup>2)</sup> und Anstalten<sup>3)</sup><sup>4)</sup>, auch geistliche Orden und Kongregationen, „insofern ihre Ordensregel es gestattet“ (M. v. 13. VI. 1858 [R. G. Bl. 95]). Die rücksichtlich der geistlichen Korporationen („geistlichen Gemeinden“) früher bestandenen, deren Erwerbs- und daher auch Erbfähigkeit beschränkenden sogenannten Amortisationsgesetze<sup>5)</sup>, auf welche § 539 verweist, sind durch die Artt. 29 und 35 des Konkordates aufgehoben worden. Im Art. I des G. v. 7. V. 1874 (R. G. Bl. 50) wurde nun allerdings die Aufhebung des Konkordates ausgesprochen. Dadurch wurden aber die erwähnten Amortisationsgesetze schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dann mit Rücksicht auf § 51 des zitierten Gesetzes und im Hinblick auf Art. VI Allg. Staatsb. G. nicht wieder hergestellt<sup>6)</sup>. Allein andererseits wurden durch das Konkordat nur die rücksichtlich der geistlichen Korporationen (geistlichen Gemeinden) bestehenden gesetzlichen Beschränkungen der Erwerbs- und Erbfähigkeit aufgehoben, nicht aber die mit der Ablegung des feierlichen Gelübdes der Armut verbundene Erbunfähigkeit der einzelnen Ordenspersonen berührt<sup>7)</sup>. Ebenso blieb auch die Bestimmung des H. v. 23. III. 1809 (J. G. S. 887)<sup>8)</sup>

<sup>1)</sup> Daß unerlaubte Körperschaften nicht erbfähig sind, ist selbstverständlich. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 22 (Note 15); Krauz 2, 586 (Note \*\*).

<sup>2)</sup> Wird eine letztwillig errichtete Stiftung von der zur Prüfung der Annehmbarkeit allein zuständigen politischen Behörde abgelehnt, dann erscheint die beabsichtigte Zuwendung des Vermögens nicht mit dem Charakter der juristischen Persönlichkeit ausgestattet, und die Berufung der beabsichtigten Stiftung als Erbin kann nicht als eine gültige Erbinsetzung anerkannt werden. So O. M. N. F. 1363. Vgl. auch O. M. N. F. 2606 und 2330.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu O. M. N. F. 1198 (Erbfähigkeit einer einzelnen Anstalt [Nyl] eines Vereines, wenn in den Vereinsstatuten bestimmt ist, daß der Verein solche Anstalten errichtet, und diese letzteren bewegliches und unbewegliches Vermögen erwerben können, da dann jede Anstalt, wenn sie auch alle zusammen Eigentum des Vereines sind, ein selbständiges Zweckvermögen darstellt).

<sup>4)</sup> Über die Frage der Erbfähigkeit einer Behörde vgl. Krauz 2, 586 (Note \*\*); auch Steinlechner, Gutachten über die rechtliche Natur und Behandlung von Vermögenszuwendungen an die Universität oder an eine Fakultät (1906).

<sup>5)</sup> Vgl. Michel, Handbuch des allgemeinen Privatrechts für das Kaiserthum Österreich 2, 104 ff.; ferner Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 23; dief., Erläuterung 2, 6 ff.; Baernreither, Über das Vermögensrecht der geistlichen Orden und ihrer Mitglieder (S. d. O. M. N. F. 1882, Nr. 1—11) 30 ff.; Jenner, Art. Amortisationsgesetze, im O. M. N. F. (2).

<sup>6)</sup> U. M. O. M. 7590 und wohl auch O. M. 14443, die die Wiederherstellung der Amortisationsgesetze anzunehmen scheint, da es dort heißt: es stünden dem Erwerbe der Forderung (im Jahre 1891) von Seiten des Konvents der Warmherzigen Brüder zufolge der demselben laut H. v. 30. VIII. 1805 (J. G. S. 745) gewährten Befreiung die Amortisationsgesetze nicht entgegen.

<sup>7)</sup> Vgl. O. M. 270, 11532.

<sup>8)</sup> Vgl. auch H. v. 27. IV. 1816 (J. G. S. 1235).

durch das Konkordat unberührt<sup>1)</sup>. Auch gegenwärtig sind daher Ordensinstitute keineswegs berechtigt, im Namen oder als Repräsentanten der Professoren auf einen Pflichtteil oder Intestaterbteil, der einem Professoren gebühren würde, Anspruch zu erheben oder dasjenige zu erwerben, was unmittelbar den einzelnen Professoren zugedacht wird. Schließlich kann auch von einem gesetzlichen Erbrechte des Klosters gegen die Konventualen nicht die Rede sein<sup>2)</sup>.

Die ausnahmsweise eintretende Erbunfähigkeit ist entweder:

I. eine absolute oder

II. eine relative, je nachdem sie vom Rechte, zu erben, überhaupt oder nur vom Rechte auf die Erbfolge nach einer bestimmten Person<sup>3)</sup>, und zwar im letzteren Falle entweder von der Erbfolge aus allen Delationsgründen oder nur von der aus einem bestimmten Delationsgrunde ausschließt.

### § 3.

#### Die Erbunfähigkeit<sup>4)</sup>.

##### I. Die absolute Erbunfähigkeit.

Absolut erbunfähig sind:

1. Personen, welche dem Rechte, etwas zu erwerben, überhaupt entzogen (§ 538), d. h. das feierliche Ordensgelübde der Armut abgelegt haben, also die meisten Ordensgeistlichen und Nonnen<sup>5)</sup>. Gewisse Ordensgeistliche, beziehungsweise Nonnen sind aber kraft besonderer Bestimmungen erbfähig<sup>6)</sup>. Weiterhin sind auch die Mitglieder eines aufgehobenen

<sup>1)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 8 auf S. 23; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 23 und Note 21; dief., Erläuterung 2, 8; Krauz 2, 586 ff. Vgl. auch O. M. 7590 und O. M. N. F. 4548.

<sup>2)</sup> Vgl. hier aber auch O. M. 11527.

<sup>3)</sup> Vgl. O. M. 14730.

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, 20 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 20 ff.; Krauz 2, 586 ff.; Anders 7 ff.

<sup>5)</sup> So auch Unger 6, 20; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 20 ff. und Noten 16 und 17; Singer, Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commercium mortis causa für das kanonische und österreichische Recht (1880), insbesondere S. 39 ff., 64; Stubenrauch 1, 744; Krauz 2, 586; Anders 7; O. M. 11532; O. M. N. F. 4548. Vgl. auch Seydel, Über die Privatvermögensfähigkeit der Ordensgeistlichen und die Zulassung derselben zur Eintragung in das Genossenschaftsregister, in O. M. N. F. 1894, Nr. 18, 19. U. M. Baernreither, a. a. O. 56: „Fällt der Ordensperson während der Zeit der Kuratel eine Erbschaft an, . . . so hat der Kurator zu intervenieren und erwirbt . . . wie für jede Person, welche ihre Angelegenheiten nicht selbst besorgen . . . kann.“

<sup>6)</sup> So die deutschen Ordensritter (B. v. 28. VI. 1840 [J. G. S. 451]), nicht aber die deutschen Ordenspriester, welche den von dem deutschen Orden errichteten Konventen angehören (M. v. 31. XII. 1866 [R. G. Bl. 4 ex 1867]); ferner die Ritter des Maltheerordens (Pragm. Sankt. v. 5. IX. 1767); die Redemptoristen (H. v. 9. I. 1843 [J. G. S. 670]); die englischen Fräulein (H. v. 7. VI. 1774 [Prop. Bd. 5, S. 354]); die Redemptoristinnen (H. v. 23. XII. 1830 [J. G. S. 2498]) und v. 24. III. 1831

Ordens oder Klosters, sowie diejenigen, welche die Auflösung ihrer Gelübde oder die saecularisatio in perpetuum erhalten haben, d. h. mit Bewilligung des Papstes ihren Orden verlassen haben und in den Weltpriesterstand eingetreten sind, erbfähig<sup>1)</sup>, und zwar die ersteren vom Tage der ihnen kundgemachten Aufhebung des Ordens oder Klosters<sup>2)</sup>, die letzteren vom Tage der vom Bischof vollzogenen Säkularisation<sup>3)</sup>. Bloße Dispensation der Ordensoberen bei fortbauender Angehörigkeit an den Orden hebt die Erbunfähigkeit nicht<sup>4)</sup>.

2. Deserteure der Linie und Reserve (nicht auch der Landwehr) vom Tage der vollbrachten Desertion bis zu ihrer Verhaftung oder Rückkehr<sup>5)</sup>. Was ihnen in dieser Zeit innerhalb des Staatsgebietes von Todeswegen anfällt, ist jenen gesetzlichen Erben zuzuwenden, denen es angefallen wäre, wenn der Deserteur den Anfallstag nicht erlebt hätte (§ 208 lit. c MilStG.)<sup>6)</sup>.

Den Deserteuren standen diejenigen gleich, die der unbefugten Auswanderung schuldig erkannt worden waren (§§ 9, 10 B. v. 24. III. 1832 [ZGS. 2557]; § 544 ABGB.)<sup>7)</sup>. Allein diese Folge der unbefugten Auswanderung dürfte gegenwärtig entfallen sein<sup>8)</sup>.

3. Unter gewissen Voraussetzungen, nämlich im Falle der Retorsion, Fremde. Bezüglich dieser ist nämlich zu unterscheiden:

a) Untertanen fremder Staaten, mit denen Freizügigkeitsverträge bestehen, sind erbfähig.

b) Untertanen von Staaten, mit denen keine Freizügigkeitsverträge bestehen, sind erbfähig, wenn sie entweder die sogenannten reversalia de observando reciproco beibringen — diese Reversalien dienen zur Sicher-

[ZGS. 2508]; und die barmherzigen Schwestern (HfD. v. 13. I. 1832 [ZGS. 2545], v. 27. II. 1843 [ZGS. 685] und v. 5. V. 1820 [ZGS. 901]).

<sup>1)</sup> Vgl. HfD. v. 17. VIII. 1835 (ZGS. 76).

<sup>2)</sup> Vgl. B. v. 30. VIII. 1782 (ZGS. 72); abgeändert durch HfD. v. 28. XII. 1835 (ZGS. 111). Vgl. auch Gll. 11 527.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu B. v. 9. XI. 1781 (ZGS. 30); HfD. v. 28. VIII. 1835, bei Binwartner, Handbuch der Gesetze und Verordnungen 2, 202 f.

<sup>4)</sup> Vgl. Gll. 2815. Unrichtig wird der Begriff der Säkularisierung gefaßt in Gll. 4494.

<sup>5)</sup> Vgl. Burckhard, System des österreichischen Privatrechts 3, S. 36, 37 (Note).

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 23 (Note 2); dief. Exkurse 2, 30; Breuninger, Die zivilrechtliche Stellung des Deserteurs, in DfRichter 3, 1904, Nr. 3; Stubenrauch 1, 745 und Note 1; Wieselthier, Die Erbunfähigkeit des Deserteurs nach § 208, lit. c des Militärstrafgesetzes, in Notz. 1907, Nr. 47—50; Krausz 2, 587.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu Gll. 1521 (ZudB. 46): Die Wirkungen der unbefugten Auswanderung treten erst mit der Rechtskraft des Auswanderungsurteils ein.

<sup>8)</sup> Vgl. Art. 4 AllgStaatsbG.; § 45 Wehrg. — Vgl. hier auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 23 (Note 3); dief., Exkurse 2, 30; Stubenrauch 1, 745 und Note 2; Krausz 2, 587; Anders 7; Mayr, Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Einft und jetzt (S. 1. aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches) 421.

zung der berufenen Behörde darüber, daß von dem betreffenden Staate die einem österreichischen Untertanen anfallende Erbschaft so ausgefolgt wird, wie in Österreich die den Untertanen des betreffenden fremden Staates anfallende Erbschaft — oder von der Weibringung der Reversalien befreit sind<sup>1)</sup>.

c) Ist weder das eine noch das andere der Fall, so tritt der Grundsatz der materiellen Reziprozität oder der Retorsion ein<sup>2)</sup>.

## II. Die relative Erbunfähigkeit<sup>3)</sup>.

Relativ erbunfähig ist:

1. wer den Erblasser, dessen Eltern<sup>4)</sup> (auch Adoptiveltern<sup>5)</sup>), Kinder (auch Adoptivkinder<sup>6)</sup>) oder Ehegatten (auch Putativehegatten<sup>7)</sup>)

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Stubenrauch 1, 744 f. (Note 3).

<sup>2)</sup> In Anwendung des Grundsatzes der Retorsion sprechen das HfRftr. v. 23. XII. 1775 (Kropatschek, Bd. 7, S. 469), das HfD. v. 3. I. 1776 (Kropatschek, Bd. 7 S. 489) und das HfD. v. 6. IV. 1821 (ZGS. 1752) den türkischen Untertanen die Erbunfähigkeit ab. Ob diese Bestimmungen gegenwärtig noch gelten, ist mit Rücksicht auf das Protokoll v. 5. XI. 1868 (RGBl. 5 ex 1869) fraglich. Dieses Protokoll macht nämlich das türkische Gesetz v. 18. VI. 1867 kund, in dessen Art. I den Fremden aus demselben Rechtstitel wie den ottomanischen Untertanen und ohne andere Bestimmungen das Recht der Erwerbung unbeweglichen Eigentums in der Türkei zugestanden wird. Troßdem gab aber das auswärtige Amt in den ersten Tagen des Monats Mai 1874 in Beantwortung einer Interpellation im Finanzausschuß der österreichischen Delegation die Erklärung ab, daß die Erbunfähigkeit türkischer Untertanen sowohl hinsichtlich des beweglichen als des unbeweglichen Nachlasses an Österreich noch in voller Kraft bestehe und die Stellung der Bruderschaft ottomanischer Untertanen (HfD. v. 11. I. 1834) noch immer eine ausnahmsweise sei. Über diese Frage vgl. u. a. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 24 (Note 4); Stubenrauch 1, 744 f. (Note 3); Krausz 2, 587 (Note 3). — Erbunfähig sind auch unter türkischer Vormüßigkeit stehende Kirchen (HfD. v. 23. X. 1775 und v. 22. VI. 1802), doch ist der Bruderschaft ottomanischer Untertanen in Wien gestattet, Geschenke und Vermächtnisse für ihre Kirchen von Glaubensgenossen anzunehmen, auch wenn dieselben österreichische Untertanen sind (HfD. v. 11. I. 1834 [niedöft. ProvGS. Bd. 16, S. 52]). Vgl. auch HfD. v. 10. VII. 1840 (ZGS. 453) und § 143 AusstreitG. (aufrecht erhalten durch Art. VIII, 3. 3 GZM.). — Montenegrinern sind bei Nachweis der Reziprozität erbunfähig, jedoch mit der Einschränkung, daß sie nicht fähig sind, Grund und Boden in Österreich zu besitzen, und „nur der aus einer binnen peremptorischer Frist erfolgten Veräußerung erzielte Erlös als Gegenstand des den montenegrinischen Erben oder Legatarien zu erfolgenden Nachlasses zu behandeln ist“ (MG. v. 5. VIII. 1849 [RGBl. 348]).

<sup>3)</sup> Vgl. hier insbesondere Michel, Die Erbunwürdigkeit nach österreichischem Recht, in Haimers WZschr. 2, 29 ff.; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 9 ff.; Hoppen, Die Erbunwürdigkeit im österreichischen ABGB., in Gerh. 1878, Nr. 72—74; Brandhuber von Etzfeld, Delikt und Erbrecht (1896); Krausz 2, 587 ff.; Anders 8 f.

<sup>4)</sup> Unrichtig Gll. 14730.

<sup>5)</sup> So auch Michel, a. a. O. 47; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 14; Krausz 2, 590.

<sup>6)</sup> So auch Michel, a. a. O. 47; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 14; Krausz 2, 590; Anders 8. M. Brandhuber von Etzfeld, a. a. O. 12; Stubenrauch 1, 747. — In der Verlegung unehelicher Kinder erblichen Nippel, Erläuterung 4, 28 und Michel, a. a. O. 47 eine indirekte Verlegung der Mutter, nicht auch des Vaters. Hingegen bezieht Stubenrauch 1, 747 die Vorschrift des § 540 unbedingt auch auf die Verwandtschaft aus unehelicher Geburt. Die von

aus bösem Vorfatz<sup>1)</sup>, demnach nicht bloß aus Fahrlässigkeit oder im Zustande der Notwehr oder überhaupt unter Umständen, welche die Zurechnung einer Handlung ausschließen<sup>2)</sup>, an Ehre<sup>3)</sup>, Leib oder Vermögen und (arg. § 948) wohl auch an der Freiheit<sup>4)</sup> als unmittelbarer Täter oder als Mitschuldiger<sup>5)</sup> durch eine im Strafgesetze verbotene Handlung verletzt oder im Sinne des Strafgesetzes zu verletzen versucht hat<sup>6)</sup> (§ 540)<sup>7)</sup>. Ob die strafbare Handlung sich als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung darstellt, ob sie von Amts wegen oder nur auf Verlangen des Verletzten verfolgt werden kann, ist gleichgültig, wenn sie nur eine unter das Strafgesetz fallende, aus bösem Vorfatz vollbrachte oder versuchte ist<sup>8)</sup>. Ebenso ist es gleichgültig, ob bei Lebzeiten des Erblassers oder überhaupt vor der Geltendmachung der Erbunfähigkeit aus dem Grunde des § 540 wegen der strafbaren Handlung schon eine Unterfuchung eingeleitet, ein Strafurteil ergangen war oder nicht, beziehungsweise ob der Antrag auf Verfolgung der strafbaren Handlung in diesem Zeitpunkte bereits gestellt war oder nicht<sup>9)</sup>. Ist im Zeitpunkte der Geltendmachung der Erbunfähigkeit aus dem Grunde des § 540 ein verurteilendes straf-

Unger 6, 23; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 14; Krauz 2, 590 und Note 24; und Anders 8 vertreten die Mittelmeinung, daß die Frage, ob die Verletzung eines unehelichen Kindes Erbunfähigkeit auch zur Erbschaft des Vaters begründe, quaestio facti sei, ist wohl die richtige.

<sup>1)</sup> Vorausgesetzt natürlich, daß dem Täter das Gattenverhältnis der unmittelbar verletzten Person zum Erblasser bekannt war. So auch Michel, a. a. O. 47.

<sup>2)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 24; diei., Exkurs 2, S. 14, 16; Stubenrauch 1, 747; Krauz 2, 589 und Note 14.

<sup>3)</sup> Vgl. Michel, a. a. O. 45.

<sup>4)</sup> Vgl. Gl. 13205 (Ehebruch der zur Erbin eingesetzten Witwe).

<sup>5)</sup> So auch Schuster, Beiträge, in Wagner's Z. 1830, II, 51 („weil in jeder Verletzung der Freiheit auch eine Verletzung am Leibe liegt“); Michel, a. a. O. 48; Unger 6, Anm. 13 auf S. 24; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 15; Stubenrauch 1, 747; Krauz 2, 589; Anders 8. U. M. Gapp, in Wagner's Z. 1838, II, 476.

<sup>6)</sup> Vgl. Michel, a. a. O. 45; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 16.

<sup>7)</sup> Vgl. Michel, a. a. O. 46; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 16 und Note 23.

<sup>8)</sup> Eine wesentliche Milderung der allzustrengen Bestimmung des § 540 ABGB. normiert § 131 RevEntw., welcher bestimmt:

„§ 540 ABGB. hat zu lauten:

Wer gegen den Erblasser ein Verbrechen begangen hat, ist so lange des Erbrechtes unwürdig, als sich nicht aus den Umständen entnehmen läßt, daß ihm der Erblasser vergeben habe.“

<sup>9)</sup> Vgl. Gl. 155 („Nicht wegen einer jeden, selbst an einem öffentlichen Orte vorgebrachten Beschimpfung könne wider den Täter nach dem Strafgesetze verfahren werden; ferner könne, abgesehen von besonderen Umständen und Verhältnissen, nicht beurteilt werden, ob von Seiten des Beleidigers wirklich der animus injuriandi und der nach § 540 erforderliche böse Vorfatz vorhanden gewesen ist“), 947 (Der bloße Umstand der Beleidigung des Erblassers — ohne Erwähnung des Falles selbst und der Art der Beleidigung — ist keine rechtliche Ursache der Erbunwürdigkeit nach § 540).

<sup>10)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 16; Gl. 13205; E. OGH. v. 6. IV. 1910, Rv. II 237/10, in OStZBl. 29, Nr. 334.

gerichtliches Erkenntnis bereits in Rechtskraft erwachsen, so beweist es die Existenz der strafbaren Handlung auch für den Zivilrichter (§ 268 ZPO.). Sonst steht dem Zivilrichter auch die Beurteilung der Strafbarkeit der zur Begründung der Erbunfähigkeit angeführten Handlung zu. Doch kann er anordnen, daß der Rechtsstreit über die Erbunfähigkeit bis zur Erledigung des Strafverfahrens unterbrochen werde (§ 191 ZPO.). Ist dies geschehen, und ergeht im strafgerichtlichen Verfahren ein rechtskräftiger Schuldspruch, so ist der Zivilrichter an den Inhalt dieses Erkenntnisses des Strafrichters gebunden<sup>1)</sup>. Über das Vorhandensein der Erbunfähigkeit entscheidet in allen Fällen der Zivilrichter im Prozeßwege<sup>2)</sup>. Die bloße Verjährung der Strafbarkeit der strafbaren Handlung schließt den Eintritt der Erbunfähigkeit nicht aus<sup>3)</sup>. Wohl aber tritt Erbunfähigkeit nicht ein, wenn erwiesen wird, daß der Erblasser die strafbare Handlung vergeben hat. Die Verzeihung des unmittelbar Verletzten, wenn nicht der Erblasser selbst verzeiht wurde, ist irrelevant. Die Verzeihung des Erblassers braucht keine ausdrückliche zu sein. Sie kann auch „aus den Umständen entnommen werden“ (Indizienbeweis). Eine Vermutung für die Verzeihung existiert nicht. Derjenige, der die Verzeihung behauptet, muß diese seine Behauptung entweder durch den Nachweis der ausdrücklichen Erklärung des Erblassers oder durch den Nachweis konkludenter Tatsachen beweisen<sup>4)</sup>. Das bloße Stillschweigen des Erblassers, das Unterlassen des Antrages auf strafgerichtliche Verfolgung, die bloße Nichtaufhebung des Testamentes, in welchem derjenige, der sich später einer der in § 540 bezeichneten strafbaren Handlungen schuldig gemacht hat, bereits zum Erben eingesetzt war, darf für sich allein nicht als Beweis der Verzeihung angesehen werden<sup>5)</sup>.

Streitig ist, ob auch nach dem Tode des Erblassers begangene Delikte, die von der im § 540 vorausgesetzten Beschaffenheit sind, die Erbunfähig-

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Krauz 2, 590 und Note 22; Gl. 13205; E. OGH. v. 6. IV. 1910, Rv. II, 237/10, in OStZBl. 29, Nr. 334.

<sup>2)</sup> Vgl. Michel, a. a. O. S. 37, 38 f., 49; Gl. 14332 (Der die Erbunwürdigkeit Behauptende ist zu deren Nachweisung auf den Rechtsweg zu verweisen); E. OGH. v. 6. IV. 1910, Rv. II 237/10, in OStZBl. 29, Nr. 334 (Mit dieser Entscheidung wurde die Klage eines Erbprätendenten auf eidliche Angabe des Nachlassvermögens wegen infolge Erbunwürdigkeit fehlender aktiver Klagelegitimation abgewiesen).

<sup>3)</sup> Das ist allerdings wegen des Wortlautes des § 540 (arg. die Worte: „verfahren werden kann“) bestritten. Wie der Text, Unger 6, Anm. 10 zu § 5; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 16; Krauz 2, 590 (Note 22); Gl. 13205; Gl. 13205.

<sup>4)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 16; Krauz 2, 588 (Note 10); J. Pfaff, in seiner Rezension von Freudenberg, Die Verzeihung nach den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1903), in Prager JurVZschr. 36, 201 ff.; Anders 8; Gl. 13205.

<sup>5)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 17 f.; Krauz 2, 590; auch Gl. 13205.

keit begründen können. Diese Frage wird von Unger<sup>1)</sup>, Krainz<sup>2)</sup> u. a.<sup>3)</sup> und von der Praxis des OGH.<sup>4)</sup> mit Recht verneint. Hingegen behaupten Pfaff und Hofmann<sup>5)</sup>, daß auch nach dem Tode des Erblassers, ja sogar nach dem Erwerbe der Erbschaft begangene Delikte von der im § 540 vorausgesetzten Beschaffenheit vom Erbrechte ausschließen, beziehungsweise der erworbenen Erbschaft verlustig machen. Diese unrichtige Ansicht hängt mit der von Pfaff und Hofmann<sup>6)</sup> vertretenen Auffassung der §§ 540 und 542 zusammen, die dahin geht, daß in den genannten Paragraphen nicht Fälle der Erbunfähigkeit, sondern der Erbunwürdigkeit im technischen Sinne normiert sind<sup>7)</sup>. Für diese Auffassung

<sup>1)</sup> 6, Anm. 12 auf S. 24.

<sup>2)</sup> Hingegen wird in der von Ehrenzweig besorgten 4. Aufl. des Krainz'schen Systems eine Mittelmeinung vertreten, indem nämlich (S. 589 f.) behauptet wird: „Gewiß wird man die Entwendung von Nachlasssachen nicht als eine Verletzung des Erblassers an seinem „Vermögen“ hinstellen dürfen; und mehr als wunderbar wäre es, wenn eine strafbare Handlung, die etwa ein Bruder gegen den andern viele Jahre nach dem Tode des Vaters verübt, als Verletzung des „Kindes des Erblassers“ mit dem Verluste der väterlichen Erbschaft bestraft werden sollte. Andererseits aber kann die Seidenschändung (§ 306 StG.) als Musterbeispiel einer gegen den „Leib“ des Erblassers verübten strafbaren Handlung gelten, und der Angriff gegen den Ruf des Verstorbenen (§ 495 StG.) ist ebenso gewiß eine unter § 540 fallende Ehrverletzung. Sofern also eine strafbare Handlung ihrer Natur nach den Tod des Verletzten voraussetzt, wird man verständigerweise zugeben müssen, daß sie noch nach dem Tode des Erblassers Erbunwürdigkeit begründen könne.“

<sup>3)</sup> Vgl. Mages, Über einige Kontroversen aus dem Erbrechte, in ÖstWZ. 1878, Nr. 24; Stroß, Begründet Diebstahl an der Verlassenschaft Erbunfähigkeit rücksichtlich des Erblassers? in ÖstWZ. 1895, Nr. 13 (unter richtiger Bewertung der Beratungsprotokolle); Stubenrauch 1, 747 f. und Note 9.

<sup>4)</sup> Vgl. Oll. 7370, 15149.

<sup>5)</sup> Kommentar 2, 25; Exkurse 2, S. 19—22. Wie Pfaff und Hofmann, Strohal, in seiner Rezension des Kommentars von Pfaff und Hofmann, in Grünhuts 3, 6, 415 ff.; Anders 8. Vgl. auch Entwurf Horten II. Teil, 9. Kap. § 9; ferner Pfaff, Die Klausel rebus sic stantibus 133. Mit Einschränkungen bejahen die Frage Michel, a. a. O. 48 ff. („Wenn der Erbe sich einen Angriff gegen den guten Ruf des verstorbenen Erblassers unter solchen Umständen erlaube, daß Verwandte usw. die strafgerichtliche Verfolgung zum Schutze des Andenkens des Verstorbenen zu begehren berechtigt sind (§§ 492, 495 StG.)“); Lefisch, in seiner Rezension des Winwarter'schen Kommentars, im Jurist 11, 164, der die Frage bejaht, wenn eine der im § 540 bezeichneten Handlungen zwar nach dem Tode des Erblassers, aber vor dem Erbansfalle (§§ 703, 704) vorgenommen wurde (arg. § 545), und unter „Erbrecht“ in den §§ 540 und 542 „ein im Anfall begriffenes“ Erbrecht versteht; schließlich Krainz 2, 589 f. (vgl. weiter oben Note 2).

<sup>6)</sup> Kommentar 2, 21; Exkurse 2, 9 ff.

<sup>7)</sup> Pfaff und Hofmann erkennen zwar an, daß die „Erbunwürdigkeit“ der §§ 540 und 542 nicht mit der Indignität des römischen Rechtes identisch sei, da die Regel des römischen Rechtes, daß die Indignität den Anfall und den Erwerb der Erbschaft nicht hindere, auch wenn sie schon bei Lebzeiten des Erblassers vorhanden war, nicht mehr gelte, und auch das Exceptionsrecht des Iustus nicht mehr existiere, wollen aber trotzdem die Begriffe der Erbunwürdigkeit nach §§ 540 und 542 und der Erbunfähigkeit scharf trennen. Und zwar erblicken sie die Unterschiede darin, daß 1. die nach dem Erberwerbe eintretende Erbunfähigkeit diesen unberührt läßt, während die nach dem Erberwerbe eintretende Erbunwürdigkeit den Verlust des Erworbenen zugunsten desjenigen, der den Erbteil des Unwürdigen bekommen hätte, wenn dieser den Anfall nicht erlebt hätte, nach sich zieht, und daß 2. die Verzeihung des Erblassers zwar die Erbunwürdigkeit, nicht aber auch die Unfähigkeit beseitigt. Wie Pfaff und

spricht zwar der Wortlaut der §§ 540, 541 und 770 („unwürdig“), sie führt aber zu großen praktischen Inkonvenienzen, insbesondere zu einer Unsicherheit der Rechtsverhältnisse<sup>1)</sup>, da eine zeitliche Beschränkung für den Eintritt, beziehungsweise für die Geltendmachung der nach dem Erwerbe der Erbschaft eingetretenen sogenannten Erbunwürdigkeit in den §§ 540 und 542 nicht normiert ist<sup>2)</sup><sup>3)</sup>.

Hofmann auch Anders 8: und OllWZ 4407. Noch weiter als Pfaff und Hofmann geht Michel a. a. O. 34 ff. der schlechthin den gemeinrechtlichen Begriff der Indignität auf das österreichische Recht überträgt. Gegen Michel Unger 6, Anm. 4 auf S. 22, der überhaupt bestreitet, daß die §§ 540 und 542 eine von der Erbunfähigkeit verschiedene technische Erbunwürdigkeit normieren. Gegen die Annahme einer besonderen Erbunwürdigkeit in den §§ 540 und 542 auch Stubenrauch 1, 746 (Note 2); Steinlechner, Zur Lehre vom erbrechtlichen Repräsentationsrecht nach den Entwürfen einer Zivilrechts-Novelle, in ÖstWZ. 29, 371. Krainz 2, 588 f. nennt die „Erbunwürdigkeit“ der §§ 540 und 542 „eine besonders gefärbte Erbunfähigkeit“, die sich von der sonstigen Erbunfähigkeit durch den Einfluß der Verzeihung des Erblassers, ferner dadurch, daß sie gegen die Regel des § 545 auch nach dem Erbansfalle eintreten kann, endlich dadurch, daß ihr eine Durchbrechung des sogenannten Repräsentationsprinzipes eigentümlich ist, unterscheidet.

<sup>1)</sup> Vgl. aus der Begründung zu Oll. 15149: Es kann doch nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen sein, „an Delikte, welche möglicherweise noch in sehr entfernter Zeit nach dem Tode des Erblassers an dessen Angehörigen verübt werden, die Folge der Erbunwürdigkeit zu knüpfen und auf diese Art die Sicherheit inzwischen erworbener Rechte auf das Bedenklichste zu gefährden.“

<sup>2)</sup> Trotzdem also die Normierung einer besonderen technischen Erbunwürdigkeit in den Bestimmungen der §§ 540 und 542 nicht angenommen werden kann, müssen doch im Hinblick auf die Natur und den Wortlaut der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen gewisse Unterschiede zwischen den in den §§ 540 und 542 normierten und den sonstigen Fällen der Erbunfähigkeit anerkannt werden. So ist die „Erbunwürdigkeit“ nicht von Amtswegen zu berücksichtigen, sondern im Prozeßwege geltend zu machen (anders Anders 8), während der Richter eine von einem absolut Erbunfähigen überreichte Erbsatzklärung von Amtswegen zurückzuweisen hat. Ferner kann nur die „Erbunwürdigkeit“, nicht aber die Erbunfähigkeit durch Verzeihung des Erblassers beseitigt werden.

<sup>3)</sup> Das d. BGB. kennt eine technische Erbunwürdigkeit. Erbunwürdig ist nach d. BGB. (§ 2339 Abs. 1): 1. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich getötet oder zu töten versucht oder in einen Zustand versetzt hat, infolgedessen der Erblasser bis zu seinem Tode unfähig war, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben; 2. wer den Erblasser vorsätzlich und widerrechtlich verhindert hat, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben; 3. wer den Erblasser durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt hat, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder aufzuheben; 4. wer sich in Ansehung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen einer nach den Vorschriften der §§ 267—274 des Strafgesetzbuches strafbaren Handlung (Delikt der Aktundenfälschung in den durch die zitierten Bestimmungen des StG. getroffenen Gestaltungen) schuldig gemacht hat. In allen diesen Fällen wird die Unwürdigkeit durch Verzeihung des Erblassers beseitigt (§ 2343). Außerdem tritt sie in den sub 3 und 4 genannten Fällen nicht ein, wenn vor dem Eintritte des Erbfalls die Verfügung zu deren Errichtung der Erblasser bestimmt oder in Ansehung deren die strafbare Handlung begangen worden ist, oder die Verfügung, zu deren Aufhebung er bestimmt worden ist, unwirksam geworden (§ 2339 Abs. 2). Die Erbunwürdigkeit wird nicht von Amtswegen berücksichtigt, muß vielmehr von anderen Nachlassbeteiligten gegen den Erbunwürdigen geltend gemacht werden. Die Geltendmachung erfolgt durch Anfechtung des Erbschaftserwerbs. Die Anfechtung, die erst nach dem Anfalle der Erbschaft zulässig ist, geschieht mittels Klage, zu deren Erhebung jeder berechtigt ist, dem der Wegfall des Erbunwürdigen, sei es auch nur mittelbar, zugunsten kommt. Die Wirkung der gelungenen Anfechtung besteht darin, daß der Anfall an den Erbunwürdigen als nicht erfolgt gilt, und die Erbschaft nach rückwärts hin als demjenigen angefallen behandelt wird, welcher, falls der Erb-



2. wer die in § 542 aufgezählten Handlungen (absichtlich<sup>1)</sup>) unternommen oder im Sinne des Strafgesetzes versucht<sup>2)</sup> hat: nämlich wer den (testierfähigen) Erblasser zur Erklärung des letzten Willens gezwungen oder betrügerlicherweise verleitet, an der Erklärung oder Abänderung des letzten Willens gehindert oder einen von ihm bereits errichteten letzten Willen unterdrückt<sup>3)</sup> hat<sup>4)</sup>. Gemeinsames Merkmal der im § 542 erwähnten Handlungen und daher ratio juris des § 542 ist, daß durch diese Handlungen der Erblasser in der Freiheit seiner letztwilligen Verfügung gewaltsam beschränkt<sup>5)</sup>, oder betrügerischerweise eine dem wahren Willen des Erblassers widersprechende Erbfolge herbeigeführt<sup>6)</sup> werden soll. Da nun aber

unwürdige zur Zeit des Erbanfalls nicht gelebt hätte, schon von vornherein als Erbe in Betracht gekommen wäre (§ 2340, 2341, 2342, 2344). Hat sich ein Vermächtnisnehmer oder ein Pflichtteilsberechtigter einer der in § 2339, Abs. 1 bezeichneten Verfehlungen schuldig gemacht, so ist der Anspruch aus dem Vermächtnis beziehungsweise der Pflichtteilsanspruch anfechtbar. Diesen Personen gegenüber bedarf es nicht der Erhebung der Klage, sondern es finden die Grundsätze Anwendung, die für die Anfechtung von auf mangelhafte Willensbestimmung beruhenden Vermächtnisverfügungen gelten (§ 2345). Vgl. zu der Lehre der Erbnunwürdigkeit nach d. BGB. statt aller Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 542 ff.

<sup>1)</sup> Vgl. Michel, a. a. D. 51. — Auf das Motiv kommt es nicht an. So auch Michel, a. a. D. 52 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 20 f. Vgl. aber GMR. 4407 (erzepiert weiter unten in Note 3). — Ebenso ist es belanglos, ob die Handlung eine strafbare war. So auch Michel, a. a. D. 52; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 26 f.; Anders 8.

<sup>2)</sup> Die Frage, ob auch Versuch genügt, wird verneint von Gapp, in Wagners Z. 1825, II, S. 191, 192, 204; Schwab, in Wagners Z. 1845, II, 14. Gegen Gapp Szadbej, in Wagners Z. 1834, I, 83 ff.; auch Michel, a. a. D. 53. Für die im Texte vertretene Auffassung, daß strafbarer Versuch genügt, auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 20 f.; dief., Exkurse 2, 24; Anders 8.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu GMR. 4407 („Nicht jedes Verschweigen einer letzten Willenserklärung ist als Unterdrückung zu qualifizieren. § 542 BGB. stellt gleich Zwang, Betrug, Hinderung [also wieder Zwang oder Betrug] und Unterdrückung. Die ersten drei Fälle sind ganz zweifellos dolos. Schon dies läßt darauf schließen, daß auch der vierte gleich bestrafte Fall den gleichen dolosen Charakter haben müsse. Allein auch das gebrauchte Wort „unterdrückt“ weist darauf hin. Unterdrücken heißt, etwas von der Oberfläche weg unter diese bringen und im übertragenen Sinne, es durch positives Handeln oder durch Unterlassung der Ausübung pflichtmäßiger Tätigkeit nicht ans Tageslicht gelangen lassen, und zwar in der Absicht, seine Wirkung zu verhindern. Wer aus Versehen ein Testament verbrennt, unterdrückt es ebensowenig wie derjenige, der es aus triftigen Gründen für ungültig hält, oder derjenige, der trotz der Verbrennung den ganzen Inhalt des Testaments zur Ausführung bringt. Eine andere Ansicht würde die Form über die Sache stellen und dem Sinne des Gesetzes gewiß zuwiderlaufen.“ Im konkreten Falle erachtete der OGH. die Beweise über die Behauptungen des angeblich Erbnunwürdigen, daß er die letztwillige Anordnung deshalb nicht publiziert habe, weil er eine ungerechtfertigte Kränkung seines Ehegatten von diesem abhalten wollte, weil er die Unterschrift für gefälscht erachtete, weil er die bestreits eines Hauses getroffene Anordnung gar nicht für ein Legat und übrigens für gesetzlich nicht zulässig hielt, und weil er schließlich die Anordnungen des Schriftstückes nach seinem besten Wissen und, wie er es als Laie verstand, erfüllte, da der Erblasser vor seinem Tode ihm gesagt hatte, daß er Anordnungen aufgesetzt, aber nicht unterschrieben habe, deren Befolgung er wünsche, für wesentlich.)

<sup>4)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 26, 27; dief., Exkurse 2, 22 ff.; Stubenrauch 1, 748 f.; Krainz 2, 590; Anders 8 f.

<sup>5)</sup> Vgl. auch Gapp, a. a. D. 204 (Note \*).

<sup>6)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 19 zu § 5.

auch bei der Unterschlebung oder Verfälschung einer letzten Willenserklärung diese ratio juris des § 542 zutrifft, so müssen auch diese Handlungen erbnunfähig machen<sup>1)</sup>.

Voraussetzung für den Eintritt der Erbnunfähigkeit aus einem der in § 542 normierten Gründe ist, daß der Erblasser, gegen den eine der im § 542 erwähnten Handlungen unternommen wurde, eine letzte Willenserklärung zu errichten fähig war<sup>2)</sup>. Ob der Eingesezte erbnunfähig war, darauf kommt es nicht an.

Auch in den Fällen des § 542 muß die Handlung, die die Erbnunfähigkeit begründen soll, noch bei Lebzeiten des Erblassers vorgenommen worden sein<sup>3)</sup>, und auch hier wird die Erbnunfähigkeit durch die ausdrückliche oder stillschweigend erklärte Verzeihung des Erblassers ausgeschlossen<sup>4)</sup>.

Neben der vollständigen Erbnunfähigkeit aus allen Delationsgründen<sup>5)</sup> statuiert § 542 noch als weitere Folge der in ihm erwähnten Handlungen die Haftung für allen durch diese einem Dritten zugefügten Schaden; d. h. der Schuldige ist denjenigen, welche ohne sein Delikt etwas mortis causa erworben hätten, das sie nun nicht bekommen, ersatzpflichtig, falls sie den allerdings oft sehr schwierigen Beweis eines erlittenen Schadens führen können<sup>6)</sup>.

Den in den §§ 540 und 542 aufgezählten Fällen der Erbnunfähigkeit ist gemeinsam, daß der Erbnunfähige von der Erbfolge nach dem betreffenden

<sup>1)</sup> Bezüglich der Unterschlebung einer letzten Willenserklärung gleicher Meinung: Michel, a. a. D. 54; Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 24; Unger 6, Anm. 19 auf S. 25; Kirchstetter, Kommentar 263; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 23; Stubenrauch 1, 749; Krainz 2, 590 und Note 28; Anders 9; GMR. 15149. Dagegen sucht Schwab, Ob sich derjenige des Erbrechts unwürdig mache, der einen letzten Willen unterschoben hat? in Wagners Z. 1845, II, 1 ff. mit Berufung darauf, daß die Erbnunwürdigkeitsgründe in den §§ 540 und 542 tagativ aufgezählt sind, und daß die Unterschlebung eines letzten Willens weder unter den Wortlaut des § 540, noch unter den des § 542 paßt, die verneinende Verantwortung dieser Frage zu verteidigen. — Bezüglich der Verfälschung einer echten letzten Willenserklärung gleicher Meinung Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 23; Stubenrauch 1, 749; Krainz 2, 590 und Note 28; Anders 9.

<sup>2)</sup> Vgl. Michel, a. a. D. 51.

<sup>3)</sup> So auch GMR. 15149. U. M. zunächst die in Note 5 auf S. 20 angeführten Autoren; ferner aber auch Unger 6, Anm. 18. auf S. 24 f.; Stubenrauch 1, 749 und Note 1; und GMR. 4407.

<sup>4)</sup> So auch Unger 6, 20 und Anm. 17 auf S. 24; Stubenrauch 1, 749; Krainz 2, 590 und Note 31; Anders 8. U. M. Gapp, a. a. D. S. 191, 193, 197. Gegen Gapp Michel, a. a. D. 54 f.

<sup>5)</sup> Vgl. Michel, a. a. D. 55.

<sup>6)</sup> Vgl. Michel, a. a. D. 55 f. — Krainz 2, 590 (Note 30) sagt mit Recht: „Diese Wirkungen (scil. die Schadenersatzpflicht) sind nur denkbar bei Verhinderung einer beabsichtigten letztwilligen Erklärung und nach Umständen (§ 722) bei Unterdrückung eines vorhandenen letzten Willens; bei erzwungener oder betrügerlicher Verleitung zur Errichtung eines letzten Willens kann ja von dessen Gültigkeit nicht die Rede sein (§ 565).“

Erblasser aus jedem Delationsgrunde<sup>1)</sup> ausgeschlossen ist, folglich auch von der Intestaterbschaft<sup>2)</sup> und daher auch vom Pflichtteilsrechte<sup>3)</sup> (§ 767).

Anschließend an die im § 540 und vor den im § 542 normierten Erbunfähigkeitsgründen bestimmt § 541: „Die Nachkommen desjenigen, der sich des Erbrechtes unwürdig gemacht hat, sind, wenn letzterer vor dem Erblasser verstorben ist, von dem Erbrechte nicht ausgeschlossen.“ Bedeutung hat diese erst bei der dritten Lesung des ABGB. beschlossene Bestimmung nur für die gesetzliche Erbfolge<sup>4)</sup>. Sie besagt, daß die „Erbunwürdigkeit“ des vor dem Erblasser verstorbenen<sup>5)</sup> Intestaterben (wobei an Nachkommen des Erblassers gedacht wurde<sup>6)</sup>) dessen Nachkommen das ihnen gegen den Erblasser zustehende gesetzliche Erbrecht nicht benehme. Zweifellos erscheint diese Bestimmung des § 541 nach der Auffassung der Verfasser des ABGB. als eine Ausnahme von dem sogenannten Repräsentationsrechte<sup>7)</sup>. Deshalb und wegen der Stellung des § 541 wollte man nun die in ihm enthaltene Bestimmung strikte interpretieren, d. h. auf die Nachkommen desjenigen beschränken, der aus einem der im § 540 enthaltenen Gründe vom Erbrechte ausgeschlossen ist. Allein wenn es auch richtig ist, daß unserem gesetzlichen Erbrecht die Repräsentationstheorie zugrunde liegt, und daß § 541 (ebenso wie § 780) eine Ausnahme von diesem Prinzipie bildet<sup>8)</sup>, so darf doch aus der Stellung des § 541 vor den im § 542 normierten Erbunfähigkeitsgründen eine Einschränkung der Bestimmung des § 541 nicht gefolgert werden. Innere Gründe sprechen für diese einschränkende Interpretation nicht; wohl aber sprechen die für diese Bestimmung bei der Beratung geltend gemachten Gründe gegen sie. Es muß also die Bestimmung des § 541 auch auf die Nachkommen desjenigen, der aus einem der in

<sup>1)</sup> Auch aus einem Erbvertrage. Vgl. Michel, a. a. D. 49; Stubenrauch 1, 749.

<sup>2)</sup> Vgl. Stubenrauch 1, 748 (Note 4).

<sup>3)</sup> U. M. Michel, a. a. D. 49.

<sup>4)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 25; dief. Exkurs 2, 28; Stubenrauch 1, 748 und Note 1; Krainz 2, 589; Steinlechner, Zur Lehre vom erbrechtlichen Repräsentationsrecht nach den Entwürfen einer Zivilrechts-Novelle, in ÖstBl. 29, 371 f. — Vgl. auch § 132 RedEntw. der die Bestimmung des § 541 ausdrücklich auf den Fall der gesetzlichen Erbfolge einschränkt.

<sup>5)</sup> Nach § 132 RedEntw. soll auch die Erbunwürdigkeit des den Erblasser überlebenden Intestaterben dessen Nachkommen nicht vom Erbrechte ausschließen.

<sup>6)</sup> Nach der von Ehrenzweig, Die österreichische Erbfolgeordnung, in Notz. 1903, S. 26 ff. vertretenen Auffassung des Repräsentationsrechtes schadet überhaupt nur Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit eines Nachkommen oder Seitenverwandten den entfernteren Nachkommen, Erbunfähigkeit und Erbunwürdigkeit des gemeinsamen Stammvaters dagegen nie, also auch dann nicht, wenn dieser den Erblasser überlebt. Vgl. hierüber auch S. 180 dieses Bandes.

<sup>7)</sup> Vgl. Prot. II, 537; Zeiller, Kommentar ad § 541.

<sup>8)</sup> Hierüber vgl. weiter unten S. 179 f. dieses Bandes.

§ 542 enthaltenen Gründe vom Erbrechte ausgeschlossen, aber vor dem Erblasser verstorben ist, Anwendung finden<sup>1)</sup>.

3. Erbunfähig, aber nur aus einer Erklärung des letzten Willens (Testament oder Kodizill<sup>2)</sup>) untereinander — also nicht ab intestato —, sind Personen, die des Ehebruches oder der Blutschande gerichtlich geständig oder überwiesen sind (§ 543<sup>3)</sup>).

Dazu ist zu bemerken: Da der Tatbestand, an welchen die im § 543 normierte Erbunfähigkeit geknüpft ist, nicht die Begehung des Ehebruches oder der Blutschande, sondern die Tatsache ist, daß der im Testamente oder Kodizille Bedachte des Ehebruches oder der Blutschande mit dem Testator gerichtlich geständig oder überwiesen ist, so muß schon im Zeitpunkte des Erbansfalles, also für die Regel im Zeitpunkte des Todes des Erblassers das gerichtliche Geständnis abgelegt, beziehungsweise die Überweisung erfolgt sein<sup>4)</sup>. Die Überweisung oder das Geständnis des im Testamente oder Kodizille Bedachten kann also insbesondere auch nicht erst bei Gelegenheit der Geltendmachung der Erbunfähigkeit erfolgen. Zu bemerken ist ferner: Auch nicht jedes vor dem Zeitpunkte des Erbansfalles abgelegte gerichtliche Geständnis hat die im § 543 normierte Wirkung. Denn da das Gesetz das gerichtliche Geständnis der Überweisung gleichstellt, so ist als ein gerichtliches Geständnis im Sinne des § 543 nur jenes anzusehen, welches die Überweisung überflüssig macht. Ein solches Geständnis ist aber nur das vor der kompetenten Strafbehörde im Verfahren über das betreffende Delikt abgelegte<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> So auch Fuchs, im Jurist 6, S. 259, 262; Winwartner, a. a. D. 3, 25 ff.; Gspan, in Wagners 3, 1835, I, 356 ff.; Michel, a. a. D. 40 (vgl. auch die bei Michel in Note 1 Zitierten); Unger 6, Anm. 4 auf S. 140; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 25 f. und Note 1; dief., Exkurs 2, 26—30; Pfaff, Die Klausel rebus sic stantibus 133 f.; dief., Zur Entstehungsgeschichte der Marginalrubriken im österreichischen ABGB. 50 (Note 128); Stubenrauch 1, 748; Krainz 2, 589 (Note 13); Steinlechner, a. a. D. 371. U. M. Zeiller, Kommentar 3, 399; Gapp, in Wagners 3, 1825, II, 189 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Schuster, in Wagners 3, 1830, II, S. 45—47.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Nowak, Die Ausschließung vom Erbrechte aus der Erklärung eines letzten Willens nach § 543 ABGB., in ÖstBl. 1886, Nr. 22, 28; Richter, Die relative Erbunfähigkeit aus einem letzten Willen wegen Ehebruch und Blutschande, in Notz. 1891, Nr. 11; Krainz 2, 591; ferner Unger 6, 59 f., Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 27; Stubenrauch 2, 749 f. und Anders 22, die in dem Falle des § 543 einen Fall mangelnder testamenti factio passiva erblicken.

<sup>4)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 28; Krainz 2, 591; Gl. 2523, 5627, 14693. U. M. Anders 22; Gl. 6829; Gl. Nr. 577. — Für die Richtigkeit der im Texte vertretenen Anschauung sprechen auch die Vorarbeiten zum ABGB. Vgl. Entwurf Horten II. Teil, 9. Kap. § 3; Entwurf Martini II. Teil, 10. Hptst., § 16; Westg. Gl. II. Teil, § 336 (verba: „überwiesen worden sind“).

<sup>5)</sup> So auch Gl. 430, 14693 (implicite auch Gl. 13205). U. M. Gl. Nr. 577. Krainz 2, 591 und Anders 22 meinen mit Berufung auf § 266 ZPO., daß auch zufolge außergerichtlichen Geständnisses nach allgemeinen Grundätzen unter Umständen die Notwendigkeit des Beweises entfallen könne. Vgl. auch den Beitrag zur Erläuterung des § 543, in ÖstBl. 1852, Nr. 68; Nowak, a. a. D. Unklar Stubenrauch 1, 750 und Note 1.

Über die beschränkte relative Erbunfähigkeit der Individuen des Kontumazpersonales bestimmt § 71 HKzd. v. 30. VI. 1837 (PolG. Bd. 65, S. 290): „Leztwillige Anordnungen erkrankter Kontumazisten können von solchen, insoweit die Landesgesetze es gestatten, ohne die sonst erforderlichen Förmlichkeiten errichtet werden. Individuen des Kontumazpersonals dürfen aber, wenn sie durch dieselben zu Universalerben, Legataren oder Testamentsvollstreckern eingesetzt werden, weder Vermächtnisse an-, noch die Testamentsvollstreckung übernehmen. Eine Ausnahme hiervon fände nur dann statt, wenn der Erblasser mit einem solchen Individuum erweislich verwandt ist, und derselbe seinen letzten Willen eigenhändig geschrieben und unterschrieben oder doch vor Zeugen deutlich und ausdrücklich seinen ungezwungenen Willen oder freien Entschluß erklärt hat.“

Außer den in den §§ 540, 542 und 543 normierten Fällen der Ausschließung vom Erbrechte kennt das Gesetz noch einen unzweifelhaften Fall technischer Erbunwürdigkeit<sup>1)</sup>, nämlich den Fall, daß eine Frau mit Übertretung des § 120 zu einer neuen Ehe schreitet<sup>2)</sup>. Die Frau soll in diesem Falle die ihr von dem vorigen Manne durch (Ehepakte,) Erbvertrag oder letzten Willen zugewendeten Vorteile verlieren<sup>3)</sup>, nicht aber vom gesetzlichen Erbrechte ausgeschlossen sein. Daß für diesen Fall Unwürdigkeit im technischen Sinne angenommen wird, während sie für die Fälle der §§ 540 und 542 geleugnet wird, ist keineswegs, wie Pfaff und Hofmann meinen, eine Inkonsequenz, ergibt sich vielmehr mit zwingender Notwendigkeit aus dem Inhalte des § 121 und insbesondere daraus, daß in dem für die hier in Betracht kommende Frage wichtigsten der Fälle des § 120 die Handlung, die die Erbunwürdigkeit begründet, nur nach dem Tode des Erblassers vorgenommen werden kann<sup>4)</sup>.

#### § 4.

#### Der Verzicht auf die Erbfolge<sup>5)</sup>.

Der Erbverzicht gehört zu den Erbverträgen im weiteren Sinne<sup>6)</sup>. Er ist ein mit dem künftigen Erblasser geschlossener erbrechtlicher

<sup>1)</sup> So auch Michel, a. a. O. 56 ff., der allerdings nur von einer „Ähnlichkeit“ zwischen § 121 und den Fällen der eigentlichen Erbunwürdigkeit spricht; Unger 6, Anm. 5 auf S. 22; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 13 f.; Steinlechner, a. a. O. 371. N. M. im Hinblick auf den mangelnden Einfluß der Verzeihung Krausz 2, 588.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen im IV. Bande dieses Lehrbuchs auf S. 60 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Michel, a. a. O. 57 f.: „Diese Wirkung wird auf den Moment des Erbansalles zurückgeführt.“

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu auch Dolliner, in Wagners 3. 1827, I, 49.

<sup>5)</sup> Vgl. Berthaler, Zur Theorie der Verzichtleistung auf das Erbrecht, im Jurist 9, 410 ff. (gegen Berthaler, Dr. J., Einige Worte über die Verzichtleistung auf das Erbrecht, im Jurist 12, 51 ff.); ferner Grünberg, Ein Wort über den Sinn und die Zielweite des § 551, im Jurist 12, 353 ff.; Michel, Über die Verzichtleistung

Vertrag<sup>1)</sup>, also nicht ein obligatorischer oder dinglicher Vertrag. Durch den Erbverzicht soll einem bestimmten Delationsgrunde seine ihm an sich zukommende eventuelle Wirksamkeit benommen, also der Erfolg herbeigeführt werden, daß demjenigen, der auf das Erbrecht verzichtet hat, die Erbschaft nicht defertiert wird (vgl. § 537<sup>2)</sup>). Hierin ist die Ähnlichkeit zwischen der Stellung des Verzichtenden und des Erbunfähigen begründet (daher die Aneinanderreihung im § 538); doch darf der Verzichtende nicht als erbunfähig angesehen werden, da die Wirksamkeit des Verzichtes. Erbunfähigkeit voraussetzt<sup>3)</sup>.

Durch seinen Charakter als Vertrag mit dem künftigen Erblasser<sup>4)</sup> unterscheidet sich der Erbverzicht von der Ausschlagung der angefallenen Erbschaft, die ein einseitiger Akt ist und die erfolgte Delation der Erbschaft voraussetzt<sup>5)</sup>.

Persönlich fähig zur Verzichtleistung ist jeder, „der über sein Erbrecht selbst gültig verfügen kann“ (§ 551), d. h. der eine Erbschaft selbständig annehmen oder ausschlagen kann. Pflegebefohlene müssen demnach durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten sein, welche zur Verzichtleistung der vormundschafts-, beziehungsweise kuratelsbehördlichen Genehmigung bedürfen (§ 233<sup>6)</sup> 7).

auf Erbrechte nach dem österreichischen ABGB, in Haimers Mag. 7, 285 ff. (wo freilich Verzicht und Ausschlagung promiscue behandelt werden); Unger 6, 127 ff.; Hofmann, Wesen und Wirkung des Erbverzichtes und des Erbvertrages, in Grünhutsz. 3, 649 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 54 ff.; dief., Exkurse 2, 31 ff.; Meißels, Zur Lehre vom Verzicht, in Grünhutsz. 19, 40 ff.; Schiffner, Erbverträge im Zusammenhange mit Adoptionsverträgen, in Grünhutsz. 25, 272; Verus, Ein Beitrag zur Lehre des § 551, in Gerh. 1897, Nr. 48; Stubenrauch 1, 755 ff.; Krausz 2, 593 ff.; Touaillon, Beiträge zur Lehre vom Erbverzicht. Eine Studie aus dem österreichischen Privatrechte, in Notz. 1906, Nr. 42—52; Anders 51 ff.; Hanaukel, Zur Lehre vom Erbverzicht nach geltendem österreichischen Recht und de lege ferenda, in OstABG. 1912, Nr. 3.

<sup>6)</sup> Vgl. Prot. I, 445.

<sup>1)</sup> Eine einseitige Willenserklärung des Verzichtenden genügt also nicht. So auch schon Berthaler, a. a. O. 422; ferner Unger 2, 184 f.; 6, Anm. 6 auf S. 129; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 34 ff.; Krausz 2, 593 und Note 9; Anders 51 f.; GlANZ, 2808. Vgl. auch Touaillon a. a. O. Nr. 43, 44, 45, 46. N. M. Dr. J., a. a. O. 51 ff.; Michel, a. a. O. 298 und auch Stubenrauch 1, 756, nach dem die Verzichtleistung zwar auch als einseitiger Akt zustande kommen kann, aber nur, in Vertragsform erfolgt, für den Verzichtenden bindend und unwiderruflich ist.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Krausz 2, 494; Anders 52. Vgl. aber auch Touaillon, a. a. O. S. 388 f., 397.

<sup>3)</sup> So auch Krausz 2, 594 und Note 16.

<sup>4)</sup> Daß zum Erbverzicht ein Vertrag mit dem Erblasser erforderlich ist, hebt § 106 RevEntw. ausdrücklich hervor.

<sup>5)</sup> Vgl. über die Verschiedenheit und die Verwandtschaft zwischen dem Erbverzicht und der Erbschaftsausschlagung Touaillon, a. a. O. Nr. 42, 43, 47, 48, 49. Nach Touaillon sind beide Begriffe zwei wenig getrennte Unterarten eines und desselben Rechtsbegriffes.

<sup>6)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 6 auf S. 129.

<sup>7)</sup> Auch nach dem d. ABGB (§ 2347) ist zu dem Erbverzicht, wenn der Ver-

Eine bestimmte Form ist für den Erbverzicht nicht vorgeschrieben<sup>1)</sup>, und zwar auch dann nicht, wenn auf das Erbrecht aus einem in Form eines Notariatsaktes errichteten Erbvertrage verzichtet wird<sup>2) 3) 4)</sup>. Es genügt also die vom Verzichtenden abgegebene und vom künftigen Erblasser angenommene Willenserklärung, daß auf die Erbfolge in den künftigen Nachlaß des Erblassers verzichtet wird.

Der Verzicht kann entgeltlich<sup>5)</sup> oder unentgeltlich, ferner suspenso oder resolutiv<sup>6)</sup> bedingt<sup>7)</sup> oder unbedingt abgegeben werden. Der unentgeltliche Verzicht ist keine Schenkung<sup>8)</sup>, daher auch nicht der für letztere vorgeschriebenen Form unterworfen<sup>9) 10)</sup>.

zichende unter Vormundschaft steht, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich. Ein gleiches gilt auch dann, wenn der Verzichtende unter elterlicher Gewalt steht, sofern nicht der Vertrag unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird. Der Erblasser kann nach d. BGB (§ 2347) den Vertrag in der Regel nur persönlich schließen und bedarf, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Ist jedoch der Erblasser geschäftsunfähig, so kann dessen gesetzlicher Vertreter den Vertrag für ihn schließen; doch ist in diesem Falle auch noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich, es sei denn, daß der Erblasser unter elterlicher Gewalt steht und der Vertrag zugleich unter Ehegatten oder unter Verlobten geschlossen wird. Vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 532 f.

<sup>1)</sup> Diese Formfreiheit des Erbverzichts ist allerdings nicht zu billigen. So u. a. auch Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 47; Stubenrauch 1, 756 (Note 2); Krainz 2, 593 (Note 10); Anders 52; Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche 2.

<sup>2)</sup> So auch Gl. 14750. Zustimmung Stubenrauch 1, 756 (Note 2); Louaillon, a. a. D. 413; Hanaußel, a. a. D. Note 4. Nach Schiffner, a. a. D. 1 ist die Gültigkeit des als Ehepakt beabsichtigten Erbverzichts durch die Beobachtung einer Form, nämlich durch Aufnahme eines Notariatsaktes, bedingt. Schiffner, a. a. D. 1 f. macht übrigens auch noch auf einen anderen Ausnahmefall aufmerksam, wo der Erbverzicht einer Form bedarf, nämlich auf den Fall, daß der Erbverzicht bei einer Adoption erklärt wird.

<sup>3)</sup> Vgl. hier auch Gl. 335 (Keine Schriftform für den Verzicht auf ein Legat), 7618 (Keine Notariatsform für den Verzicht der Eltern auf das Erbrecht bezüglich des ihrer Tochter gegebenen Heiratsgutes).

<sup>4)</sup> Nach d. BGB (§ 2348) bedarf der Erbverzichtsvertrag der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung in dem Sinne, daß der Verzichtsvertrag, also nicht etwa bloß die Erklärung des Verzichtenden, sondern auch die Erklärung des Erblassers gerichtlich oder notariell beurkundet sein muß. Vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 527. — Auch der RevEntw. enthält im § 106 eine Formvorschrift für den Erbverzicht. „Der Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der Aufnahme eines Notariatsaktes oder der Beurkundung durch gerichtliches Protokoll.“

<sup>5)</sup> A. M. Berthaler, a. a. D. 57 f., der behauptet, daß der entgeltliche Verzicht kein Verzicht sei.

<sup>6)</sup> Nach Michel, a. a. D. 292 sind etwaige Bedingungen der Entsagung stets auflösend, und findet § 808 auch auf den Erbverzicht Anwendung, weshalb nach seiner Meinung der Verzicht auf das testamentarische Erbrecht mit Vorbehalt des gesetzlichen ungültig ist. Gegen Michel zutreffend Unger 6, Anm. 9 auf S. 130; Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 44 f. (Note 7). Vgl. aber auch Stubenrauch 1, 756 (Note 4).

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 44 ff.

<sup>8)</sup> Weil es an der Bereicherung des Erblassers fehlt. So auch Unger 6, Anm. 5 auf S. 129; Krainz 2, 593 (Note 10); Gl. 14750. A. M. Zeiller, Kommentar 2, 411; Dr. J. a. a. D. 55.

<sup>9)</sup> Vgl. Gl. 335, 14750.

Auch zugunsten eines Dritten kann in einem Vertrage mit dem künftigen Erblasser — nicht aber bei Lebzeiten des Erblassers (entgeltlich oder unentgeltlich) in einem Vertrage mit dem Dritten (§ 879 Z. 4)<sup>1)</sup> — auf das Erbrecht verzichtet werden. Das Erbwerden des Dritten kann entweder Bedingung oder Motiv des Verzichtes sein<sup>2)</sup>. Darnach beurteilt sich der Einfluß des Nichterbwerdens des Dritten auf die Gültigkeit des Verzichtes<sup>3)</sup>.

Gegenstand des Verzichtes kann nicht allein das zukünftige Noterbrecht<sup>4)</sup> und das vertragsmäßige Erbrecht<sup>5)</sup>, sondern auch das gesetzliche Erbrecht<sup>6)</sup> und wohl auch das testamentarische Erbrecht sein<sup>7) 8)</sup>.

<sup>10)</sup> Die Frage, ob der Verzicht der Anfechtung als unentgeltliche Verfügung unterliegt, ist wohl überhaupt nicht aufzuwerfen. Denn da der Verzicht nicht das Vermögen des Verzichtenden betrifft, sondern sich nur als Ablehnung eines möglichen Erwerbes darstellt, ist er unanfechtbar. So auch Anders 52; Gl. 4416. A. M. Hintelen, Das österreichische Konkursrecht 176 (Note 2), der sagt, daß der Erbverzicht als positive Rechtsabhandlung den Beschränkungen des § 13 AufG. nicht unterworfen sei.

<sup>1)</sup> Vgl. hierüber S. 98 im III. Bande dieses Lehrbuchs; ferner Hanaußel, a. a. D. Text vor Note 17 und Note 17 selbst.

<sup>2)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 9 auf S. 130; Krainz 2, 594. Michel, a. a. D. 294 nimmt immer eine Bedingung an. Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 46 f. sagen, daß im Zweifel ein bedingter Erbverzicht vorliege. Ebenso Stubenrauch 1, 756 f.; Anders 52.

<sup>3)</sup> Nach d. BGB. ist, wenn jemand zugunsten eines anderen auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet, im Zweifel anzunehmen, daß der Verzicht nur für den Fall gelten soll, daß der Andere Erbe wird. Im Falle des Verzichtes eines Abkömmlings auf das gesetzliche Erbrecht ist im Zweifel sogar anzunehmen, daß der Verzicht nur zugunsten der anderen Abkömmlinge und des Ehegatten des Erblassers gelten soll (§ 2350).

<sup>4)</sup> Daraus allein beschränkt Berthaler, a. a. D. 424 ff. den Begriff des eigentlichen Verzichtes, auf den § 551 („sein Erbrecht“) sich beziehe. Gegen Berthaler Dr. J. a. a. D. 70 f. Vgl. aber auch Unger 6, Anm. 7 auf S. 130.

<sup>5)</sup> Vgl. Gl. 14750. — Unger 6, Anm. 7 auf S. 130 sagt, es finde kein wahrer Verzicht auf das vertragsmäßige Erbrecht statt. Ein solcher Erbverzicht sei nur ein Verzicht auf den Widerrufsverzicht, durch den die ursprüngliche Testierfreiheit des Erblassers wieder hergestellt werde. Krainz 2, 593 f. und Note 14 sagt, die Wirkung des Verzichtes auf das vertragsmäßige Erbrecht sei eine andere, wie die eines gewöhnlichen Erbverzichts. Der Verzicht auf vertragsmäßiges Erbrecht laufe auf zweiseitige Auflösung des Erbvertrages hinaus.

<sup>6)</sup> So auch Unger 6, Anm. 7 auf S. 130; Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 43; Krainz 2, 593. Vgl. auch Stubenrauch 1, 755; Anders 52.

<sup>7)</sup> So auch Michel, a. a. D. 290. Pfaff und Hofmann behaupten die Zulässigkeit des Verzichtes auf testamentarisches Erbrecht, bemerken allerdings, daß ein solcher Verzicht nur in seltenen Fällen praktisch wichtig sein könne, z. B.: „um dem Testator die Mühe einer Zurücknahme der Urkunde des Erblassers nicht mehr in der Lage ist, seinen letzten Willen gültig umzuändern.“ Vgl. auch Stubenrauch 1, 755 f. und Note 3; Krainz 2, 593 und Note 13; Anders 52; Hanaußel, a. a. D. Note 2; Gl. 335, in welcher Entscheidung der OGH. die Zulässigkeit eines Erbverzichts von Seiten des Legatars durch Vertrag mit dem Erblasser voraussetzt. Gegen die Zulässigkeit eines Verzichtes auf das testamentarische Erbrecht Berthaler, a. a. D. 425; Unger 6, Anm. 7 auf S. 130.

<sup>8)</sup> Das d. BGB. erkennt einen Verzicht auf das gesetzliche und auf das testamentarische Erbrecht (auch auf die in einem Testamente angelegten Vermächtnisse) sowie auf das Pflichtteilsrecht schlechthin an. In Hinsicht einer vertragsmäßigen Zuwendung ist der Verzicht (zu unterscheiden ist die Aufhebung des Erbvertrages nach



Die Wirkung des Verzichtes ist nach dessen Inhalte zu beurteilen. Hierzu ist zu bemerken:

a) in objektiver Hinsicht: Der Noterbe, der auf das Erbrecht überhaupt verzichtet, ist auch vom Pflichtteilsrechte ausgeschlossen (§ 767) <sup>1) 2)</sup>. Ein Verzicht auf den Pflichtteil allein schließt aber den auf das Intestat-erbrecht nicht in sich <sup>3) 4)</sup>.

b) in subjektiver Hinsicht: Dem Verzichtenden wird die Erbschaft aus dem betreffenden Delationsgrunde gar nicht deferiert; der Verzichtende erwirbt nicht das Recht, Erbe zu werden <sup>5)</sup>. Daher wird der Noterbe, der auf das Erbrecht verzichtet hat, bei der Bemessung des Pflichtteils so angesehen, als ob er gar nicht vorhanden wäre (§ 767). Aber auch die Nachkommen des Verzichtenden <sup>6)</sup> sind, wenn nichts anderes vereinbart ist <sup>7)</sup>, durch den Verzicht und nach Maßgabe desselben von dem ihnen gegen den Erblasser, mit dem der Verzichtsvertrag abgeschlossen wurde, sonst zustehenden Intestat- und Pflichtteilsrecht <sup>8)</sup> ausgeschlossen, und zwar

§ 2290) auf den Fall beschränkt, daß ein Dritter als Vertragserbe eingesetzt oder sonst vertragsmäßig bedacht ist (§§ 2346, 2352). Auch die eine testamentarische oder vertragsmäßige Zuwendung betreffenden Verzichtsverträge stehen unter der die persönliche Fähigkeit der Vertragsteile regelnden Norm des § 2347 und der Formvorschrift des § 2348 (§ 2352).

<sup>1)</sup> Vgl. Michel, a. a. D. 300.

<sup>2)</sup> So auch § 2346, Abs. 1 d. BGB.

<sup>3)</sup> So schon Berthaler, a. a. D. 428; ferner Michel, a. a. D. 299; Unger 6, Anm. 7 auf S. 130; Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 44; Stubenrauch 1, 756; Krainz 2, 594; Anders 52. — Doch wird dem Verzichtenden bei eintretender gesetzlicher Erbfolge die etwa erhaltene Abfindung angerechnet. So auch Unger 6, Anm. 7 auf S. 130; Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 48 f.; Krainz 2, 594.

<sup>4)</sup> Ebenso § 2346, Abs. 2 d. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. auch § 2346 d. BGB.

<sup>6)</sup> Nach Ehrenzweig, Die österreichische Erbfolgeordnung, in Notz. 1903, 26 ff. bezieht sich der zweite Satz des § 551 nicht auf den Verzicht eines Abzendenten des künftigen Erblassers. Zustimmung Hanausek, a. a. D.

<sup>7)</sup> An der bloß dispositiven Natur des zweiten Satzes des § 551 ist wohl nicht zu zweifeln. Gleicher Meinung Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 54; Krainz 2, 594 f. (Note 21); Till, Der Entwurf einer österreichischen Zivilgesetznovelle vom Jahre 1907 S. 25; Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche 7; Mayr, Betrachtungen über den Revisionsentwurf 10; Hanausek, a. a. D. Text vor Note 10 und Note 10 selbst; und wohl auch Anders 53. U. M. Barisch, Die Reform des österreichischen Privatrechts 28; Touaillon, Die erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes einer Novelle zum ABGB, in Notz. 1908, S. 203; und wohl auch Steinlechner, Zur Lehre vom erbrechtlichen Repräsentationsrecht nach den Entwürfen einer Zivilrechtsnovelle, in ÖstZBl. 29, 373. § 106 RevEntw. normiert ausdrücklich die bloß dispositive Natur des die Wirkung des Verzichtes auf die Nachkommen aussprechenden Rechtsaktes.

<sup>8)</sup> Nach Gipan, in WagnersZ. 1835, I, 371 ff. und Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 335 ff. sind die Nachkommen des Verzichtenden vom Pflichtteile nicht ausgeschlossen. Vgl. auch Fuchs, im Jurist 11, 209 ff. Für die im Texte vertretene Ansicht schon Berthaler, a. a. D. 428 ff.; ferner Grünberg, im Jurist 11, S. 42—80; ders., im Jurist 12, 362 ff.; Michel, a. a. D. 303; Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 54; Stubenrauch 1, 757 (Note 5); Krainz 2, 594; Anders 52 f.

einerseits selbst dann, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser verstorben ist <sup>1)</sup>, andererseits ohne Unterschied, ob die Nachkommen des Verzichtenden im Zeitpunkte des Verzichtes schon geboren oder erzeugt waren oder nicht <sup>2)</sup>. Das ist der Sinn des Schlusssatzes des § 551: „Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen.“ Durch diese Bestimmung wurde die diesbezügliche gemeinrechtliche Streitfrage beseitigt <sup>3)</sup>.

Die Wirkung des Verzichtes kann mutuo dissensu, d. h. durch einen — formlosen — Vertrag des Verzichtenden <sup>4)</sup> mit dem Erblasser wieder derart beseitigt werden, daß der Verzicht als nie erfolgt angesehen wird <sup>5) 6) 7)</sup>.

## § 5.

### Die Erbschaft vor der Antretung (die ruhende Erbschaft) <sup>8)</sup>.

I. Die rechtliche Stellung der Verlassenschaft vor der Antretung <sup>9)</sup> der Erbschaft wird in § 547 folgendermaßen umschrieben: „Vor der Annahme des Erben wird die Verlassenschaft so betrachtet, als wenn sie noch

<sup>1)</sup> Vgl. auch Zeiller, Kommentar 2, 411; Rippel, Erläuterung 4, 58; Berthaler, a. a. D. 428 ff.; Sekisch, im Jurist 11, 168 ff.; Grünberg, im Jurist 12, S. 368 ff., 382 ff., 384 ff.; Michel, a. a. D. 300 ff.; Winiwarter, a. a. D. 3, 44; Unger 6, Anm. 11 auf S. 131; Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 50 ff.; Stubenrauch 1, 757; Krainz 2, 594. — Mit Recht bemerkt Grünberg, a. a. D. 353, daß eigentlich die gewöhnliche Formulierung der Frage, ob § 551 sich auch auf den Fall beziehe, wo der Verzichtende vor dem Erblasser verstorben ist, unrichtig sei, da man umgekehrt nur von diesem Falle sagen könne, daß der Verzicht auf die Nachkommen wirke. Vgl. auch Stubenrauch 1, 757.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu überhaupt Steinlechner, a. a. D. 374 f.

<sup>3)</sup> Das d. BGB. (§ 2349) bestimmt: „Verzichtet ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so erstreckt sich die Wirkung des Verzichtes auf seine Abkömmlinge, sofern nicht ein anderes bestimmt wird.“ Vgl. hierzu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 536 f.

<sup>4)</sup> Nicht seiner Nachkommen. So auch Gl. 15801. Anders Krainz 2, 595.

<sup>5)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 40; Krainz 2, 595; Anders Anders 53; Touaillon, a. a. D. 413 f.; Hanausek, a. a. D. Text vor und nach Note 14 und Note 14 selbst. U. M. Unger 6, Anm. 10 auf S. 131; und insbesondere Strohal, in GrünhutsZ. 6, 419 ff.

<sup>6)</sup> Selbstverständlich kann der Erblasser nach erfolgtem Verzicht den Verzichtenden testamentarisch wiederum zum Erben einsetzen. Vgl. hierüber Anders 53; Touaillon, a. a. D. 413 f.

<sup>7)</sup> Auch nach d. BGB. (§ 2351) kann ein Vertrag, durch den auf das gesetzliche Erbrecht oder auch nur auf das Pflichtteilsrecht verzichtet wird, durch neuen Vertrag zwischen den Vertragsteilen des Verzichtsvertrages wieder aufgehoben werden. Der Aufhebungsvertrag steht unter der Formvorschrift des § 2348. Auch findet auf ihn die im § 2347, Abs. 2 für den Verzichtsvertrag hinsichtlich des Erblassers gegebene Vorschrift Anwendung (§ 2351).

<sup>8)</sup> Vgl. hierzu u. a. Unger 6, 28 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, ad § 547; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 1. und 2. Band, insbesondere 1, 278 ff.; 2, 1 ff.; Stubenrauch 1, 752 f.; Krainz 2, 680 f.; Anders 9 ff. Vgl. auch Semela, Aus der Lehre vom Wartrecht (Eine rechtsdogmatische Skizze: hereditas jacens und Wartrecht), in GrünhutsZ. 36, 611 ff. — Nach dem Rechte des d. BGB. gibt es keine hereditas jacens. Vgl. § 1922, Abs. 1 d. BGB. und dazu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 25 f.

<sup>9)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 7 f.

von dem Verstorbenen besessen würde“<sup>1)</sup>). Hierzu ist zu bemerken, daß der Ausdruck „besessen“ hier im vulgären Sinne genommen wird, in welchem er die allgemeine Bezeichnung für die Zuständigkeit eines Vermögensrechtes ist. Die im § 547 ausgesprochene scheinbare Fiktion bedeutet nun nicht, daß der Verstorbene noch lebend und als Eigentümer der Verlassenschaft fingiert wird<sup>2)</sup>). Eine solche Fiktion wäre nicht nur in sich widersprechend, sondern würde auch zu unrichtigen Konsequenzen führen<sup>3)</sup>). Die scheinbare Fiktion des § 547 befaßt vielmehr lediglich, daß das objektive Recht mit seinen schützenden Normen die Verlassenschaft, beziehungsweise den Inbegriff der vom Verstorbenen konstituierten oder auch nur erst begründeten vermögensrechtlichen Beziehungen, soweit sie ihn überdauern, trotz Wegfalls des Verstorbenen für den künftigen Erben als ein Vermögen zusammenhält und so behandelt und schützt, wie zur Zeit, als der Erblasser noch lebte; m. a. W. daß die vermögensrechtlichen Beziehungen, in welchen der Erblasser stand, soweit sie nicht erloschen sind, an sich und in ihrer Beziehung aufeinander, d. h. als Bestandteil dieses Vermögens, so fort dauern, wie sie bei Lebzeiten des Erblassers waren und den gleichen Schutz genießen<sup>4)</sup>). Diese Fortdauer eines Vermögens, nachdem sein Subjekt weggefallen ist, und zwar eines Vermögens, das der Entwicklung, der Vermehrung und Verminderung fähig und zugänglich ist, ist vom Standpunkte eines bestimmten Rechtssystems ein notwendiges Postulat der Rechtsordnung, weil sie eine unentbehrliche Voraussetzung des Erbrechtes, der Erbfolge nach dem Erblasser ist<sup>5)</sup>). Die Konstruktion dieses Verhältnisses durch Erhebung der ruhenden Erbschaft zur juristischen Person<sup>6)</sup>), zur Trägerin der in ihr begriffenen Rechte und

<sup>1)</sup> Nach dem ursprünglichen Antrage des innerösterreichischen Appellationsgerichtes (Prot. I, 329) sollte es heißen: „Vor der Annahme des Erben stellt einseitig die Verlassenschaft selbst die Person des Erblassers vor.“ Die Römer sagten: hereditas personae vicem sustinet non heredis futuri, sed defuncti.

<sup>2)</sup> Wie Zeiller, Kommentar 3, 405 f. meint. Vgl. hier auch Höpfer, Theoretisch-praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen (8) S. 615 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 35.

<sup>3)</sup> Z. B. bei Verlassenschaften von Ordensgeistlichen oder Minderjährigen.

<sup>4)</sup> Vgl. Steinlechner, 2, 78 ff.; insbes. S. 114; Wróblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbengläubiger, in ÖstR. 23, 366; Krainz 2, 680 f.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu schon Zeiller, Kommentar 3, 406 f.; ferner Steinlechner, a. a. D. 2, S. 22 („Um der Möglichkeit der Genehmigung des Verufenen willen mußte der Nachlaß vom Tode des Erblassers an in jenem Zustande rechtlicher Gebundenheit verbleiben, in welcher man überhaupt von einem Vermögen sprechen kann“) und S. 78 („Die eigentliche Bedeutung der hereditas jacens liegt darin, daß die überhaupt vererblichen Rechtsverhältnisse des Verstorbenen in dem bisherigen Zustande aufrechterhalten und zusammengehalten werden, damit der Verufene, wenn er will, als Subjekt derselben eintreten kann“); und Anders 10.

<sup>6)</sup> Für diese Meinung u. a. Unger 1, § 42 (Anm. 10); 6, § 7 (Anm. 7 ff.); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 35; Burckhard, System 2, § 54; ders., Zur Lehre von den juristischen Personen, in Grünhutsz. 18, 1 ff.; Stubenrauch 1, 753 und Noten 1 und 2; Krainz 2, 681. Dagegen Harum, in Haimersl. WJSchr. 10, 248 ff.; ferner vor allem Steinlechner, a. a. D., insbes. 2, 86 ff.; und Anders 9 f.

Verbindlichkeiten ist nicht erforderlich, logisch nicht zulässig<sup>1)</sup> und in sich widersprechend<sup>2)</sup>), wenn mit der Personifikation etwas anderes bezeichnet werden soll als eben die Fortdauer des hinterlassenen Vermögens als Ganzes, als organische, der Veränderung fähige Einheit.

Rücksichtlich der Frage, inwiefern betreffs der ruhenden Erbschaft Rechtsvermehrung und Rechtsverminderung eintreten kann, gilt folgendes Prinzip: Die ruhende Erbschaft kann sich um Rechte vermehren und vermindern, wenn die Rechtsänderung im Momente, wo sie eintreten soll, weder durch die Existenz, noch durch Handlungen eines physischen Vermögenssubjektes bedingt ist<sup>3)</sup>), vorausgesetzt, daß die Veränderung auch bei Lebzeiten des Erblassers rechtlich möglich gewesen wäre, und daß es sich um Rechtsverhältnisse des Erblassers handelt, die mit seinem Tode nicht erlöschen. So wird eine vom Erblasser begonnene Usukapion während der Dauer der ruhenden Erbschaft fortgesetzt, weil die Sache fortdauernd in

<sup>1)</sup> Vgl. Steinlechner, a. a. D. 2, 107 f.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu z. B. Steinlechner, a. a. D. 2, S. 9 (Die Erbschaft ist „aus dem Kreise der juristischen Personen“, wie immer man ihr Wesen bestimmen möge, auszuscheiden“, auf sie findet vielmehr „der Begriff des Schwebeverhältnisses Anwendung“); ferner S. 11 (Die rechtliche Lage des Nachlaßvermögens vor dem Antritte des Erben „ist ganz analog dem Zustande eines Vermögens, resp. Vermögensstückes, dessen Erwerb durch jemanden von der Natihabition desselben abhängig ist, mit welcher die einseitige Zuwendung eines anderen, und zwar rückwärts wirksam wird. Nur mit einem Unterschiede . . . bei der [testamentarischen oder gesetzlichen] Berufung einer Person als Erbe muß das Ausbleiben der Genehmigung zur Konsequenz haben, daß der Nachlaß, dessen Eigenschaft als Vermögen, als universitas, von der rechtlichen Bedingung abhängig ist, daß jene Berufung auch zur Wirksamkeit gelangt, bei Defizienz dieser Bedingung als das erscheine, was er ohne jede Berufung gewesen wäre: eine herrenlose Masse von fürperlichen Gegenständen“); schließlich auch S. 18 f.

<sup>3)</sup> Steinlechner, a. a. D. 1, 117 (Note 1) erklärt die Formulierung: die Erbschaft sei nur solcher Erwerbungen und Veränderungen fähig, die ohne vermittelnde Tätigkeit eines Subjektes, eines lebenden Subjektes eintreten können (vgl. Unger 6, § 7; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 36) für zu allgemein. Steinlechner selbst sagt (a. a. D. 1, 117): Die Erbschaft ist vom Erwerbe solcher Rechte ausgeschlossen, „die zu ihrer Existenz ein physisches Subjekt erheischen (Personalvirtuten), oder für deren Erwerb eine solche Tätigkeit einer physischen Person verlangt wird, die nicht durch beliebige Vertretung ersetzt werden kann“. Nach Stubenrauch 1, 700 kann die ruhende Erbschaft alle jene rechtlichen Veränderungen (Erwerb, Verlust, Änderung von Rechten) erfahren, welche entweder von selbst oder durch Handlungen des Nachlaßvertreters entstehen. Die Rechts-(Erwerbs-)Fähigkeit des ruhenden Nachlasses sei grundsätzlich unbeschränkt; doch könnten sich natürliche Beschränkungen aus dem Inhalte des zu erwerbenden Rechtes (etwa § 521), aber auch aus der Person des Erblassers (so aus der Erwerbsunfähigkeit des erblasserischen Ordensgeistlichen) ergeben (so Note 3 auf S. 752). Anders 10 formuliert: Nur dem Erwerb solcher Rechte, die zu ihrem Dasein ein physisches Subjekt nicht voraussetzen oder deren Erwerb eine menschliche Tätigkeit erfordert, die durch beliebige Vertretung ersetzt werden kann, ist die ruhende Erbschaft zugänglich. — Ist der Erwerb eines usufructus für die ruhende Erbschaft möglich? Bejahend Steinlechner, a. a. D. 1, 158 und Note 5; Stubenrauch 1, 752 f. (Note 3). — Ist die testamentarische Honorierung einer ruhenden Erbschaft zulässig? Bejahend Steinlechner 2, 198 und Note 2; Stubenrauch 1, 752 f. (Note 3). Verneinend Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 36 ff.: Pferische, Österreichisches Sachenrecht 173 (Note 13). Zu beiden Fragen vgl. auch Pfaff, in ÖstR. 1898, S. 9 (Note 2).

causa usucapiendi bleibt, und auch der vom Erblasser ausgeübte Besitz in dem Sinne fort dauert, daß die Sache als eine „im Besitze“ befindliche behandelt und geschützt wird<sup>1)</sup>. So kann nach dem Tode des Erblassers ein suspensiv bedingtes Recht in ein unbedingtes übergehen. Andererseits kann eine gegen den Erblasser begonnene Erziehung oder Verjährung beendet werden<sup>2)</sup> und eine Verjährung gegen die ruhende Verlassenschaft beginnen<sup>3)</sup>. Ferner kann durch Eintritt einer Resolutionsbedingung ein bereits erworbenes Recht wieder erlöschen. Auch können der Verlassenschaft Forderungen und Ansprüche durch widerrechtliches Verhalten Dritter neu erwachsen, aber auch Forderungen gegen die Verlassenschaft durch Geschäftsführung ohne Auftrag entstehen<sup>4)</sup>. Insbesondere zählt § 549 die Kosten für das dem Gebrauche des Ortes, dem Stande und Vermögen des Verstorbenen angemessene Begräbnis<sup>5)</sup> zu den auf einer Erbschaft haftenden Lasten, weshalb diese Kosten aus der Verlassenschaft zu berichtigen<sup>6)</sup>, gegen den Erben geltend zu machen sind<sup>7)</sup> 8).

Die Verlassenschaft hat ihr eigenes Forum (§ 77 ZM.).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu und auch zu der (zu bejahenden) Frage, ob Besitzwerb für die ruhende Erbschaft zulässig ist, u. a. Unger 6, § 7 und Anm. 16, 17 und 20; Randa, Der Besitz nach österreichischem Rechte (4) S. 463 und Note 14, S. 474 ff. (insbes. Note 5 auf S. 576 f.); Canstein, Der Besitz nach österreichischem Rechte, in Grünhutsz. 5, 750 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 36 f.; Strohal, Sutzession in den Besitz nach römischem und heutigem Recht 231 (Note 89); Verf., in Grünhutsz. 6, 423; Steinlechner, a. a. O. 1, 122 ff.; Pfersche, Österreichisches Sachenrecht 170 ff.; Pfaff, in ÖstRZ. 1898, S. 9 (Note 2); Stubenrauch 1, 752 (Note 3); Anders 10. Vgl. auch Gll. 1565 und 15 823 (Der Besitz des Erblassers geht auf die hereditas jacens über) und GllRZ. 4705 (Die hereditas jacens genießt Besitzschutz). — Über Diebstahl an Erbschaftssachen vgl. Steinlechner, a. a. O. 1, 137 ff. (Literaturangaben in Note 1 auf S. 137).

<sup>2)</sup> Vgl. Gll. 6138.

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 8268.

<sup>4)</sup> Vgl. auch Anders 10.

<sup>5)</sup> Nicht auch die sogenannten „Trauerkosten“ (vgl. Gll. 5436), wohl aber die Kosten des ortsüblichen Totenmahles (so auch u. a. Gll. 3650; GllRZ. 15; anders Gll. 14 633).

<sup>6)</sup> Vgl. hier auch §§ 46 und 145 AusstreitG. Vgl. ferner § 1968 d. BGB.

<sup>7)</sup> Auch wenn die Bestellung des Leichenbegängnisses von einem Dritten erfolgte. Vgl. Gll. 3650. — Ist ein Nachlaß nicht vorhanden oder reicht er zur Deckung der Begräbniskosten nicht hin, so obliegt deren Bestreitung, beziehungsweise die Bestreitung des ungeteilten Restes subsidiär und zwar der Reihe nach den alimentationspflichtigen Personen. Vgl. Stubenrauch 1, 754; ferner GllRZ. 4124 (Hat der in erster Reihe alimentationspflichtige Sohn eines verstorbenen Staatsbeamten mangels eines hinterlassenen Vermögens die Begräbniskosten bestritten, so kann er nicht auf Grund des § 1042 den Ersatz des gemachten Aufwandes von der Witwe aus deren Sterbequartal verlangen) und GllRZ. 4461 (Hat ein Dritter mangels zureichenden Nachlasses die Begräbniskosten bestritten, so kann er auf Grund des § 1042 den Ersatz von dem in concreto alimentationspflichtigen Verwandten des Verstorbenen begehren).

<sup>8)</sup> Die Begräbniskosten gehören nach § 43, Z. 1 R.O. im Konkurse über die Verlassenschaft in die erste Klasse der Gläubiger (vgl. hierzu Rintelen, Das österreichische Konkursrecht 278), genießen hingegen bei der Verteilung des Erlöses für zwangsweise veräußerte Verlassenschaftsstücke kein Vorrecht, daher auch kein gesetzliches Pfandrecht. Vgl. Gll. 14 845.

Auch eine Vertretung der Verlassenschaft kann im Stadium der hereditas jacens notwendig werden<sup>1)</sup>, und zwar:

- a) auf Verlangen von Erbschaftsgläubigern;
- b) von Amts wegen.

Ad a) § 811 berechtigt die Erbschaftsgläubiger, noch vor Antretung der Erbschaft ihre Forderungen gegen die Verlassenschaft geltend zu machen<sup>2)</sup> und zu verlangen, daß zur Vertretung der Verlassenschaft ein Kurator bestellt werde, gegen welchen sie ihre Forderungen ausführen können (curator litis)<sup>3)</sup> (vgl. Hfd. v. 19. I. 1790 [ZGS. 1094]<sup>4)</sup>; § 155 ZPD.<sup>5)</sup>; § 34 G.D.<sup>6)</sup> 7).

<sup>1)</sup> Unrichtig ist es, wenn Steinlechner, a. a. O. 1, 129 (Note 1) sagt: „Nach österreichischem Rechte hat die Erbschaft eigentlich immer einen Vertreter: sei es in der Person des Delaten selbst, oder eines besonderen Kurators, oder eines Testaments-erzeugers.“

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 171 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Tilsch, a. a. O. 185 ff. — Die Bestellung des curator litis gemäß § 811 ABGB. ist nicht, wie die des Prozeßkurators gemäß § 8 ZPD., dadurch bedingt, daß mit dem Verzuge für den Gegner Gefahr verbunden ist. Vgl. auch GllRZ. 2712. — Die Bestimmung des § 10 ZPD. ist auch auf den Kurator nach § 811 anwendbar. — Kompetent zur Bestellung des Kurators nach § 811 ist wohl sowohl das Abhandlungsgericht als auch das Prozeßgericht. So auch Krainz 2, 678. Dagegen sprechen sich Schwalb, Wer hat den Kurator nach § 811 ABGB. zu ernennen? in ÖstRZ. 1900, Nr. 45; Stubenrauch 1, 992 u. a. für die ausschließliche Kompetenz des Abhandlungsgerichtes aus. — Vgl. zu § 811 auch §§ 1958, 1961 d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Tilsch, a. a. O. 185 f.

<sup>5)</sup> „Durch den Tod einer Partei wird das Verfahren nur dann unterbrochen, wenn die verstorbene Partei weder durch einen Advokaten, noch durch eine andere von ihr mit Prozeßvollmacht ausgestattete Person vertreten war. — Die Unterbrechung dauert bis zur Aufnahme des Verfahrens durch die Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei, oder wenn der Gegner früher die Bestellung eines Kurators beantragt (§ 811 ABGB.), um wider diesen das Verfahren fortzusetzen, bis zur Aufnahme des Verfahrens durch den Kurator. — Um die Aufnahme des Verfahrens durch die Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei zu bewirken, kann der Gegner bei dem Gerichte, bei welchem die Rechtsache zur Zeit des Todes der verstorbenen Partei anhängig war, auch die Ladung dieser Rechtsnachfolger beantragen. — Infolge eines solchen Antrages sind dieselben zur Aufnahme des Verfahrens und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache oder zur Fortführung dieser Verhandlung zu laden. — Die Zustellung dieser Ladung hat nach den Vorschriften der §§ 106 und 107 zu geschehen.“ — Hierzu vgl. ZM. ad § 155 ZPD. P. 1: „Solange die Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei eine Erbschaftserklärung nicht angebracht haben, kann an sie eine Ladung zur Aufnahme des Verfahrens nicht gerichtet werden. In diesem Falle muß vom Gegner die Bestellung eines Kurators erwirkt (§ 811 ABGB.) und das unterbrochene Verfahren gegen diesen aufgenommen werden. — Daher kann auch nicht eine Aufnahme des Verfahrens durch Ladung von nicht erbschaftserklärten Rechtsnachfolgern unbekanntem Aufenthaltes stattfinden.“ — Ferner vgl. hier § 164 ZPD.

<sup>6)</sup> Stirbt der Verpflichtete nach Bewilligung der Exekution, so kann diese, sobald eine Erbschaftserklärung angebracht oder ein Nachlasskurator ernannt ist, in Ansehung des hinterlassenen Vermögens ohne neuerliche Bewilligung in Vollzug gesetzt oder fortgeführt werden. Sonst muß der betreibende Gläubiger zu diesem Behufe die Bestellung eines einstweiligen Vertreters des Nachlasses beantragen. Der Antrag kann bei dem zur Abhandlung des Nachlasses oder bei dem zur Bewilligung der Exekution zuständigen Gerichte gestellt werden. — Eine bei Lebzeiten des Verpflichteten begonnene Exekution auf Liegenschaften kann ohne vorherige Bestellung eines einst-



Ad b) Zur Verwaltung und Vertretung von Verlassenschaften (cura bonorum, hereditatis), deren Erben gänzlich unbekannt sind, oder rücksichtlich welcher die bekannten Erben ungeachtet der an sie erfolgten Verständigung in der bestimmten Frist von ihrem Erbrechte keinen Gebrauch machen (säumige oder delibrierende Erben<sup>1)</sup>), wird ein curator hereditatis, Verlassenschaftskurator<sup>2)</sup> bestellt<sup>3)</sup> (§§ 78 und 128 AusstreitG.). Dem Verlassenschaftskurator obliegt die Verwaltung und Vertretung, nicht bloß die custodia des Nachlasses. Er hat daher die Eintreibung der Verlassenschaftsforderungen zu besorgen, und sobald es mit Sicherheit geschehen kann (§ 813), die Erbschaftsgläubiger und Legatäre zu befriedigen<sup>4)</sup>. Er kann mit Genehmigung der Abhandlungsbehörde<sup>5)</sup> Klagen namens der Verlassenschaft anbringen und Vergleiche abschließen<sup>6)</sup>, sowie unter Umständen<sup>7)</sup> Verlassenschaftsgelder in Empfang nehmen, Forderungen abtreten und unter besonderen Vorfichten<sup>8)</sup> Verlassenschaftsachen

weiligen Nachlassvertreter fortgeführt werden, wenn die zur Einleitung der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung notwendige bürgerliche Anmerkung noch vor dem Tode des Verpflichteten erfolgt ist.“ — Zu § 34 E.O. vgl. Tilsch, a. a. O. S. 186 ff.; auch G.M.N.F. 1767 (Unzulässigkeit der Vollstreckung der gegen den Schuldner bewilligten Pfändung in dessen Nachlass vor Annahme der überreichten Erbserklärung).

<sup>1)</sup> Auch zwecks Anbringung eines Antrages gemäß § 63 A.D. gegen eine Verlassenschaft kann eventuell die Bestellung eines curator ad hoc notwendig werden. Vgl. Rintelen, Das österreichische Konkursrecht 43.

<sup>2)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 39.

<sup>3)</sup> Auf den Verlassenschaftskurator findet die Vorschrift des § 10 Z.P.D. keine Anwendung. Vgl. G.M.N.F. 4793.

<sup>4)</sup> Vgl. § 1960 d. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. G.M. 2105 (Das Begehren großjähriger Vermächtnisnehmer um Ausfolgung ihrer Legate ist mangels Zustimmung des Kurators auf den Prozeßweg zu verweisen).

<sup>6)</sup> Vgl. aber E. O.G. v. 9. VII. 1901, Z. 9002, S. 6708 (Der Verlassenschaftskurator bedarf zur Erhebung der Klage im Sinne des § 345 A.B.G. nicht der Ermächtigung von Seite der Abhandlungsinstanz).

<sup>7)</sup> Die Abhandlungsbehörde hat nach der Wichtigkeit des Gegenstandes vor der Erteilung der Ermächtigung die eingeschrittenen Erben oder die sonst Beteiligten zu vernehmen (§ 129 AusstreitG.).

<sup>8)</sup> Nämlich, wenn die bezüglichlichen Vorkehrungen in dem letzten Willen angeordnet oder zur Bestreitung von Krankheits- und Leichenkosten oder anderer dringender Zahlungen oder zur Vermeidung offensibaren Nachtheiles notwendig sind; insbesondere, wenn Fahrnisse ohne Gefahr eines Schadens oder unverhältnismäßiger Kosten nicht aufbewahrt werden können. Im letzteren Falle ist nicht nur die Abhandlungsinstanz, sondern nach Umständen selbst dasjenige Gericht, welches den Todesfall oder die Inventur aufgenommen hat, die Feilbietung anzuordnen und zu bestimmen berechtigt, daß die Gegenstände, welche nicht aufbewahrt werden können, bei derselben auch unter dem Schätzungspreise veräußert werden können (§ 145 AusstreitG.).

<sup>9)</sup> Ist die Verlassenschaft aus einem der in den §§ 43 und 44 angeführten Gründe noch unter dem Gerichtssiegel, so muß die Veräußerung gerichtlich geschehen und der eingegangene Betrag deponiert oder die Verwendung desselben sogleich ausgemessen werden“ (§ 146 AusstreitG.). — „Wenn an dem Nachlasse Erben beteiligt sind, deren Rechte das Gericht von Amtswegen wahrzunehmen hat, so hat die Veräußerung in der Regel durch öffentliche Versteigerung zu geschehen“ (§ 147 AusstreitG.). — „Die Feilbietung ist nach Umständen (§§ 93 und 94) entweder von der Abhandlungsbehörde selbst durch Abordnung eines oder zweier Beamten, eines öffent-

veräußern (§§ 129, 145—148 AusstreitG.). Da er nur die Verlassenschaft zu vertreten hat, also nur curator hereditatis, nicht Kurator eines Erben ist, so kann er als solcher, d. h. ohne Spezialmandat eines Delaten, weder eine Erbserklärung zu diesem Nachlasse<sup>1)</sup> überreichen<sup>2)</sup>, noch die von einem anderen überreichte Erbserklärung oder eine letzte Willenserklärung bestreiten<sup>3)</sup> (§ 129 AusstreitG.).

Die Vorschriften über das Einschreiten des Gerichtes zur Sicherung des (ruhenden) Nachlasses enthalten die §§ 43—49 AusstreitG.)<sup>4)</sup>.

## § 6.

### Die angetretene Erbschaft.

Die Antretung der Erbschaft erfolgt durch die dem Gerichte gegenüber<sup>5)</sup> abgegebene Erklärung desjenigen, dem die Erbschaft angefallen ist, Erbe sein zu wollen, die Erbschaft anzunehmen<sup>6)</sup>. Die Wirkung der Antretung der Erbschaft bestimmt § 547 dahin, daß der Erbe, d. h. der zur Erbfolge in concreto berufene Erbe<sup>7)</sup>, sobald er die Erbschaft angenommen, d. h. die Erbserklärung dem Gerichte abgegeben, und dieses sie angenommen hat<sup>8)</sup>, in Rücksicht auf die Erbschaft den Erblasser vorstellt, daß in Beziehung auf einen Dritten beide für eine Person gehalten werden<sup>9)</sup>. Da-

lichen Notars oder durch Ersuchsschreiben an das zuständige oder doch näher gelegene Gericht zu bewirken. — Bei der Vornahme der Feilbietung sind die in dem nächsten Hauptstücke von der freiwilligen Schätzung und Feilbietung enthaltenen Vorschriften zu beobachten“ (§ 148 AusstreitG.).

<sup>1)</sup> Zu unterscheiden von der Erbserklärung zu einem dem Verstorbenen angefallenen, von diesem noch nicht angetretenen Nachlasse. Diese Erbserklärung kann der curator hereditatis überreichen. So auch G.M. 8236. U. M. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 39 (Note 62).

<sup>2)</sup> Vgl. schon JustizD. v. 4. I. 1846 (J.G.S. 1000).

<sup>3)</sup> Vgl. schon Wagner, in Wagners Z. 1825, II, 62 ff. Vgl. auch G.M.N.F. 2891 (Der Verlassenschaftskurator ist zur Beschwerde gegen die Verweisung eines Prätendenten auf den Rechtsweg und gegen die Verweigerung der ebiktalen Einberufung der Erben nicht legitimiert).

<sup>4)</sup> Hierüber vgl. weiter unten Note 1 auf S. 258 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Vgl. hiezu weiter unten S. 264 f. dieses Bandes.

<sup>6)</sup> Ist der Erbschaftsantritt ein Rechtsgeschäft? Mit Recht bejahend Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge I, S. 446 f. und Note 1 auf S. 446 gegen Meißels, Zur Lehre vom Verzichte, in GrünhutsZ. 19, 98.

<sup>7)</sup> Vgl. G.M. 15599 (Siegt eine testamentarische Erbeinsetzung vor, so kann nur der Testamentserbe, wenn er die Erbschaft annimmt, in Rücksicht auf dieselbe den Erblasser vorstellen, und nur diese beiden können in Beziehung auf einen Dritten für eine Person gehalten werden; keinesfalls aber kann dies von einem Dritten gesagt werden, der sich zwar auf Grund der gesetzlichen Erbfolge erbserklärte, und dessen Erbserklärung auch vom Gerichte angenommen wurde, der jedoch im Testamente gar nicht berufen, sondern ausgeschlossen worden ist.)

<sup>8)</sup> Vgl. G.M. 6083 (Solange die Erbserklärung nicht vom Gerichte angenommen ist, liegt eine hereditas jacens vor).

<sup>9)</sup> Eine Konsequenz dieses Satzes spricht z. B. G.M. 5273 (Antritt des aufgehobenen Eides durch den Erben des Delaten) aus. Vgl. hier auch G.M.N.F. 3760 (Wirksamkeit der Vereinbarung der Zahlung einer Schuld „nach Lunlichkeit“ auch für die beiderseitigen Erben).



mit soll gesagt sein, daß nunmehr der Erbe in Rücksicht auf die Verlassenschaft Dritten gegenüber dieselbe Stelle einnimmt, die der Erblasser eingenommen hat. Allein diese Bestimmung darf nicht so verstanden werden, als ob die Verlassenschaft nunmehr Bestandteil des Vermögens des Erben, der Erbe durch die Antretung formell und materiell Herr der Erbchaft geworden wäre. Die Verlassenschaft bleibt vielmehr, was ihr Verhältnis zum Vermögen des Erben betrifft, nach dem System unseres Rechtes auch nach der Antretung bis zur Einantwortung rechtlich<sup>1)</sup> eine vom Vermögen des Erben getrennte Vermögensmasse, ein Vermögen, das dem Vermögen des Erben gegenüber die gleiche Selbständigkeit, wie vor der Antretung der Erbchaft, bewahrt<sup>2)</sup>, daher auch sein eigenes Forum behält (§ 77 ZN.).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Steinlechner, a. a. O. 2, 118 ff.

<sup>2)</sup> Der Erbchaftserwerb tritt also nach österreichischem Rechte nicht schon mit der Annahme der Erbchaft (der Erbserklärung), sondern erst mit der Einantwortung der Erbchaft ein. Für diese Ansicht u. a. auch Zeiller, Kommentar 2, 863; Krásnopolski, in Prager Jur. Mitt. 1877, S. 95; ders., in KritW Schr. 27, 492; Canstein, in Grünhuts 3. 6, 155 (Note 37); Anonymus, in Grünhuts 3. 14, 140 f.; Schuster, Verfahren außer Streitfachen (4) 266 f.; Randa, Das Eigentumsrecht 382 ff. (vgl. auch ders., Der Besitz § 15 [Note 4]); ders., Erwerb der Erbchaft 92 ff.; Stubenrauch 1, 751 ff.; Krainz 2, S. 581 ff., 680 f.; Ofner, Zur Lehre von der Einantwortung nach österreichischem Rechte, in Notz. 1909, S. 314; C. O. G. v. 20. XII. 1901, Nr. 9046, in GerS. 46, S. 428 f.; GUMZ. 2544, 4187; und wohl auch Ehrenzweig, Das Pfandrecht am Erbgute (§ 822 ABGB), in OStZ. 1893, 1, 201 („Faßt man den Begriff des Eigentums weit genug, so daß das Eigentum Stand hält auch in derartigen Krisen (Eigentum des Kreditars, des Exekuten am Erlöse), die ihm die ganze Fülle seiner Kraft benehmen und nur die eine ursprüngliche Fähigkeit übrig lassen, eben jene entschundene Kraft nach Überwindung der Krise von selbst wieder zu gewinnen, — dann steht der Anerkennung eines schon vor der Einantwortung existierenden, wenigleich noch unwirksamen Eigentums des Erben nichts im Wege“). Vgl. auch GUM. 5195 (ZuB. 85): „Der zweite Absatz des § 83 der Ziviljurisdiktionsnorm (entsprechend dem § 109, Abs. 2 ZN.) findet keine Anwendung, wenn das einem Mündel oder Pflegebefohlenen im Erbrechtswege angefallene, aber noch nicht eingantwortete unbewegliche Gut noch im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung veräußert oder durch Erbteilung auf einen Miterben übertragen werden soll.“ Vgl. hier ferner auch § 263 PersStG.: „Nicht eingantwortete Erbchaftsmassen werden in bezug auf die in diesem Gesetze geregelten Steuern gleich dem Erblasser behandelt. Sie werden durch jene Personen vertreten, welche die Vermögensverwaltung führen; die letzteren haben insbesondere die in diesem Gesetze vorgeschriebenen Bekennnisse und Erklärungen abzugeben“; und § 229, Abs. 3 PersStG.: „Insolange die zur Nachfolge in den Nachlaß berufenen Personen nicht in den Genuß desselben getreten sind, ist die ruhende Erbchaft auch für die folgenden Steuerjahre nach Maßgabe des ihr verbleibenden Einkommens zur Steuer heranzuziehen“; und zu der letzten Gesetzesstelle Freund, im ZBl. 1897, Nr. 22. Vgl. schließlich auch §§ 22, 23 ABGB. — Eine Rückziehung des Erbchaftserwerbes auf den Zeitpunkt des Erbchaftsanfalls ist nach österreichischem Rechte nicht anzunehmen. Vgl. über das Prinzip der Unmittelbarkeit der Erbfolge die bei Steinlechner, a. a. O. 1, 90 ff. (Note 1) Zitierten; ferner Stubenrauch 1, 753 und Note 2; Wroblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbgläubiger, in OStZ. 23, 364 f.; Krainz 2, 583 f.; und insbesondere die eingehenden Ausführungen von Steinlechner, a. a. O. §§ 5 ff., 28 ff., 48 ff. — Der Satz, daß der Erbchaftserwerb erst mit der Einantwortung eintritt, ist vielfach bestritten. Am häufigsten wird die Lehre vertreten, daß sich der Erbchaftserwerb mit der Annahme der Erbchaft (der Erbserklärung) vollziehe. Für diese Lehre u. a. Unger 6, 165 ff.; Strohal, Zur Lehre vom Eigentum an Immobilien 45 f. und Note 1; Chorinsky, Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Osterreich 164 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2,

Durch die Antretung der Erbchaft seitens des in concreto zur Erbfolge Berufenen<sup>1)</sup> gewinnt die Verlassenschaft regelmäßig (d. h. abgesehen von den in den §§ 812, 813 und 690 normierten Fällen und dem Falle eines Erbrechtsprozesses<sup>2)</sup>) ihren aktiven und passiven Repräsentanten, der allein<sup>3)</sup> für, d. h. namens der Verlassenschaft<sup>4)</sup> zu Klagen legitimiert ist, gegen den allein Klagen gegen die Verlassenschaft zu richten sind, der aber auch auf die gegen die Verlassenschaft gerichteten Klagen namens der Verlassenschaft sich einlassen und einen gegen den Erblasser begonnenen

§. 41 ff., 51 ff.; Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte 83 (Note 20); Louailon, Beiträge zur Lehre vom Erbverzicht in Notz. 1906, Nr. 49, 50; Anders 65 ff. Vgl. auch C. O. G. v. 10. V. 1886, Z. 12036, in Notz. 1891 S. 3 ff. (Die Miterben können auch während der Dauer der Verlassenschaftsabhandlung alle Rechte des Erblassers ausüben und sind hiebei an eine abhandlungsbehördliche Legitimation nur insoweit gebunden, als ihre Befugnis nach § 145 AusfretG. ausdrücklich eingeschränkt wird. Zulässigkeit der Erweiterung eines vom Erben im Abhandlungszuge gestellten Klagebegehrens über den Rahmen der erteilten abhandlungsbehördlichen Legitimation (§§ 547 und 550 ABGB.); ferner wohl auch GUMZ. 3243 (Aufrechnung einer Forderung des Erben gegen den von Gläubigern des Legatars gepfändeten Legatsanspruch). Sehr nahe steht dieser Lehre die Auffassung Steinlechners, die am klarsten aus den Worten (a. a. O. 1, 449) erhellt: „Sie (die Delation) ist das durch einen Willen — mittelbar immer des Gehebes, unmittelbar vielleicht des Erblassers — einseitig bewirkte, bis zum Tode des Erblassers unwiderruflich gewordene rechtliche Gesetztsein eines Erben, das als solches noch nicht wirksam ist, aber durch die Ratihabition des als Erbe Gesetzten (Erbantritt) zur Wirksamkeit gelangt.“ Der Erbchaftsantritt hat also nach Steinlechner einerseits im Hinblick auf die ihm gleich jeder Ratihabition zukommende rückwirkende Kraft deklarative Bedeutung, andererseits aber auch konstitutiven Charakter (er ist ein „mitbewirkendes“ Moment). Vgl. hierzu statt aller Pfaff, in OStZ. 1893 S. 11 (Note 12), der die Frage aufwirft, ob die Auffassung Steinlechners auch für den Erbvertrag gelten solle. — Von anderen Ansichten seien hier erwähnt: Meißels, Zur Lehre vom Verzicht, in Grünhuts 3. 19, 45 ff. meint, daß der Erbchaftserwerb ipso jure mit der Berufung erfolge, jedoch unter der suspensiven conditio juris, daß der Erbe die Erbchaft haben wolle. (Vgl. hierzu auch Krainz 2, 580 f. [Note 18].) (Gegen Meißels vgl. auch Louailon, Beiträge zur Lehre vom Erbverzicht, in Notz. 1906, S. 397.) Wroblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbgläubiger, in OStZ. 23, 364 ff. vertritt folgende Ansicht: Bei unbedingter Berufung geht die Erbchaft mit dem Tode des Erblassers, folglich ipso jure, auf den Berufenen über. Schlägt der Erbe aus, dann wird die Sache so behandelt, als wäre er gar nicht berufen. Durch die Annahme dagegen wird der Erwerb unwiderruflich und durch die gerichtliche Anerkennung des Erbrechts — die Einantwortung — vollwirksam. Ist die Berufung bedingt, dann erfolgt der Erwerb der Erbchaft unter allen Umständen erst mit der Erfüllung der Bedingung, und läßt sich in diesem Falle eine herrenlose Zwischenzeit nicht leugnen, mag sich die Erbchaft während derselben in den Händen des bedingt Berufenen (§ 708) oder in den Händen einer anderen Person (707) befinden. — Nach dem Rechte des d. BGB. (§§ 1922, 1942) geht die Erbchaft mit dem Tode des Erblassers ipso jure auf den Erben über. Dieser hat aber das Recht, sie auszuschlagen.

<sup>1)</sup> Vgl. GUM. 15599.

<sup>2)</sup> Vgl. GUM. 7769.

<sup>3)</sup> Vgl. hier GUM. 9871 (Der Testamentsexekutor kann, selbst wenn er lehtwillig mit der Einbringung von Nachlaßforderungen betraut ist, nach Antritt des Erben nicht im Namen der Verlassenschaft Prozeß führen).

<sup>4)</sup> Vgl. GUMZ. 2544 (Mangelnde Legitimation des erbserklärten Erben vor der Einantwortung zur Klage im eigenen Namen aus Verträgen des Erblassers).

Prozeß aufnehmen muß (§ 156 ZPO.)<sup>1)</sup>. Daher erlischt das Amt eines früher bestellten curator litis (nicht auch immer das des curator honorum) sofort<sup>2)</sup> mit der Annahme der vom berufenen Erben überreichten Erbs-erklärung durch das Gericht<sup>3)</sup>.

Allein der erbserklärte Erbe hat, wie bereits bemerkt wurde, noch nicht die Stellung eines Herrn des Erbvermögens, er ist formell nur Vertreter des Nachlasses, aber freilich curator in rem suam<sup>4)</sup>. Allerdings ist dem Erben<sup>5)</sup>, wenn er sein Erbrecht hinreichend ausweitet<sup>6)</sup> „die Beforgung und Benützung“ (so § 810 ABGB.) oder, wie es im § 145 AusstreitG. heißt, „die Beforgung und Verwaltung“ der Verlassenschaft zu überlassen<sup>7)</sup>, und zwar ohne daß er über die Verwaltung und Verwendung der Einkünfte dem Gerichte Rechnung zu legen hätte. Allein trotzdem ist er zu Verfügungen über Güter, Fahrnisse und Forderungen, sowie zur Empfangnahme von Geldern der Verlassenschaft nur unter denselben Beschränkungen und Voraussetzungen<sup>8)</sup>, wie ein Kurator des Nachlasses, berechtigt<sup>9)</sup> (§ 145 AusstreitG.). Nur wenn er sein unbeschränktes ausschließendes Erbrecht und seine freie Dispositionsbefugnis über sein

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Tilch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 171 f. Vgl. auch § 34 EO.

<sup>2)</sup> Vgl. HFD. v. 19. I. 1790 (JGS. 1094).

<sup>3)</sup> So auch Anders 11; Gl. 461, 3821, 6037, 14546, 15019; Gl. 4049 (Erfüllungsführung gegen einen vermeintlich ruhenden Nachlaß vertreten durch einen curator litis nach tatsächlich eingebrachter Erbserklärung, Richtigkeit des Erfüllungsverfahrens einschließend des Zuschlages). Anders Neumann, Kommentar zur ZPO. 422 (Note 5): Stubenrauch 1, 993 (Note 1); Krainz 2, 679 und Note 54, nach denen der curator litis zwar auf Verlangen des Erben entlassen werden muß, sein Amt aber von selbst nicht erlischt. Vgl. auch Gl. 7915, 8390; Gl. 2393 (Die Funktion des curator litis dauert bis zum Eintritt des Erben in den Prozeß).

<sup>4)</sup> Vgl. auch Steinlechner, a. a. O. 2, 119 (Note).

<sup>5)</sup> Auch dem wegen Verschwendung entmündigten Erben, dessen Kurator für ihn die Verwaltung zu führen hat. So auch Gl. 15645. Dagegen nicht einem Legatar, auch wenn sein Vermächtnis den größten Teil des Nachlasses ausmacht. So auch Gl. 15370.

<sup>6)</sup> Das Erbrecht muß aber in der Regel auch unbestritten sein, d. h. es darf keine kollidierende Erbsklärung vorliegen. Vgl. hierzu weiter unten S. 278 und Note 2 auf S. 278 dieses Bandes. Über den Erbrechtsausweis vgl. weiter unten S. 267 f. und Note 1 auf S. 268 dieses Bandes.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu Gl. 15632 (Der im Testamente eingefetzte Erbe stellt vor der Überreichung der Erbsklärung, deren Annahme seitens des Gerichtes und der Überlassung der Beforgung und Verwaltung des Nachlasses in Rücksicht auf die Verlassenschaft den Erblasser nicht vor und ist gemäß §§ 547, 797 und 810 ABGB., dann § 145 AusstreitG. auch nicht berechtigt, „in Repräsentation desselben Rechtshandlungen vorzunehmen oder Verwertungsakte auszuüben“ [in concreto einen vom Erblasser geschlossenen Bestandvertrag aufzukündigen]); Gl. 918 (Die Überlassung der Beforgung und Verwaltung des Nachlasses ist von der Erfüllung der Voraussetzungen des 2. Absatzes des § 145 AusstreitG. nicht abhängig).

<sup>8)</sup> Vgl. Gl. 989 (Behufs Berichtigung dringender Nachlassschulden kann auch die Belehnung einer Nachlassliegendenschaft bewilligt werden, ohne Rücksicht auf die eigene Vermögenslage des Erben, da dieser nicht gehalten werden kann, vor der Einantwortung Verbindlichkeiten des Erblassers aus eigenem zu leisten).

<sup>9)</sup> Vgl. hierüber S. 36 f. und Noten 4 ff. auf S. 36 dieses Bandes.

Vermögen klar ausgewiesen hat, kann ihm unter gewissen Vorbehalten — nämlich insofern die von dem Nachlasse zu entrichtenden Gebühren und die Erfüllung des letzten Willens mit dem übrigen Nachlasse bedeckt sind, oder die Beteiligten ihre Zustimmung erteilen — von der Abhandlungsbehörde der rechtliche Besitz (d. h. die freie Verfügung) einzelner zur Verlassenschaft gehöriger Kapitalien und anderer beweglicher Sachen<sup>1)</sup> noch vor beendigter Abhandlung eingeräumt und die gerichtliche oder außergerichtliche Veräußerung (vgl. §§ 146—148 AusstreitG.<sup>2)</sup>) dieser Gegenstände gestattet werden<sup>3)</sup> 4).

Was die Haftung des Erben für Verbindlichkeiten des Erblassers in diesem Stadium, d. h. nach der Antretung der Erbschaft und vor deren Einantwortung, betrifft, so stellt § 548 zwei Rechtsätze auf, nämlich: 1. Verbindlichkeiten, die der Erblasser aus seinem Vermögen (zu unterscheiden von den rein persönlichen Verbindlichkeiten) zu leisten gehabt hätte, übernimmt sein Erbe; und 2. Die vom Gesetze verhängten Geldstrafen (zu unterscheiden von der Schadenersatzpflicht [vgl. § 1337]) — überhaupt Vermögensstrafen —, wozu der Verstorbene noch nicht (id est: noch nicht rechtskräftig) verurteilt war<sup>5)</sup>, gehen nicht auf den Erben über. Diese

<sup>1)</sup> Vgl. Gl. 4187 (Überlassung des in den Nachlaß gehörigen Handelsunternehmens seitens der Erben an einen Miterben vor Einantwortung der Verlassenschaft gemäß § 145, Abs. 2 AusstreitG.).

<sup>2)</sup> Siehe Note 8 auf S. 36 f. dieses Bandes. Hierzu vgl. Gl. 1371 (Auch wenn eine Realität durch Feilbietung aus einer noch nicht eingeworteten Verlassenschaft erstanden wurde, ist dem Ersteher die zur Verbücherung erforderliche Amtsbestätigung [§ 278 AusstreitG.] sofort zu erteilen).

<sup>3)</sup> Vgl. Gl. 1515 (Der Abhandlungsrichter darf vor ausgewiesener Zustimmung der Verlassenschaftsgläubiger die Genehmigung zu einem Verkaufe von Verlassenschaftswerten dann nicht erteilen, wenn dieser Verkauf von der Art ist, daß er allenfalls dem § 486 StG. oder doch den Bestimmungen des AufG. unterworfen sein könnte); Gl. 1843 (Die abhandlungsbehördliche Genehmigung zur Veräußerung von Nachlassliegenschaften während der Verlassenschaftsabhandlung kann nur bei vorliegender Zustimmung aller Erben erteilt werden); Gl. 1868 (Zulässigkeit freihändiger Veräußerung von Nachlassfahrnissen trotz deren Pfändung durch Gläubiger des Erben [nach § 822]; Notwendigkeit depostenamtlicher Vormerkung des Pfandrechts bei dem Erlöse).

<sup>4)</sup> Ohne abhandlungsbehördliche Genehmigung (sei es gemäß § 145, Abs. 1 oder gemäß § 145, Abs. 2 AusstreitG.) können Veräußerungen und Verpfändungen von Nachlasskürten durch den Erben vor der Einantwortung nur mit dem Vorbehalte des § 822 erfolgen. Vgl. Broblewski, Separatio honorum und Sicherstellung der Erben gläubiger, in DtzBl. 23, 277 f.; Krainz 2, 739 f.; Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum öst. ABGB. 79 f. (Note 4); auch Anders 63.

<sup>5)</sup> Vgl. hier HFD. v. 18. VII. 1820 (JGS. 1676); § 527 StG.: „Der Tod des Schuldigen hebt alle Unterfuchung auf, und wenn bereits ein Urteil ergangen ist, auch alle Wirkung desselben; außer insofern dadurch auf Ersatz oder Entschädigung erkannt worden“; W. v. 3. IV. 1859 (RGBl. 62): „Alle sowohl in dem allgemeinen Strafgesetzbuch, als in anderen Gesetzen (§ 129 MStG.) verhängten Geld- und übrigen Vermögensstrafen, daher insbesondere auch die mit der unerlaubten Geschenkannahme in Amtssachen und der Verleitung zum Mißbrauche der Amtsgewalt verbundene Verpflichtung zum Erlage des unerlaubten Geschenkes, und die infolge der Defektionsbegünstigung zu leistenden Zahlungen an die Kriegskasse, dann die Strafen des Verfalles von Rationen, Waren, Feilschaften und anderen Gegenständen, wozu jemand durch ein Straferkenntnis ver-

Bestimmungen besagen aber nur, welche Verbindlichkeiten nicht mit dem Tode des Erblassers erlöschen, mithin Lasten der Verlassenschaft sind, aus der Verlassenschaft ihre Befriedigung finden sollen und gegen diese und eventuell gegen den Erben geltend gemacht werden können. Dagegen besagen sie nichts über den Umfang der Haftung des Erben und darüber, womit der Erbe haftet, d. h. darüber, ob der Erbe nur bis zum Betrage der Verlassenschaft oder unbeschränkt, und im ersten Falle, ob er nur mit dem Verlassenschaftsvermögen (cum viribus hereditatis) oder in diesem Umfange (pro viribus hereditatis) auch mit seinem Vermögen haftet. In dieser Beziehung ist nun zu unterscheiden:

I. Vor der Einantwortung wird der Erbe nur als Repräsentant, als Vertreter der Verlassenschaft<sup>1)</sup>, als „erbserklärter Erbe“ belangt. Eine Exekution findet nur in die Verlassenschaft und nach deren Zulänglichkeit statt, nicht aber in das Vermögen des Erben<sup>2)</sup>. Dies ist unbestritten für den Fall, daß der Erbe die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars, also bedingt, angetreten hat. Für den Fall unbedingter Antretung der Erbschaft, d. h. für den Fall, daß der Erbe die Erbschaft sine beneficio inventarii angetreten hat, wird aber mitunter auch schon in diesem Stadium eine persönliche unbeschränkte Haftung des Erben, also eine Haftung auch mit seinem eigenen Vermögen behauptet<sup>3)</sup>.

Für den Fall, daß mehrere Erben die Erbschaft angetreten haben, bestimmt § 550, daß die mehreren Erben in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechtes für eine Person angesehen werden (§ 828), daß sie in dieser Eigenschaft vor der gerichtlichen Übergabe einer für alle und alle

urteilt worden ist, gehen auf die Erben des Verurteilten über, wenn der Tod des letzteren erst nach eingetretener Rechtskraft des Straferekenntnisses erfolgt ist“; ferner § 389 StP.O.; „Die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten trifft jedoch den rechtskräftig Verurteilten nur für seine Person und, insofern er nach eingetretener Rechtskraft des Urteiles gestorben ist, seinen Nachlaß . . .“; § 261 PersStG.: „Hinsichtlich der im Sinne der §§ 242, 246 und 248 verhängten Geldstrafen gelten die Bestimmungen des allgemeinen Strafgesetzes“; und W.B. zum PersStG. VI., Art. 3, Z. 2, Abs. 2; „Die Erben haften für die Steuerbeträge, welche infolge unrichtiger oder unterbliebener Steuererklärungen oder Bekenntnisse des Erblassers überhaupt nicht oder zu gering bemessen worden sind, wie für andere Verlassenschaftsschulden (§ 263, Abs. 2). — Diese Haftung erstreckt sich auch auf die gegen den Erblasser verhängten Strafen, wenn das Erkenntnis vor dem Ableben des Erblassers rechtskräftig wurde.“ — Vgl. hiezu auch Binding, Lehrbuch des Strafrechts I, 811 f.; ders., Die Normen und ihre Übertragung I, 453.

<sup>1)</sup> So u. a. auch Unger 6, S. 167 und Anm. 17 auf S. 173 f.; Stubenrauch 1, S. 979 und Note 3 auf S. 753 f.; Krauz 2, 679. Vgl. ferner Gll. 2500, 5923, 6135, 8674, 10778, 11376, 11566, 14455. Teilweise anders Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 53, die davon ausgehen, daß die ruhende Erbschaft eine juristische Person ist, die mit der Antretung der Erbschaft zu existieren aufhört. Vgl. auch Gll. 3243 (Aufrechnung einer Forderung des Erben gegen den von Gläubigern des Erben gepfändeten Legatsanspruch).

<sup>2)</sup> Vgl. Gll. 13577; Gll. 2253.

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 863, 2030. Dagegen Unger 6, Anm. 1 und 4 ad § 43; Stubenrauch 1, 979; Krauz 2, 679; Anders 60.

für einen stehen. Diese Bestimmung darf nicht in dem Sinne verstanden werden, als ob die mehreren Erben eine juristische Person bilden, oder als ob sie nach dem Antritte und vor der Einantwortung der Erbschaft für die Verbindlichkeiten des Erblassers als Korrealschuldner persönlich haften würden<sup>1)</sup>. Sie besagt vielmehr nur, daß die mehreren Erben zusammen die Stelle des Erblassers ausfüllen, und daß im Falle der Antretung der Erbschaft durch mehrere Erben der römische Satz: nomina ipso jure divisa bis zur Einantwortung nicht gelte, sondern die Nachlassschulden ungeteilt auf dem Nachlasse haften, für die Gläubiger trotz Mehrheit der Erben die ungeteilte Verlassenschaft das ungeteilte Haftungsobjekt bleibt<sup>2)</sup>, daß also die Erbschaftsgläubiger in diesem Stadium ohne Rücksicht auf die Erbs-erklärung mehrerer und auf die Erbquoten aus der gesamten ungeteilten Erbmasse ihre Befriedigung suchen können, insofern daher solidarische Haftung, nämlich der Verlassenschaft<sup>3)</sup>, nicht geteilte Haftung der Erben stattfindet. Somit haften auch mehrere erbserklärte Erben vor der Einantwortung persönlich, d. h. mit dem eigenen Vermögen, weder pro parte noch in solidum. Unbestritten ist dies für den Fall, daß sich die mehreren Erben bedingt erbserklärt haben. Für den Fall, daß sich die mehreren Erben unbedingt erbserklärt haben, behaupten allerdings manche, daß diese, abgesehen von dem Falle des § 807, schon vor der Einantwortung der Erbschaft persönlich und solidarisch für die Verbindlichkeiten des Erblassers haften.

Eine andere Frage ist die, ob in diesem Stadium jeder Erbe oder nur sämtliche Erben zur Vertretung des Nachlasses berufen sind<sup>4)</sup>; m. a. W., ob in diesem Stadium Forderungen gegen die Verlassenschaft (Nachlassschulden) nur gegen alle Erben gemeinsam oder auch gegen jeden einzelnen als Vertreter der Erbschaft geltend gemacht werden können. Richtig ist wohl, daß nur alle Erben gemeinsam legitimiert sind<sup>5)</sup>.

II. Über die Haftung nach der Einantwortung der Erbschaft wird in einem späteren Zusammenhange (§§ 54 f.) gehandelt werden.

<sup>1)</sup> Richtig Gll. 11566, 14435.

<sup>2)</sup> Vgl. Gll. 13577.

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 12230. Vgl. auch Stubenrauch 1, 1003; Krauz 2, 679 f. Anders 73.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu Gll. 2237 (Jeder Erbe ist auch ohne Zustimmung der übrigen und ohne gerichtliche Genehmigung zur Klage auf gerichtliche Hinterlegung der zur Erbschaftsmasse gehörigen Sachen legitimiert). — Vgl. hier auch E. OGH. v. 4. VI. 1907, Z. 7082, S. 9726 (Handelt es sich um eine Nachlassforderung, welche erst nach der Einantwortung zum Vorschein gekommen ist, so kann deswegen jeder einzelne Miterbe allein die Klage anbringen).

<sup>5)</sup> So auch Randa, Der Erwerb der Erbschaft 125; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 54; Stubenrauch 1, 755; Gll. 8788. Anders Gll. 269, 8404, 11566.

## Zweites Kapitel.

### Die Berufung zur Erbfolge durch eine letzte Willenserklärung.

#### § 7.

#### Begriff der letzten Willenserklärung.

Im weiteren Sinne (vgl. § 1254) versteht man unter letzten Anordnungen die über das Vermögen auf den Todesfall getroffenen Verfügungen, d. h. Verfügungen, deren Wirksamwerden den Eintritt des Todes des Verfügenden und das Überleben des Bedachten kraft Gesetzes voraussetzt (§ 727). In diesem Sinne umfaßt der Ausdruck „letzte Anordnung“ auch den Erbvertrag (§ 1254)<sup>1)</sup>.

Im engeren Sinne heißt eine Erklärung des letzten Willens die Anordnung, wodurch ein Erblasser sein Vermögen oder einen Teil seines Vermögens einer oder mehreren Personen widerruflich auf den Todesfall überläßt, besser: zu hinterlassen erklärt (§ 552), also anordnet, an wen sein Nachlaß oder etwas aus seinem Nachlasse gelangen sollte<sup>2)</sup>. In diesem engeren technischen Sinne umfaßt der Ausdruck „letzte Anordnung“ sowohl das Testament, als auch das Kodizill. Testament und Kodizill unterscheiden sich denn auch nach österreichischem Rechte nicht durch ihre Form und auch nicht durch die sonstigen Voraussetzungen ihrer Gültigkeit, welche für beide die nämlichen sind (§ 647), — daher ist nach österreichischem Rechte die Kodizillarklausel ohne jede Bedeutung<sup>3)</sup>; ihr Vorkommen in alten Testamenten erklärt sich rein historisch — sondern im wesentlichen<sup>4)</sup> allein durch ihren Inhalt<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Das d. BGB. verwendet für den Begriff der letzten Anordnung im weiteren Sinne den Ausdruck „Verfügung von Todes wegen“ (§§ 1937 ff.).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu u. a. Unger 2, 42; 6, 41 (Anm. 3); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 61 f.; Felzmann, Über die entgeltliche Natur mehrfacher erst beim Tode eines Ehegatten ins Leben tretender Ehepaktbestimmungen, in Notz. 1894. Nr. 22; Stubenrauch 1, 758 f.; Krausz 2, 611 f.

<sup>3)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 5 auf S. 259.

<sup>4)</sup> Einen Unterschied schafft § 714.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 62 ff.; Stubenrauch 1, 761; Krausz 2, 612 und Note 2; Anders 101 f.

Ein Testament ist nämlich jene widerrufliche letzte Anordnung, in welcher ein Erbe eingesetzt, d. h. einer Person das ganze Vermögen (Vermögen als universitas, Inbegriff) oder ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Teil zugewendet, also eine Universalsubstitution von Todeswegen angeordnet wird. Enthält hingegen die widerrufliche letzte Anordnung lediglich andere Verfügungen vermögensrechtlichen Inhalts, so heißt sie Kodizill (§ 553)<sup>1)</sup>.

Hierbei ist nun zu bemerken: Verfügungen über das Vermögen als Ganzes in seiner Gesamtheit sind von Verfügungen, durch welche das ganze Vermögen erschöpft wird, wohl zu unterscheiden. Nur diejenige widerrufliche letzte Anordnung, in welcher nach der Absicht des Verfügenden über das Vermögen in seiner Gesamtheit oder einen in bezug auf das Ganze bestimmten Teil des Vermögens verfügt wird, heißt und ist Testament, und nur derjenige, zu dessen Gunsten so verfügt wird, der zur Nachfolge in das Vermögen in seiner Gesamtheit oder einen aliquoten Teil des Vermögens von Todeswegen berufen ist, heißt und ist Erbe. Ob der Erblasser sich dabei des Wortes Erbe, Erbschaft, Testament, Hinterlassenschaft bedient oder nicht, ist gleichgültig. Erforderlich ist nur, daß der Wille des Erblassers auf eine keinem Zweifel Raum lassende Weise sich äußere, ohne daß es auf den Wortlaut der Erklärung ausschließlich ankommt; m. a. W.: unser Recht schreibt eine bestimmte Ausdrucksweise (sog. innere Form) für die Erbeinsetzung nicht vor; vielmehr ist die Frage, ob ein Testament oder ein Kodizill vorliegt, ob jemand Erbe oder Legatar ist, lediglich eine Frage der Interpretation des erblasserischen Willens. Und zwar muß bei der Beurteilung und Auslegung des erklärten Willens auf alle Umstände, unter welchen die Willenserklärung erfolgte, und auf den allgemeinen Sprachgebrauch der Leute des betreffenden Standes, der betreffenden Gegend Rücksicht genommen werden<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Das d. BGB. kennt nur eine Art der einseitigen, widerruflichen Verfügung von Todes wegen: das Testament oder die letztwillige Verfügung. Einen Unterschied zwischen Testament und Kodizill gibt es sonach nach deutschem Reichsrecht nicht mehr. Der Erblasser kann durch Testament einen Erben einsetzen, die gesetzliche Erbfolge ausschließen, ein Vermächtnis anordnen und eine Auflage machen (§§ 1937—1940).

<sup>2)</sup> Vgl. zu diesen Ausführungen u. a. Haerdtl, Über die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichtteil nach dem k. k. österr. allg. bürgerl. Gesetzbuche. Über die Berechnung der Erbteile unter Testamentserben nach §§ 556—558 d. ABGB. (1838) 132 f.; Unger 1, 395 (Note 53); 6, Anm. 6 auf S. 42; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 390 f. Stubenrauch 1, 741 f. und Note 6 auf S. 741 f. und 1 und 2 auf S. 742; Krausz 2, 579; Anders 21. — Aus der Judikatur des OGH. seien folgende Fälle erwähnt: Die Anordnung, „daß alles, was nach Bezahlung der Hypothekenschuld übrig bleibe, der Gattin übergeben werden solle, statt als Erbschaft an die Kinder überzugehen,“ wurde als Erbeinsetzung angesehen (GM. 310); die Anordnung: „Ich ernenne zu meinem Haupterben diejenige Person, welche mir die letzte Treue erweist, und ordne deswegen nur noch an, daß die Universalerbenschaft nur aus 100 fl., dann einer Zimmereinrichtung, Kleidern und Wäsche bestehen wird“, wurde nicht als Erbeinsetzung, sondern als Vermächtnisanordnung angesehen (GM. 1529);



Streitig ist im besonderen, ob die letztwillige Berufung einer Person in das bewegliche und einer anderen in das unbewegliche Vermögen die Anordnung von Universal- oder von Singularaufzessionen enthalte. Die meisten Autoren<sup>1)</sup> sehen in dieser Anordnung eine Erbeinsetzung der Berufenen im Verhältnisse des Wertes der jedem zugewiesenen Bestandteile zum Werte des ganzen Nachlasses, verbunden mit einer Vorschrift über

die Anordnung: Ich verschreibe dem X mein ganzes Vermögen, welches aus Möbeln, Bettzeug, Wäsche, Vieh, Pferden, Getreide, Wagen, Schlitten mit Ausnahme dessen, was zum Inventar gehört, besteht. Geld habe ich keines, wurde für eine Erbeinsetzung erklärt (Gll. 5151); die Anordnungen: Was nach meinem Tode übrig bleibt, soll mein Mann bekommen; Was nach der Auszahlung übrig bleibt, gehört dem Manne; Solange mein Mann lebt, gehört die Sache sein, wurden als Erbeinsetzungen angesehen (Gll. 8184); die Anordnung: Mein ganzes sauer erarbeitetes und durch ernste Sparlichkeit vermehrtes Vermögen soll zur Gründung von Stipendien verwendet werden, wurde als Erbeinsetzung angesehen (Gll. 8255); die letztwillige Anordnung: Das nach Verteilung der ausgelegten Legate noch vorhandene Vermögen hat meine Frau an meine drei Töchter erster Ehe nach ihrem Ermessen zu verteilen und ist hier besonders das Verhalten der Töchter maßgebend, wurde als Testament angesehen; die Anordnung: Das nach Zahlung aller Legate usw. übrigbleibende Vermögen ist an den Testamentsexekutor zur Verwendung für einen bestimmten Zweck auszufolgen, wurde für eine Erbeinsetzung erklärt (Gll. 13828); die Anordnung: Ich verschreibe dem X mein ganzes Vermögen an Häusern und in Geld wurde, da auch noch Kleidungs- und Wäschestücke hinterblieben waren, nicht als Erbeinsetzung, sondern als Vermächtnisanordnung betrachtet (Gll. 14057); in der G. Gll. 14924 erklärte der OGH. eine letztwillige Verfügung, in welcher jemandem das ganze Vermögen mit der Beschränkung auf den bloßen Fruchtgenuß vermacht, ein anderer Erbe aber nicht eingesetzt, sondern nur noch eine anderweitige Bestimmung über eine bestimmte Sache getroffen wurde, für ein Kodizill; die Anordnung: Ich testiere die Fabrik den bisherigen Profuristen B und D zu gleichen Teilen. Ebenso sollen dieselben zu gleichen Teilen in den Besitz aller jener Realitäten kommen, an welche ich grundbüchlerlich angeschrieben erscheine, wurde nicht als Erbeinsetzung, sondern als Vermächtnisanordnung angesehen (Gll. 972); die Anordnung: Ich halte meine bei X rüchlich meines Vermögens für den Absterbensfall gemachte Verfügung aufrecht und vermache das Haus C mit 12 Faltischen Grund dem Y, den Rest meines Vermögens jedoch dem Z, wurde für ein Kodizill erklärt (Gll. 1545); in der Widmung des ganzen Vermögens „zu wohlthätigen Zwecken“ wurde die Erbeinsetzung einer Stiftung erblickt (Gll. 2280); ebenso in der Widmung eines Teiles des Vermögens „für gute Zwecke“ (Gll. 2852); in einer letztwilligen Verfügung des Inhalts: Den Rest meines Vermögens soll meine Frau nach meinem Tode zu Stiftungen nach ihrem Gutdünken verwenden, jedoch sollen dieselben kl. siche Stiftungen für immerwährende Zeiten heißen, wurde eine Erbeinsetzung der Witwe (sub modo) erblickt (Gll. 3256); eine letztwillige Verfügung, in der es hieß: Ich bestelle meinen Sohne B zum Erben meiner häuslichen Fahrhabe; mein kleines Barvermögen habe ich schon früher verteilt, und in der sohin dem B die Entrichtung mehrerer Vermächtnisse, sowie die Erbschaftsklasten überwunden wurden, wurde für ein Testament erklärt (Gll. 3738). — Auch das d. BGB. läßt bei der Frage, ob Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung anzunehmen ist, nicht ausschließlich den Wortlaut entscheiden. § 2087 sagt: Hat der Erblasser sein Vermögen oder einen Bruchteil seines Vermögens dem Bedachten zugewendet, so ist die Verfügung als Erbeinsetzung anzusehen, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist. — Sind dem Bedachten nur einzelne Gegenstände zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er Erbe sein soll, auch wenn er als Erbe bezeichnet ist.

<sup>1)</sup> So Zeiller, Kommentar 2, 422; Winowarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 50; Haerdtl, a. a. O. 136 f.; Unger 6, Anm. 6 auf S. 42; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 14 (Note 4); Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 2, 27 (Note 2); Stubenrauch 1, 742 (Note 2); Krainz 2, 579; Anders 21.

die Verteilung der Nachlassgegenstände. Dagegen wird von anderen<sup>1)</sup> behauptet, daß eine derartige Anordnung im allgemeinen bloß Einzelzuwendungen enthalte, also beim Vorhandensein einer solchen letztwilligen Anordnung Intestaterbfolge eintrete. Bei unbefangener Interpretation des erblasserischen Willens muß aber jedenfalls die herrschende Meinung als die richtige angesehen werden.

Wird jemand allein oder mit anderen zur Universalzufession, aber mit Ausschluß einer bestimmten Sache, über welche nicht verfügt wurde (excepta re certa), berufen, so ist die ausgenommene Sache als ein zugunsten der Intestaterben (oder Miterben) gemachtes stillschweigendes Vermächtnis anzusehen<sup>2)</sup>.

Werden in einer letztwilligen Anordnung die gesetzlichen Erben, „alle Verwandten“ von der Erbfolge ausgeschlossen<sup>3)</sup>, ohne daß über den Nachlaß zugunsten anderer verfügt wird, so fällt der Nachlaß an den Fiskus<sup>4)</sup>. Werden nur einzelne ab intestato berufene Erben von der Erbfolge ausgeschlossen, ohne daß ein Erbe eingesetzt wird, so tritt Intestaterbfolge mit Ausschluß des ausgeschlossenen Erben ein<sup>5)</sup> (sogenannte negative Testamente<sup>6)</sup>).

<sup>1)</sup> So vor allem von Schiffner, Die rechtliche Natur der letztwilligen Berufung einer Person in das bewegliche und einer zweiten Person in das unbewegliche Vermögen, in OstRGZ. 1873, Nr. 83, 84. Vgl. auch schon Wildner, im Jurist 10, 408.

<sup>2)</sup> So auch § 2149 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 2280.

<sup>4)</sup> Vgl. Gll. 9103.

<sup>5)</sup> Vgl. Gll. 580 (Die in einer formell gültigen letztwilligen Anordnung ausgesprochene Ausschließung eines Intestaterben ist wirksam und bleibt auch dann wirksam, wenn der Erblasser eine anderweitige gültige letztwillige Anordnung nicht getroffen oder in dieser über sein ganzes Vermögen nicht verfügt hat, oder wenn endlich die eingesetzten Erben die Erbschaft nicht annehmen können oder wollen).

<sup>6)</sup> Vgl. Unger 6, 127 und Anm. 4 auf S. 128 f.; Hofmann, Wesen und Wirkung des Erbverzichts und des Erbvertrages, in Grünhutsz. 3, 657; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 538 f., 678; dieß., Exkurs 2, 39 f.; Krainz 2, 595. — Vgl. auch § 1938 d. BGB.

## I.

## Die letzte Willenserklärung im engeren Sinne.

## Erster Abschnitt.

## Erfordernisse letzter Willenserklärungen.

## § 8.

A. Die Fähigkeit zur Errichtung letzter Willenserklärungen<sup>1)</sup>.

Die Fähigkeit, eine letzte Anordnung zu errichten, steht in der Regel jedermann zu. Sie muß im Zeitpunkte der Errichtung der letzten Anordnung vorhanden sein. Aus diesem Satze folgt:

1. Ein rechtsgültig erklärter letzter Wille kann durch später eintretende Hindernisse, insbesondere durch eine später eintretende Unfähigkeit zu testieren, seine Gültigkeit nicht verlieren (§ 575). Dieser Satz gilt unbedingt für den Fall, daß nach Errichtung des letzten Willens die Handlungsfähigkeit des Testators beschränkt oder aufgehoben wird. Tritt aber nach Errichtung des letzten Willens eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit des Testators ein, so gilt dieser Satz nur mit folgenden Einschränkungen:

a) Die vor dem Eintritte in den deutschen Ritterorden errichteten letztwilligen Anordnungen bleiben nur dann gültig, wenn der Testator die Genehmigung, zu testieren, nach seinem Eintritte in den Orden vom Hoch- und Deutschmeister erlangt hat (§ 12 B. v. 28. VI. 1840 [JGS. 451]). Der Eintritt in einen andern Orden entzieht einem bereits errichteten Testamente seine Gültigkeit nicht<sup>2)</sup>.

b) Nach § 208 lit. b MilStG. wird jede von einem Deferteur vor

<sup>1)</sup> Unger 6, 43 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 100—113, 121—128; dief. Exkurs 2, 56—67; Stubenrauch 1, 773 ff.; Krausz 2, 613 ff.; Anders 11 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Singer, Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commercium mortis causa für das kanonische und österreichische Recht S. 44, 48.

ausgeführter Desertion errichtete letztwillige Anordnung in Ansehung des in diesem Staate befindlichen Vermögens ungültig. Die von manchen<sup>1)</sup> vertretene Ansicht, daß diese letztwilligen Anordnungen vom Zeitpunkte der Stellung oder Einlieferung des Deferteurs wieder aufleben, ist im Geseze nicht begründet. Die der erwähnten Vorschrift des MilStG. analoge Bestimmung des Auswanderungspatentes rücksichtlich der Testamente der der unbefugten Auswanderung schuldig Erkannten ist wohl nicht mehr in Kraft.

2. Einen anfänglich ungültigen letzten Willen macht die später erfolgte Aufhebung des Hindernisses nicht gültig (§ 576). Eine nachträgliche Bestätigung der ungültigen letzten Willenserklärung durch den Erblasser vermag die Nichtigkeit nur dann zu beheben, wenn die Bestätigung selbst in testierfähigem Zustande erfolgt und den für letztwillige Erklärungen vorgeschriebenen Erfordernissen entspricht. Die Anerkennung einer nichtigen letztwilligen Anordnung durch diejenigen, denen ihre Gültigkeit schaden würde (in der Regel: die Intestaterben), benimmt den letzteren lediglich das Recht, sie zu bestreiten<sup>2)</sup>.

Von der Regel, daß jedermann testierfähig ist, bestehen nun aber Ausnahmen, indem bei gewissen Personen die Testierfähigkeit entweder gänzlich fehlt oder doch beschränkt ist.

A. Gänzlich unfähig, einen letzten Willen zu errichten, sind:

1. Rasende, Wahn- und Blödsinnige, kurz Geistesranke<sup>3)</sup>, sowie Volltrunkene, solange dieser Zustand dauert (§ 566)<sup>4)</sup>. Der Volltrunkenheit steht die Schlastrunkenheit, das Delirium, überhaupt der vollständige Mangel der Besonnenheit gleich (vgl. § 565 und die Marginalrubrik zu § 566). Bezüglich der Verteilung der Beweislast ist zu bemerken: Da die Testierfähigkeit die Regel bildet, so muß derjenige, der behauptet, daß die Erklärung des letzten Willens im Zustande der Raserei, des Wahnsinnes, des

<sup>1)</sup> Vgl. Unger, Kirchstetter; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 127 (Note 3).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 100 und Anm. 4 auf S. 101; Krausz 2, S. 616, 624 f. — Über die Frage, was rechtens ist, wenn die Anerkennung aus Irrtum über die Ungültigkeit erfolgte, vgl. Unger 6, Anm. 4 auf S. 101 und die einander widersprechenden GG. III. 118 und GMR. 2226.

<sup>3)</sup> Vgl. III. 15 877 (Daß der Testator nicht mehr im Vollbesitze seiner geistigen Kräfte war, begründet noch nicht Testierunfähigkeit); GMR. 4013 (Gültigkeit des Testaments einer Person, die nur infolge einer Paranoia litt, als sie sich von Dienern und Sozialdemokraten verfolgt dünkte, also nur partiell verrückt war).

<sup>4)</sup> Nach d. BGB. (§§ 2229, 2230) ist nur der wegen Geisteschwäche, (Verschwendung) oder Trunksucht Entmündigte testierunfähig. Und zwar tritt die Unfähigkeit schon mit der Stellung des Antrages ein, auf Grund dessen die Entmündigung erfolgt. Doch steht die Entmündigung der Gültigkeit des Testaments nicht entgegen, wenn ein Entmündigter das Testament, bevor der die Entmündigung ausprechende Beschluß unanfechtbar geworden ist, errichtet hat, und der Entmündigte noch vor dem Eintritte der Unanfechtbarkeit stirbt. Das gleiche gilt, wenn der Entmündigte nach der Stellung des Antrages auf Wiederaufhebung der Entmündigung ein Testament errichtet und die Entmündigung dem Antrage gemäß wieder aufgehoben wird.

Blödsinnes, der Trunkenheit usw. erfolgt sei, daß also dem Erblasser die Besonnenheit gänzlich gemangelt habe, diese Behauptung beweisen<sup>1)</sup> (§ 566). Da aber andererseits eine in einem lichten Zwischenraume errichtete letzte Willenserklärung gültig ist<sup>2)</sup>, so muß, wenn bereits durch die gerichtliche Wahnsinns-erklärung feststeht oder anderweitig erwiesen wird, daß der Erblasser in der Zeit, in welche die Errichtung des letzten Willens fällt, den Gebrauch des Verstandes verloren hatte, also testierunfähig gewesen ist, derjenige, welcher behauptet, daß der Erblasser zur Zeit der letzten Anordnung bei voller Besonnenheit, also testierfähig gewesen sei, diese Behauptung beweisen<sup>3)</sup> (§ 567). Er hat daher auch im Erbrechtsstritte die Klägerrolle<sup>4)</sup>. Als zulässige Beweismittel führt § 567 an: Sachverständige (insbesondere Ärzte), obrigkeitliche Personen, welche den Gemütszustand des Erblassers genau erforschten, überhaupt „zuverlässige Beweise“, also vor allem auch Zeugen über solche Umstände, aus welchen mit juristischer Gewißheit auf den Geisteszustand des Erblassers im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens geschlossen werden kann<sup>5)</sup>. Es liegt hier, wie Pfaff und Hofmann<sup>6)</sup> nachweisen, ein Fall vor, wo dem Richter die freieste Beweiswürdigung eingeräumt werden sollte. Gegenwärtig greift § 272 ZPO. Platz.

2. Unmündige, also Personen, die das vierzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben<sup>7)</sup> (§ 569);

3. in der Regel, d. h. außer den in § 573 aufgezählten vier Fällen, Ordenspersonen (§ 573)<sup>8)</sup>. Die vier Fälle des § 573 sind:

a) wenn der Orden eine besondere Begünstigung, daß seine Glieder testieren können, erlangt hat<sup>9)</sup>;

<sup>1)</sup> Vgl. C. OGH. v. 7. IV. 1899, 3. 2277, in ZBl. 1902, Nr. 36, 37.

<sup>2)</sup> Unterschied von den Rechtsgeschäften unter Lebenden. Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 101, 103; Stubenrauch 1, 773 (Note 3).

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu u. a. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 103 ff.; J. Schwarz, Exkurs über österreichisches bürgerliches Recht, in Gerh. 1890, Nr. 42; Stubenrauch 1, 773 f.; Krainz 2, 613 f.; Anders 12.

<sup>4)</sup> Vgl. Oll. 66, 6528; OMMZ. 2893.

<sup>5)</sup> Vgl. Dierl, Rechtsfall über das Testament eines Irren, im Jurist 5, 349 ff.

<sup>6)</sup> Kommentar 2, 103—105. Ebenso Anders 12. Vgl. aber auch Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 173.

<sup>7)</sup> Nach dem d. BGB. ist ein Minderjähriger bis zum vollendeten achtzehnten Lebensjahre testierunfähig (§ 2229, Abs. 2).

<sup>8)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 121 ff.; Exkurs 2, 56—58; Singer, a. a. O. (insbes. S. 66 ff.), (vgl. von Hilsman, in Grünhutsz. 8, 402 ff.); Baernreither, Über das Vermögensrecht der geistlichen Orden und ihrer Mitglieder (1882), (insbes. S. 51 ff.); Plach, Die Testierfähigkeit der Ordenspersonen, in Rotz. 1892, Nr. 37—39; Seydel, Über die Privatrechtsfähigkeit der Ordensgeistlichen, in OMMZ. 1894, Nr. 18, 19; Stubenrauch 1, 779 f.; Krainz 2, 614; Anders 12 f. — Vgl. auch die bezüglichen Ausführungen im I. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>9)</sup> Vgl. hierzu HofD. v. 11. XII. 1795 (JGS. 268) (Die Johanniter-Ordensritter sind testierfähig) (über den Vorgang bei der Verlassenschaftsabhand-

b) wenn Ordenspersonen die Auflösung von den Gelübden erlangt haben<sup>1)</sup>;

c) wenn Ordenspersonen durch Aufhebung ihres Ordens, Stiftes oder Klosters aus ihrem Stande getreten sind<sup>2)</sup>;

d) wenn Ordenspersonen in einem solchen Verhältnisse angesetzt sind, daß sie vermöge der politischen Verordnungen nicht mehr als Angehörige des Ordens, Stiftes oder Klosters angesehen werden, sondern vollständiges Eigentum erwerben können. Dieser vierte Fall der im § 573 erwähnten Ausnahmen bezieht sich insbesondere auf Ordensgeistliche, welche entfernt von ihrem Kloster oder Stift als öffentliche Professoren oder sonst in einer öffentlichen Anstalt sich befinden (HfD. v. 7. VII. 1827 [PolGE. Bd. 55, S. 125]) und vermöge der politischen Vorschriften<sup>3)</sup> zu testieren fähig sind, ferner auf jene, die als Feldkapläne angesetzt sind (hinsichtlich ihres peculium quasi castrense)<sup>4)</sup>, endlich auf diejenigen, die die Kardinals- oder Bischofswürde erlangt<sup>5)</sup> oder mit päpstlichem Indult ein beneficium minus erhalten haben<sup>6)</sup>, nicht aber auch auf solche, die auf einer dem Orden oder Stifte inorporierten Pfarre ausgesetzt sind<sup>7)</sup><sup>8)</sup>.

(ung nach einem Maltheser-Ordensritter vgl. HofD. v. 15. VII. 1784 und v. 7. IV. 1785 [Kropatschek Bd. 9, S. 506] und Oll. 14 526); HofD. v. 22. I. 1818 (JGS. 1408) (Die Glieder des priesterlichen Maltheser-Ordenskonventes in Prag sind nicht testierfähig); § 12 B. v. 28. VI. 1840 (JGS. 451) (Die Mitglieder des Deutschen Ritterordens können mit Genehmigung des Hoch- und Deutschmeisters testieren) (hierzu M. v. 31. XII. 1866 [RGBl. 4 ex 1867] [Die in Ordenskonventen aufgenommenen Deutschen Ordenspriester sind nicht testierfähig]); HofD. v. 9. I. 1843 (JGS. 670) (Die Mitglieder der Redemptoristenkongregationen sind testierfähig).

<sup>1)</sup> Vgl. auch HofD. v. 17. VIII. 1835 (JGS. 76); HofD. v. 28. XII. 1835 (JGS. 111); HofD. v. 4. I. 1836 (PolGE. Bd. 64, S. 4); Singer, a. a. O. 136 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. auch HofD. v. 30. VIII. 1782 (JGS. 72); HofD. v. 17. VIII. 1835 (JGS. 76); HofD. v. 28. XII. 1835 (JGS. 111); HofD. v. 4. I. 1836 (PolGE. Bd. 64, S. 4); HofD. v. 26. I. 1810 (JGS. 898) (bezüglich der aus dem ungarischen Studien- und Religionsfonds pensionierten Cyreligiosen); Singer, a. a. O. 148 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. Oll. 12 021.

<sup>4)</sup> Vgl. HofD. v. 29. XI. 1803 (PolGE. Bd. 20, S. 115); AG. v. 8. I. 1818; HofD. v. 7. IV. 1818, W. 287 (MGS. S. 107); § 26 Dienstreglement für die Infanterie v. 1860; Singer, a. a. O. 124 ff.; Oll. 12 021.

<sup>5)</sup> Vgl. Singer, a. a. O. 120 ff.; Oll. 12 021.

<sup>6)</sup> Vgl. HofD. v. 2. IV. 1802 (PolGE. Bd. 17, S. 70); Singer, a. a. O. 114 ff.; Oll. 12 021.

<sup>7)</sup> Vgl. HofD. v. 17. X. 1784 (JGS. 369); HofD. v. 21. IV. 1786 (JGS. 542); HofD. v. 22. XII. 1788 (JGS. 939); HofD. v. 20. X. 1789 (JGS. 1058); Singer, a. a. O. 122 ff.; Oll. 11 527; OMMZ. 197.

<sup>8)</sup> Nach Stubenrauch 1, 779 f. (Note 3) und Anders 12 ist der vierte Fall des § 573 gegenwärtig nur mehr praktisch in bezug auf Ordenspersonen, die zugleich Bischöfe oder Kardinalen sind, oder die als Militärkapläne ein peculium quasi castrense erworben haben. Nach Krainz 2, 614 fallen unter die vierte Ausnahme des § 573 derzeit nur mehr Ordenspersonen, die die Bischofs- oder Kardinalswürde erlangt haben.

4. Deserteure der Linie und Reserve vom Tage der vollbrachten Desertion bis zu ihrer Stellung oder Einlieferung (§ 208 lit. a MilStG.)<sup>1)</sup>.

5. Die Bestimmung des § 574, derzufolge Verbrecher, die zur Todesstrafe verurteilt worden sind, vom Tage des ihnen angekündigten Urteils, zur schwersten oder schweren Kerkerhaft Verurteilte aber während der Dauer der Strafzeit keine gültige Erklärung des letzten Willens machen können, ist rücksichtlich der durch ein Zivilstrafgericht nach dem allgemeinen Strafgesetze verurteilten Personen durch § 5 G. v. 15. XI. 1867 (RGBl. 131) aufgehoben worden, besteht aber für die nach dem Militärstrafgesetze zur Todes- oder schweren Kerkerstrafe verurteilten Personen aufrecht<sup>2)</sup> (vgl. §§ 45 lit. d, 46, 47 MilStG.)<sup>3)</sup>.

B. In ihrer Testierfähigkeit beschränkt sind:

1. mündige Minderjährige, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben<sup>4)</sup>. Diese können nur mündlich vor Gericht<sup>5)</sup> nach Vorschrift des § 569 oder nach Zulaß des § 70 RD. und mit Beobachtung der dort vorgeschriebenen Förmlichkeiten<sup>6)</sup> vor einem Notar und zwei Zeugen oder vor zwei Notaren testieren<sup>7)</sup><sup>8)</sup>. Das Gericht, beziehungsweise der Notar hat sich durch eine angemessene Erforschung zu überzeugen, daß die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe<sup>9)</sup>, hat aber nicht das Recht, die Aufnahme der letzten Anordnung zu verweigern<sup>10)</sup>. Das Gericht, beziehungsweise der Notar muß in das Protokoll dasjenige,

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 126 ff.; Schiffner, Systematisches Lehrbuch des österreichischen allgemeinen Zivilrechtes 1, 168 (Note 7); Dangelmaier, Militärprivatrecht 40 ff.; Burckhard, System des österreichischen Privatrechts 2, 36 f (Noten 11 und 12).

<sup>2)</sup> Nicht aber für die im Landwehrverbände (§ 1 G. v. 2. IV. 1885 [RGBl. 93]) oder im Gendarmenverbände (§ 10 G. v. 25. XII. 1894 [RGBl. 1 ex 1895]) stehenden Personen.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Erläuterung 2, 58 ff.; Dangelmaier, a. a. O. 40 ff.; Hoegel, Die Rechtsfolgen militärstrafgerichtlicher Verurteilung, in OstRGZ. 1899, Nr. 18.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 111 ff.

<sup>5)</sup> Und zwar ist nach § 121 ZN. jedes Bezirksgericht kompetent. Vgl. hierzu Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 173 f. — Kann ein Testament rechtsgültig von einem inländischen Minderjährigen auch vor einem ausländischen Gerichte errichtet werden? Mit Recht bejahend C. OGH. Innsbruck als OGH. für das Fürstentum Sichtenstein, in JBl. 1886, Nr. 2.

<sup>6)</sup> Beobachtung der allgemeinen Vorschriften über die Amtsführung der Notare, der für die Aufnahme gerichtlicher letztwilliger Anordnungen in den §§ 569, 587—592 und 594—596 ABGB. gegebenen Vorschriften und der in den §§ 72 und 73 RD. gebotenen Förmlichkeiten.

<sup>7)</sup> Vgl. GlM. 11 522.

<sup>8)</sup> Auch nach dem Rechte des d. BGB. können testierfähige Minderjährige nur mündlich vor einem Richter oder vor einem Notar testieren (§§ 2238, Abs. 2 und 2247).

<sup>9)</sup> Vgl. GlM. 6699, 11 522.

<sup>10)</sup> A. M. für den Fall offenbaren Mutwillens oder Leichtsinns Zeiller, Kommentar 2, 442. Gegen Zeiller Pfaff, Über die Materialien des österreichischen ABGB., in Grünbuchs. 2, 263; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 112; Stubenrauch 1, 776 f. (Note 5); Krainz 2, 615; Anders 12.

was sich aus der Erforschung ergeben hat, aufnehmen<sup>1)</sup>, nicht aber die Art und Weise und die Mittel, durch welche es sich die Überzeugung, daß das Testament frei und mit Überlegung errichtet wurde, verschafft hat<sup>2)</sup>.

Nach zurückgelegtem achtzehnten Lebensjahre kann auch von einem Minderjährigen ohne weitere Einschränkung, wie von einem Volljährigen, ein letzter Wille errichtet werden (§ 569).

2. gerichtlich erklärte Verschwender (§ 568)<sup>3)</sup>. Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann, wenn er gesetzliche Erben hat<sup>4)</sup>, nur über die Hälfte seines Vermögens durch letzten Willen verfügen<sup>5)</sup>. Die andere Hälfte fällt den gesetzlichen Erben in der Ordnung und in dem Verhältnisse, in welchen sie nach der gesetzlichen Erbfolge in concreto erben würden, zu. Nach diesen beiden Richtungen kann der gerichtlich erklärte Verschwender das Recht der gesetzlichen Erben durch letztwillige Verfügungen nicht schmälern: d. h. weder dadurch, daß er über mehr als die Hälfte seines Vermögens zugunsten anderer, sei es durch Erbeinsetzungen oder durch Legate, verfügt, noch auch dadurch, daß er die seinen gesetzlichen Erben vorbehaltene Hälfte oder den ganzen Nachlaß zwar nur diesen (d. i. den gesetzlichen Erben), aber nach willkürlichen Anteilen, also nicht jedem die Hälfte seiner Intestatportion, zuwendet<sup>6)</sup>. Hierzu ist zu bemerken:

a) Die vom gerichtlich erklärten Verschwender angeordneten Vermächtnisse sind aus der der freien Disposition des Erblassers vorbehaltenen Hälfte, beziehungsweise von den auf diese Hälfte eingesetzten Erben zu entrichten.

b) Die gesetzlichen Erben können verlangen, daß die letztwillige Verfügung des gerichtlich erklärten Verschwenders, soweit sie die seiner freien letzten Disposition vorbehaltene Hälfte seines Vermögens überschreitet, für

<sup>1)</sup> Vgl. GlM. 6699, 11 522.

<sup>2)</sup> Vgl. GlM. 6699.

<sup>3)</sup> Vgl. hier Unger 6, S. 44 und Anm. 4 auf S. 45; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 105 ff.; Stubenrauch 1, 774 f.; Krainz 2, 615; Anders 13; Fischer-Colbrie, Über die Testierfreiheit des gerichtlich erklärten Verschwenders (S. A. aus NotZ. 1908). — Vgl. auch Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche 87 f. — Nach d. BGB. ist ein wegen Verschwendung Entmündigter gänzlich testierunfähig (§§ 2229, 2230). Vgl. hierzu Note 4 auf S. 49 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> So auch Winigarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 64; Unger 6, Anm. 4 auf S. 45; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 110 ff.; Stubenrauch 1, 775; Krainz 2, 615; Anders 13; Hofer, Ist einem wegen Verschwendung unter Kuratel gestellten außerehelichen Individuum, welches keine gesetzlichen Erben hat, und dessen Nachlaß daher tabak wird, die letztwillige Verfügung über den ganzen Nachlaß gestattet?, in NotZ. 1900, S. 175 f.

<sup>5)</sup> Hat der Erblasser durch Erbvertrag über einen Teil seines Nachlasses unwiderruflich verfügt, und ist er später als Verschwender erklärt worden, so kann er nunmehr durch Testament nur über soviel verfügen, daß die Hälfte seinen gesetzlichen Erben frei bleibt. So auch Telsch, im Jurist 11, 170 ff.

<sup>6)</sup> So auch Unger 6, Anm. 4 auf S. 45; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 110; Krainz 2, 615.



ungültig erklärt werde. In diesem Falle müssen sich Erben und allenfalls (§ 692) Legatäre — die letzteren allerdings nur, wenn eine bedingte Erbserklärung des Testamentserben vorliegt —, zu deren Gunsten die gesetzlichen Erben in ihrem Rechte verletzt wurden, einen verhältnismäßigen Abzug an dem ihnen Zugedachten gefallen lassen<sup>1)</sup>.

c) Die Verfügungen des Erblassers können rücksichtlich der einen Hälfte des Vermögens von jenen Intestaterben, welche nicht die Hälfte ihrer Intestaterbportion im letzten Willen zugewiesen erhalten haben, auch dann als ungültig angefochten werden, wenn der Erblasser für den ganzen Nachlaß zwar lediglich die gesetzlichen Erben, aber auf willkürliche Anteile eingesetzt hat.

d) Auch dem gerichtlich erklärten Verschwender steht das Recht zu, Noterben bei Vorhandensein der gesetzlichen Bedingungen zu enterben.

e) Die gesetzlichen Erben, welche zugleich Pflichtteilsberechtigte sind, können nicht außer der ihnen gesetzlich vorbehaltenen Hälfte der Intestaterbportion auch noch ihren Pflichtteil fordern<sup>2)</sup>.

f) Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann ein vor oder nach der Prodigalitätserklärung errichtetes Testament gültig widerrufen (§ 718). Ein Widerruf liegt nun aber auch in der Errichtung eines neuen gültigen Testamentes (§ 713). Hätte nun der gerichtlich erklärte Verschwender ein nach der Prodigalitätserklärung errichtetes Testament, während er noch als Verschwender unter Kuratel stand, vernichtet, so käme dadurch ein vor der Prodigalitätserklärung errichtetes, unversehrt gebliebenes schriftliches Testament wieder zu Kraft (§ 723). Streitig kann nur sein, ob dieses frühere Testament in seinem vollen Umfange wieder in Kraft tritt, oder ob es nun nach § 568, d. h. so zu behandeln ist, wie wenn es erst nach der Prodigalitätserklärung errichtet worden wäre. Richtig ist wohl die zweite Ansicht<sup>3)</sup>.

Auf Personen, über welche wegen Verschwendung nach § 173 die väterliche oder nach § 258 die vormundschaftliche Gewalt verlängert wurde, findet § 568 keine Anwendung<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Anders bezüglich der Legatäre Proeckner, in *Wagners* 3. 1836, II, 35 ff., nach dessen Ansicht nur jene Legatäre „ungültig“ sind, die angeordnet wurden, nachdem der Erblasser bereits durch früher angeordnete — vorhergehende — über die Hälfte seines Nachlasses verfügt hatte. Gegen Proeckner Schneider, über Vermächtnisse eines gerichtlich erklärten Verschwenders usw., in *Wagners* 3. 1839, I, 96 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Zeiller, Von dem Testamente eines gerichtlich als Verschwender erklärten Vaters, in *Pratobeveras* Mat. 6, 324 ff.; ferner die Note der Hofstelle in *JGS.*, in *Pratobeveras* Mat. 6, 315: „Auch ein Verschwender ist nach den §§ 568, 765 *ABGB.* seinen Kindern nur die Hälfte, nicht drei Viertel seines Vermögens als Pflichtteil zu hinterlassen schuldig“. Vgl. auch Unger 6, Anm. 2 auf S. 337; Pfaff und Hofmann, *Kommentar* 2, 109; *Stubenrauch* 1, S. 775 und Note 1; S. 936 (Note 1); *Krainz* 2, 729.

<sup>3)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, *Kommentar* 2, 111; *Stubenrauch* 1, 903 (Note 2); Anders 36. *U. M.* Unger 6, Anm. 15 auf S. 143; *Krainz* 2, 661.

## § 9.

B. Die gesetzliche Form der Erklärung des letzten Willens<sup>1)</sup>.

Ihrer Form nach sind die Testamente entweder Privat- oder öffentliche Testamente. Sowohl die Privat- als auch die öffentlichen Testamente können schriftlich oder mündlich errichtet werden, die schriftlichen mit oder ohne Zeugen (§ 577). § 577 erwähnt als öffentliche Testamente nur die gerichtlichen. Allein nach § 70 *AB.* sind letztwillige Anordnungen, welche vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Zeugen mündlich errichtet oder schriftlich übergeben werden, den gerichtlichen letztwilligen Anordnungen gleich zu achten, wenn sie mit Beobachtung der allgemeinen Vorschriften über die Amtsführung der Notare aufgenommen, beziehungsweise entgegengenommen, und hierbei die für die Aufnahme gerichtlicher letztwilliger Anordnungen in den §§ 569, 587 bis 592 und 594—596 *ABGB.* gegebenen Vorschriften und die in den §§ 72 und 73 *AB.* gebotenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind<sup>2)</sup><sup>3)</sup>.

Als allgemeine Regel stellt § 601 den Satz auf, daß die letzte Willenserklärung ungültig ist, wenn der Erblasser eines der im *ABGB.* vorgeschriebenen und nicht ausdrücklich der bloßen Vorsicht überlassenen Erfordernisse nicht beobachtet hat. Mit diesen Worten wird (arg. die Überschrift zu § 601) hervorgehoben, daß die im *ABGB.* bezüglich der Testamente aufgestellten Formvorschriften, soweit sie nicht ausdrücklich als bloße Vorsichtsmaßregeln erklärt sind, Solemnitätsvorschriften sind, deren Nichtbeobachtung das Testament ungültig macht<sup>4)</sup>. Keineswegs

<sup>4)</sup> So auch Unger 6, Anm. 4 auf S. 45; Pfaff und Hofmann, *Kommentar* 2, 111; Polizer, Kann eine Person, über welche wegen Verschwendung die Fortdauer der Vormundschaft verhängt ist, über ihr ganzes Vermögen letztwillig verfügen?, in *Notz.* 1884, Nr. 17; *Stubenrauch* 1, 775; *Krainz* 2, 615; Anders 13; *Fischer-Cobrie*, a. a. O. 7; *Gl.* 575.

<sup>1)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, *Kommentar* 2, 132 ff.; *Stubenrauch* 1, 781 ff.; *Krainz* 2, 624 f.; Anders 14; ferner auch *Safenbacher*, *Materialien zur Reform des bürgerlichen Rechts*, in *Ger. H.* 1905, Nr. 47, 48.

<sup>2)</sup> Über das Recht der Konsuln gewisser Staaten zur Entgegennahme von Testamenten, vgl. die ad § 577 *ABGB.*, in der Manjischen Ausgabe angeführten Staatsverträge.

<sup>3)</sup> Das deutsche *BGB.* kennt nur zwei ordentliche Testamentformen (§ 2231): 1. das öffentliche, vor einem Richter oder vor einem Notar errichtete, das entweder in der Art, daß der Erblasser dem Richter oder dem Notar seinen letzten Willen mündlich erklärt, oder so, daß der Erblasser dem Richter oder dem Notar eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergibt, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte, errichtet werden kann (§§ 2232—2246); und 2. das holographische, vom Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Testament, das auf Verlangen des Erblassers in amtliche Verwahrung zu nehmen ist (§ 2248). Die Formen des holographischen Privat- und des schriftlichen öffentlichen Testamentes stehen Minderjährigen und solchen Personen, die Geschriebenes nicht zu lesen vermögen, nicht zur Verfügung (§§ 2238, Abs. 2 und 2247 d. *BGB.*).

<sup>4)</sup> So schon *Helm*, in *Wagners* 3. 1828, II, 269. Vgl. auch Pfaff und Hofmann, *Kommentar* 2, 207. — Über die Wirkung der Anerkennung eines formwidrigen

darf aus den Worten „Wenn der Erblasser . . .“ gefolgert werden, daß die Nichtbeobachtung einer gesetzlichen Formvorschrift durch die Zeugen oder durch das Gericht, auch wenn sie ein wesentliches Erfordernis der Gültigkeit des Testaments betrifft, der Gültigkeit des Testaments nicht schade<sup>1)</sup>. Anders verhält es sich allerdings bezüglich der meisten der in § 587 dargestellten, lediglich dem Gerichte obliegenden Amtshandlungen (z. B. betreffs der Form der Protokolle, der Versiegelung des letzten Willens)<sup>2)</sup>.

## § 10.

### 1. Die Form der schriftlichen Privattestamente<sup>3)</sup>.

Hier ist zu unterscheiden:

I. Wenn der Testator sein Testament (oder Kodizill) eigenhändig schreibt und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigt (holographes Testament), so bedarf es zur Gültigkeit des Testaments keiner weiteren Form. Die Datierung ist zwar nicht notwendig<sup>4)</sup>, aber zur Vermeidung von Streitigkeiten rätlich (§ 578). Die Siegelung des Testaments ist nicht erforderlich. Zu den Erfordernissen des holographen Testaments<sup>5)</sup> ist zu bemerken:

1. Der Testator muß das Testament eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen<sup>6)</sup>; d. h. der Testator muß seinen Namen am Ende, am Schlusse seiner Willenserklärung<sup>7)</sup> eigenhändig beisetzen (die bloße Beidrückung einer Stampiglie ist nicht hinreichend), sie dadurch perfizieren, abschließen<sup>8)</sup>. Die Anführung des Namens im Eingange oder im Kontexte der Urkunde<sup>9)</sup>, die Beisetzung quer am Rande ist nicht hinreichend.

Testamentes durch denjenigen, dem seine Gültigkeit schaden würde, vgl. weiter oben S. 49 und Note 2 auf S. 49 dieses Bandes; ferner im besonderen schon Sonnenleithner, in Wagners Z. 1826, II, 89.

<sup>1)</sup> Richtig Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 207; Stubenrauch 1, 803 (Note 1); Gl. 10605. Unrichtig Gl. 7079.

<sup>2)</sup> Vgl. hierüber weiter unten die Noten 3, 4, 5, 7 und 8 auf S. 78 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Vgl. Unger 6, 46 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 140—169, 188—198; Stubenrauch 1, 783 ff.; Krainz 2, 625 ff.; Anders 14 f.

<sup>4)</sup> Anders § 2231, Abf. 2 d. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. Roztočil, Mängel des holographen Testaments, in Rotz. 1901, Nr. 1, 2.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 75 ff.

<sup>7)</sup> Vgl. Gl. 3301 (In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Falle hatte der Erblasser eine letztwillige Verfügung (Kodizill) auf die für Mitteilungen bestimmte Rückseite einer Korrespondenzkarte eigenhändig geschrieben und unterschrieben. Später hatte er ohne jeden äußeren oder inneren Zusammenhang mit der Verfügung auf der Rückseite auch auf die Adressseite eine Vermächtnisanordnung geschrieben, aber nicht unterfertigt. Der OGH. erkannte die zweitgenannte Anordnung, weil nicht durch die Unterschrift auf der Rückseite gedeckt, nicht als gültiges Kodizill an).

<sup>8)</sup> Vgl. Prot. I, 347.

<sup>9)</sup> Vgl. Prot. II, 539.

Ist die Namensfertigung des Testators nicht am Schlusse der Urkunde beigesetzt, so sind die weiter nachfolgenden, nicht unterschriebenen Teile des Testaments jedenfalls ungültig, selbst wenn sie mit dem Unterschriebenen innerlich und äußerlich zusammenhängen<sup>1)</sup>. Ob aber der unterschriebene Teil des Testaments gültig ist, ist darnach zu beurteilen, ob er seinem Inhalte nach als eine abgeschlossene, vollständige Disposition anzusehen ist oder nicht<sup>2)</sup>.

2. Da der Testator das Testament eigenhändig mit seinem Namen unterfertigt muß, so ist die Beisetzung eines Handzeichens nicht hinreichend<sup>3)</sup>. Hierbei ist zu beachten, daß Namensfertigungen in hebräischer oder jüdischer Schrift als bloße Handzeichen zu betrachten sind (HfD. v. 19. II. 1846 [JGS. 938])<sup>4)</sup>. Unter „Namen“ versteht das ABGB. in der Regel den Familiennamen, Geschlechtsnamen (vgl. z. B. §§ 92, 146, 182). Es genügt daher zweifellos die Unterfertigung bloß mit dem Familiennamen. Allein auch die Unterfertigung bloß mit dem Vornamen kann genügen, wenn ein Zweifel an der Identität des Testierenden mit dem Erblasser ausgeschlossen ist<sup>5)</sup>.

3. Da der Testator das Testament mit seinem Namen eigenhändig unterfertigen muß, so genügt die Unterfertigung durch einen Dritten nicht, mag sie auch über Auftrag, mit Zustimmung, in Gegenwart des Testators erfolgt sein.

4. Der Testator muß das Testament eigenhändig schreiben. Ist das nur vom Testator unterfertigte Testament nur zum Teile vom Testator eigenhändig geschrieben, so sind die von dritter Hand geschriebenen Anordnungen jedenfalls ungültig. Was aber die Frage der Gültigkeit der eigenhändig geschriebenen Anordnungen anlangt, so meint Unger<sup>6)</sup>, daß diese Frage aus dem Inhalte der Anordnungen zu entscheiden, sonach quaestio facti sei. Hingegen behaupten, und zwar mit Recht, Pfaff und Hofmann<sup>7)</sup>, daß das holographe Testament vom Testator durchaus eigenhändig geschrieben sein müsse, um gültig zu sein<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. Gl. 563.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu insbesondere Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 147; Stubenrauch 1, 784 und Note 1. Vgl. auch Gl. 3301.

<sup>3)</sup> Vgl. Gl. 6337.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Sajó, Hat das Staatsgrundgesetz die beschränkenden Bestimmungen über den Gebrauch der hebräischen Sprache und Schriftzeichen außer Kraft gesetzt?, in Prager jur. Mitt. 1876, S. 158 f.; Pollak, System des österreichischen Zivilprozessrechtes 2, 583 (Note 16), der zu Unrecht behauptet, daß diese beschränkenden Bestimmungen durch Art. I. EZWD. aufgehoben worden sind.

<sup>5)</sup> Vgl. Prot. I, 347: „ . . . daß das Testament mit jener Fertigung versehen sei, deren sich der Erblasser gewöhnlich bedient.“ Vgl. auch Gl. 1211 (letztwillige Anordnungen eines Selbstmörders in einem Briefe an seinen Vater).

<sup>6)</sup> 6, Anm. 6 auf S. 48 f. Vgl. auch Stubenrauch 1, 783 und Note 5; Krainz 2, 625.

<sup>7)</sup> Kommentar 2, 144.

Betreffend die Sprache und die Schriftzeichen der letztwilligen Verfügung, so ist zunächst zu bemerken, daß in hebräischer Sprache oder mit hebräischen oder jüdischen Buchstaben geschriebene Urkunden ungültig sind (H.R.D. v. 22. X. 1814 [J.G.S. 1106])<sup>1)</sup>. Im übrigen ist es für die Gültigkeit der letzten Willenserklärung gleichgültig, in welcher Sprache und in welchen Schriftzeichen das Testament geschrieben ist. Ebenso ist es gleichgültig, auf welchem Stoffe und womit<sup>2)</sup> das Testament geschrieben, und wie seine äußere Erscheinung beschaffen ist<sup>3)</sup>.

II. Für Testamente (und Kodizille), die nicht eigenhändig vom Testator geschrieben sind, schreibt das Gesetz folgende Förmlichkeiten bei sonstiger Ungültigkeit des Testaments vor (§ 579)<sup>4)</sup>:

1. Der Testator muß die Urkunde eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen. Bezüglich des Ortes und der Art der Unterfertigung gilt das sub I hierüber Gesagte. Die Unterfertigung braucht zwar nicht in Gegenwart von Zeugen zu geschehen, sie muß aber anderseits geschehen sein, bevor die Testamentszeugen sich auf der Urkunde unterschreiben<sup>5)</sup>, beziehungsweise bevor der Testator die Urkunde als seinen letzten Willen bestätigt<sup>6)</sup>.

2. Der Testator muß ferner den Aufsatz vor drei fähigen Zeugen, von denen mindestens zwei zugleich gegenwärtig sein sollen, als seinen letzten Willen bestätigen<sup>7)</sup>. Für die Bestätigung (nuncupatio) ist zwar eine be-

<sup>5)</sup> Damit scheint Zeiler, in Pratoberas Mat. 1, 179 („eigenhändige vollständige Abfassung“) übereinzustimmen.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Note 4 auf S. 57 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Ein mit Schreibmaschine hergestelltes Testament ist aber wohl ungültig. So auch Endemann, Deutsches Erbrecht 118; Stubenrauch 1, 784 (Note 3).

<sup>3)</sup> Aus der Judikatur des O.G.H. vgl. G.M. 274 (Gültigkeit eines auf einem schmutzigen, zerknitterten kleinen Zettel geschriebenen letzten Willens); 12364 (Gültigkeit einer auf mehreren losen Blättern geschriebenen und nur auf dem letzten Blatte unterzeichneten letzten Willenserklärung); 12643 (Gültigkeit eines teils mit Tinte, teils mit Bleistift geschriebenen, mit Korrekturen versehenen Testaments); 13887 (Gültigkeit eines auf mehreren losen Blättern geschriebenen und nur auf der letzten Seite unterschriebenen, mehrfach korrigierten und als „Konzept“ bezeichneten Testaments); 15502 (Verweisung der gesetzlichen Erben auf den Rechtsweg gegenüber einem auf einer Wirtskarte eingetragenen Erben); G.M.N. 3301 (Gültigkeit eines auf eine Korrespondenzkarte geschriebenen Kodizilles).

<sup>4)</sup> Zur Geschichte der allographen Testamente vgl. Pfaff und Hofmann, Ergänz. 2, S. 88–100.

<sup>5)</sup> So auch Unger 6, Anm. 4 auf S. 48; Pfaff und Hofmann, Kommentar 1, S. 152, 157; Stubenrauch 1, 785; Anders 15; G.M. 4148; auch die in Note 1 auf S. 60 dieses Bandes exzerpierte E. O.G.H. v. 22. XI. 1910, Rv. I. 926/10, in OStZBl. 29, Nr. 104. U. M. Krausz 2, 629 (der in Note 39 die E. G.M. 16087 unrichtig für seine Meinung zitiert) und G.M.N. 3301, in welcher E. der O.G.H. aussprach, daß zur Gültigkeit eines allographen Testaments nicht erforderlich sei, daß der Erblasser die Urkunde vor der Fertigung durch die Zeugen unterschreibe, und daher ein mit Beobachtung aller im § 579 vorgeschriebenen Förmlichkeiten errichtetes schriftliches Testament, welches der Erblasser erst am Tage nach dessen Fertigung durch die Zeugen unterschrieben hatte, als gültig erklärte.

<sup>6)</sup> Vgl. G.M. 16087. Anders Anders 15.

<sup>7)</sup> Vgl. G.M. 281 und G.M.N. 4787 (Die Tatsache der nuncupatio, wie auch das Gegenteil, kann im Erbrechtsprozesse auf jede in der Z.P.D. vorgesehene Art, also

stimmte Formel nicht vorgeschrieben, sie muß aber durch eine ausdrückliche Erklärung des Testators erfolgen, durch welche vor den Zeugen dem Schriftstücke die Eigenschaft als letzte Willenserklärung beigelegt wird, und die über die Identität des Schriftstückes mit der letzten Willenserklärung keinen Zweifel übrig läßt<sup>1)</sup><sup>2)</sup>. Dazu reicht das bloße Kopfnicken des Erblassers auf eine diesbezügliche, an ihn gerichtete Frage nicht hin<sup>3)</sup>, wohl aber die ausdrückliche Bejahung der an ihn gerichteten Frage, ob die Urkunde seinen letzten Willen enthalte<sup>4)</sup>. Das bloße Stillschweigen des Testators zu der ihm vorgelesenen Urkunde<sup>5)</sup> oder der bloße Umstand, daß der Testator in Gegenwart der Zeugen die Urkunde mit dem Besatze „als Testator“ unterschreibt, reicht nicht hin, die vom Gesetze geforderte Bestätigung zu ersetzen<sup>6)</sup>. Ob aber die Tatsache, daß der Testator die ihm in Gegenwart der Zeugen vorgelesene Urkunde sofort nach der Verlesung in deren Gegenwart unterschreibt, eine dem Gesetze entsprechende Bestätigung der Urkunde als letzter Wille sei, ist streitig. Die Frage ist wohl mit der in der Judikatur des O.G.H. herrschenden Ansicht<sup>7)</sup> zu bejahen<sup>8)</sup>.

nicht bloß durch die eigentlichen Zeugen des letzten Willens, sondern auch durch andere Zeugen des Vorfalles erwiesen werden).

<sup>1)</sup> Es muß, wie der O.G.H. es ausdrückt, bei den Zeugen jeder Zweifel darüber, daß der Aufsatz den letzten Willen des Erblassers enthalte, ausgeschlossen sein. — Vgl. hier z. B. G.M.N. 4475. Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Die Erblasserin hatte den ausdrücklich als Zeugen ihres letzten Willens berufenen und gleichzeitig gegenwärtigen C und D gegenüber ihren Willen unambiguität erklärt, daß die ihnen vorgewiesene, mit der Unterschrift der Erblasserin bereits versehene Urkunde ihren letzten Willen enthalte, worauf diese Zeugen die Urkunde unterfertigten. Am gleichen Tage hatte der eingesezte Erbe B den dritten Zeugen E zur Erblasserin geführt, und ihr befanntgegeben, E sei da, um ihren letzten Willen zu unterschreiben, worauf die auf dem Bette sitzende Erblasserin mit dem Kopfe genickt hatte, was E dahin verstanden hatte, daß sie zustimme. Darauf hatte sich E mit dem eingesezten Erben B in das andere Zimmer begeben, daselbst die auf einem Tische liegende, bereits mit der Namensfertigung der Erblasserin und der Zeugen C und D versehene letztwillige Erklärung der ersteren durchgelesen und seine eigene Namensfertigung beigelegt. Der O.G.H. erklärte im Hinblick auf das bloße Kopfnicken der Erblasserin und mit Rücksicht darauf, daß die Urkunde nicht in dem Zimmer, wo sich die Erblasserin befand, zur Hand lag, sondern erst im Nebenraume dem Zeugen E von einer dritten Person vorgewiesen wurde, das Erfordernis der nuncupatio als nicht erfüllt und demzufolge das Testament für ungültig. — Vgl. hier ferner E. O.G.H. v. 22. XI. 1910, Rv. I. 926/10, in OStZBl. 29 Nr. 104 (Nicht ein gleichlautendes, sondern dasselbe Schriftstück [der „Aufsatz“] muß der Bestätigung des Testators, dies sei sein letzter Wille, allen drei Zeugen gegenüber zugrunde liegen).

<sup>2)</sup> § 107 RedEntw. sagt: Der Erblasser muß . . . „ausdrücklich erklären, daß der Aufsatz seinen letzten Willen enthalte“.

<sup>3)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 155 ff.; G.M. 982; G.M.N. 607, 4475. U. M. Krausz 2, 628. Nach Stubenrauch 1, 786 (Note 1) kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an.

<sup>4)</sup> So auch Stubenrauch 1, 786 (Note 1); Krausz 2, 628 und Note 29; G.M. 306, 428, 478, 562. U. M. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 155.

<sup>5)</sup> Vgl. G.M. 7901.

<sup>6)</sup> So auch Stubenrauch 1, 786 (Note 1); G.M. 93. Anders G.M. 16087.

<sup>7)</sup> Vgl. G.M. 1327, 4778, 15163 („Nachdem bewiesen ist, daß der Aufsatz dem Testator vorgelesen wurde, nachdem die Zeugen mit voller Bestimmtheit bestätigten, daß jenes, was vorgelesen wurde, genau, namentlich auch hinsichtlich der Erb-

3. Endlich sollen auch die drei Zeugen sich entweder inwendig oder von außen, immer aber in Gegenwart des Testators und auf die Urkunde selbst — nicht etwa auf einem Umschlage —, eigenhändig „als Zeugen des letzten Willens“ unterschreiben. Ob sich die Zeugen unter oder neben der Unterschrift des Erblassers unterschreiben oder an irgend einer anderen Stelle der Urkunde, ist gleichgültig. Erforderlich ist aber, daß sich die Zeugen erst unterschreiben, nachdem die Urkunde<sup>1)</sup> vom Testator als sein letzter Wille bestätigt wurde<sup>2)</sup>, ferner daß die Zeugen eigenhändig unterschreiben und nicht etwa von einem Dritten ihre Namen unterschreiben lassen<sup>3)</sup> — weshalb Personen, welche nicht schreiben können, schlechterdings unfähige Zeugen eines schriftlichen Testamentes sind<sup>4)</sup> —, endlich daß die Zeugen sich eigenhändig unterschreiben, weshalb die Beisetzung des Handzeichens statt der Unterschrift, beziehungsweise die bloße Beidrückung einer Stampiglie auch nur durch einen der drei Zeugen das ganze, nicht vom Testator eigenhändig geschriebene Testament ungültig macht<sup>5)</sup>. Die Testamentenzeugen sollen sich weiterhin mit dem Beisatze „als Zeugen des letzten Willens“ unterschreiben. Die Unterschrift der Zeugen ohne jeden Beisatz ist daher jedenfalls dem Gesetze nicht entsprechend<sup>6)</sup>. Ob aber die Unterschrift mit dem bloßen Beisatze „als Zeuge“ hinreichend ist, ist streitig. Die Frage ist wohl im Einklange mit der in der Judikatur des OGH. herrschenden Ansicht<sup>7)</sup> zu bejahen<sup>8)</sup> 9).

einsetzung, mit dem übereinstimmt, was in dem Aufsatze enthalten ist, nachdem ferner bewiesen ist, daß der Testator sofort nach der Verlesung den Aufsatze in Gegenwart aller drei Zeugen eigenhändig unterfertigt hat, kann kein Zweifel bestehen, daß dieser ganze Vorgang zum mindesten ganz vollkommen von jener Rechtswirkung sein muß, wie jene Bestätigung, welche § 579 fordert, und daß daher ein nach § 579 gültiges Testament vorhanden ist“).

<sup>1)</sup> So auch Stubenrauch 1, 786 (Note 1); Krainz 2, 628. Anders Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 155 ff.

<sup>2)</sup> D. h. die Urkunde, welche die Zeugen unterfertigen. Vgl. hierzu O. OGH. v. 22. XI. 1910, Ab. I 926/10, in Öst. Zbl. 29, Nr. 104 (Ungültigkeit eines nur vor zwei Zeugen nunskriptierten Testamentes, das der dritte Zeuge über Auftrag des Erblassers von einem früheren von diesem bereits bestätigten Testamente abgeschrieben und noch vor dessen Fertigung durch den Erblasser als Zeuge unterschrieben hat).

<sup>3)</sup> So auch Krainz 2, 630; OMR. 607.

<sup>4)</sup> So auch Oll. 13 119. Anders Oll. 7079.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 5 auf S. 48; Stubenrauch 1, 786 (Note 4); Krainz 2, 629 (Note 42); Oll. 14303.

<sup>6)</sup> Vgl. Krainz 2, 629 f. (Note 42); Oll. 1188, 1261, 14303.

<sup>7)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 6 auf S. 48 f.; Oll. 15 687. Stubenrauch 1, 786 f. (vgl. auch Note 5) meint, daß es genüge, wenn nach den Umständen kein Anlaß ergeben sei, daran zu zweifeln, daß die Unterschrift in der Absicht abgegeben wurde, als Zeuge des letzten Willens zu fungieren. Nach Krainz 2, 630 ist jeder Beisatz zur Zeugenunterschrift unter Umständen, insbesondere dann, wenn die Zeugenunterschriften unmittelbar unter dem Texte des Testamentes stehen, entbehrlich.

<sup>8)</sup> Vgl. Oll. 2097, 3419, 4148, 7546; OMR. 2210; auch Oll. 12 125.

<sup>9)</sup> So auch Rippel, Erläuterung 4, 114; Fügler, Erbrecht 2, 33 ff.; Stubenrauch 1, 786 f. und Note 5; Krainz 2, 630; ferner Krainzopolski, Die Aenderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches

Die Zeugen brauchen zwar nicht ausdrücklich und förmlich rogiert zu sein<sup>1)</sup>, sie brauchen auch nicht den Inhalt des letzten Willens zu wissen (§ 579)<sup>2)</sup>, aber sie müssen beim Testamentsakte persönlich und zwar in der dem Wunsche des Testators entsprechenden Absicht, als Testamentenzeugen zu fungieren, anwesend sein<sup>3)</sup>. Sie müssen also wissen, daß es sich überhaupt um einen letzten Willen, und auch, um dessen letzten Willen es sich handelt<sup>4)</sup>.

Das Testament muß noch bei Lebzeiten des Testators perfekt geworden sein. Ist der Testator noch während des Aktes der Testamentserrichtung gestorben, z. B. bevor alle drei Zeugen die Urkunde unterschrieben hatten, so liegt ein gültiges Testament nicht vor<sup>5)</sup>. Auch dann liegt ein gültiges Testament nicht vor, wenn der Testator, trotzdem er erweislich ein schriftliches Testament beabsichtigte, vor der Beisetzung seiner Unterschrift verstorben ist.

Für den Fall, daß der Erblasser aus Unkenntnis, aus Schwäche<sup>6)</sup> oder aus einem anderen Grunde nicht schreiben, d. h. seinen Namen unterfertigen<sup>7)</sup>, kann, fordert das Gesetz nebst der Beobachtung der im § 579 vorgeschriebenen Förmlichkeiten, daß der Testator anstatt der Unterschrift sein Handzeichen, und zwar in Gegenwart aller drei Zeugen, eigenhändig beisetze<sup>8)</sup>. Diese Förmlichkeit muß auch beobachtet werden, wenn der Erblasser seine Unterschrift in jüdischer oder hebräischer Schrift beisetzt. Zu beachten ist aber, daß sich die Zeugen unbedingt als Zeugen des letzten Willens unterschreiben müssen; die Unterschrift auch nur eines der drei Zeugen

(Vortrag 3; Wellspacher, Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle 4; Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche 9 f. und Noten 3 und 4; Mahr, Betrachtungen über den Revisionsentwurf 14. N. M. Unger 6, Anm. 6 auf S. 48 f.; Winwartter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 82; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 158 ff.; Anders 15.

<sup>1)</sup> § 107 Rev. Entw. schneidet alle derartigen Zweifel ab, indem er bestimmt: Die Zeugen müssen sich „mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden Zusatze unterschreiben“.

<sup>2)</sup> Vgl. Krainz 2, 626; Oll. 2371, 6621, 6846, 13 978. Vgl. aber auch Stubenrauch 1, 787 f. und Note 1 auf S. 788.

<sup>3)</sup> Vgl. schon Walther, tract. 2, c. 3; Vossius, Legum et consuetudinum Austriacarum cum jure Romano collatio 418.

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 13 auf S. 51; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 154; dies., Exkurs 2, S. 89 ff., 109; Krainz 2, 626; Oll. 4583, 13 978.

<sup>5)</sup> Doch müssen die Zeugen den Erblasser nicht persönlich kennen. So auch Krainz 2, 628; Oll. 1604 (zu dieser O. vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 155 [Note 13]); Oll. 12 024. N. M. Stubenrauch 1, 787 (Note 2).

<sup>6)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 5 auf S. 48; Stubenrauch 1, 787; Krainz 2, 630 und Note 44; Anders 15.

<sup>7)</sup> Vgl. Oll. 478, 549, 14 303.

<sup>8)</sup> Vgl. Oll. 14 303: „Das Gesetz unterscheidet im § 580 nicht, ob dem Erblasser die Schreibkenntnis überhaupt abgehe, oder ob er zur Zeit der Testamentserrichtung aus irgend einem anderen Grunde nicht fähig ist, seinen Namen zu fertigen“.

<sup>9)</sup> Vgl. Oll. 4162, 14 303.



kann also, wie bereits bemerkt wurde, durch sein Handzeichen nicht ersetzt werden. Einer der Zeugen kann, zur bleibenden Konstatierung, wer der Testator sei, den Namen des Testators als Namensunterfertiger beisetzen (§ 580). Eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung des Handzeichens (vgl. § 294 ZPO.) ist zur Gültigkeit der letztwilligen Anordnung nicht erforderlich<sup>1)</sup>. Der § 580 setzt Nichtschreiben können voraus; im Falle des Nichtschreibens ist er unanwendbar<sup>2)</sup>.

Der Testator muß im Falle des § 579 lesen können, muß aber nicht gerade vor den Zeugen das Testament gelesen haben oder sich haben vorlesen lassen<sup>3)</sup>.

Kann der Erblasser, sei es aus Unkenntnis überhaupt oder aus Unkenntnis der Sprache, in der die letzte Willenserklärung niedergeschrieben ist<sup>4)</sup>, oder wegen seines physischen Zustandes, z. B. wegen Blindheit, nicht lesen, so muß er sich den Aufsatz von einem der Testamentszeugen in Gegenwart der anderen zwei Testamentszeugen, die den Inhalt eingesehen haben, vorlesen lassen und bekräftigen, daß dieser Aufsatz seinem Willen gemäß sei<sup>5)</sup>. Da die Vorlesung von einem der Testamentszeugen in Gegenwart der zwei anderen erfolgen muß, so ist das Testament ungültig, wenn erwiesen wird, daß es nicht von einem der darauf erscheinenden Testamentszeugen oder nicht in Gegenwart der zwei anderen Zeugen vorgelesen wurde. Die zwei anderen Testamentszeugen müssen den Inhalt eingesehen, d. h. aus eigener Einsicht sich überzeugt haben, daß die Urkunde genau und vollständig und nur das enthalte, was dem Erblasser vorgelesen und von ihm als sein letzter Wille bekräftigt worden ist<sup>6)</sup>. Doch hat der OGH. in der C. GM. 7536 ausgesprochen: „Wenn in einem konkreten Falle nach

<sup>1)</sup> So auch Hofer, in Notz. 1897, S. 69; F. Mayer, Ist nach § 294 ZPO. die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung des Handzeichens auf der letzten Willenserklärung des Illiteraten nunmehr obligatorisch?, in OstRGZ. 1897, Nr. 23; Kráznopolzki, in OstRGZ. 1897, S. 46; Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 175 f.; Stubenrauch 1, 788 (Note 4); Krainz 2, 629 und Note 40. A. M. Schuster-Bonnot, Österreichisches Zivilprozeßrecht § 51 (Note 6); Was, in Notz. 1899, Nr. 3 und 13. — Doch ist die notarielle oder gerichtliche Beglaubigung des Handzeichens des Illiteraten keineswegs ohne Bedeutung. Ist das Handzeichen beglaubigt, dann ist der Richter gehalten, gemäß § 292 ZPO. das Handzeichen für echt und gemäß § 294 ZPO. den oder dem Handzeichen befindlichen Text als Erklärung des Unterzeichneten anzusehen. Ist hingegen das Handzeichen nicht beglaubigt, so ermanget zwar deshalb der letzte Wille keineswegs aller Beweistauglichkeit; allein der Richter ist in betreff der Frage, von wem die Erklärung herrührt, an keine Beweisregel gebunden, sondern entscheidet diese Frage nach freier Würdigung. So Tilsch, a. a. O. 176 f.

<sup>2)</sup> Vgl. GM. 6337.

<sup>3)</sup> Vgl. GM. 549, 1327, 12 678.

<sup>4)</sup> Vgl. GM. 13 494. Vgl. aber dagegen Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 162; Krainz 2, 629 und Anders 17, nach denen der Aufsatz überhaupt nicht in einer dem Erblasser unbekanntem Sprache verfaßt sein darf.

<sup>5)</sup> Vgl. GMNz. 712 (Es genügt, wenn der Testator bei jedem Absätze des ihm [vom Notar] vorgelesenen Testamentes auf die Frage, ob es ihm so recht sei, mit „ja“ antwortet).

<sup>6)</sup> Vgl. GM. 1888, 4823.

den obwaltenden besonderen Umständen die volle Gemißheit darüber vorhanden ist, daß im Testament der wahre letzte Wille des Erblassers zum Ausdruck gekommen, und der Verdacht einer Fälschung oder Unterschlebung ganz ausgeschlossen ist, kann die nicht ganz genaue Beobachtung dieser Förmlichkeit (scil. der Förmlichkeit des Einsehens des Inhaltes durch die beiden andern Zeugen) für sich allein die Ungültigkeit der letzten Willenserklärung nicht herbeiführen<sup>1)</sup>.“ Die Befräftigung des Testators, daß der vorgelesene Aufsatz seinem Willen gemäß sei, muß vor allen drei gleichzeitig anwesenden Zeugen erfolgen. Im Übrigen müssen sowohl bezüglich der Unterfertigung des Testators, als auch hinsichtlich der Unterschrift der Zeugen die Vorschriften des § 580, beziehungsweise § 579 beobachtet werden<sup>2)</sup>.

Der Schreiber des letzten Willens kann in allen Fällen zugleich Zeuge sein<sup>3)</sup>. Die älteren Vorschriften über die Unfähigkeit der Welt- und Ordenspriester, Schreiber eines letzten Willens zu sein (HfD. v. 4. IX. 1771 und v. 20. V. 1785), bestehen nicht mehr zu Recht<sup>4)</sup>.

## § 11.

### 2. Die Form des mündlichen Privattestamentes (Nuncupativtestament)<sup>5)</sup>.

Das Gesetz (§ 584) gestattet dem Erblasser, welcher die zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Förmlichkeiten nicht beobachten kann oder will, mündlich zu testieren<sup>6)</sup><sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> In diesem Sinne ergingen auch die CC. OGH. v. 2. VIII. 1850, 3. 3329, in OstRGZ. 1852, Nr. 97; GM. 3277, 12 678, 13 133; GMNz. 712. Gegen diese Praxis Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 161 f. (Note 40); Hofer, in Notz. 1897, Nr. 39; Stubenrauch 1, 789 (Note 3).

<sup>2)</sup> Vgl. GM. 1261, 13 133 (Die Unterschrift eines Blinden mit geführter Hand genügt, um dem Erfordernisse der Unterfertigung durch den Testator zu entsprechen).

<sup>3)</sup> § 108 RevEntw. wiederholt diesen Satz, fügt aber hinzu: „... ist aber, wenn der Erblasser nicht lesen kann, von der Vorlesung des Aufsatzes ausgeschlossen.“

<sup>4)</sup> So auch Unger 6, Anm. 2 auf S. 48; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 152 f.; Krainz 2, 626 (Note 7 a); Anders 17; GMNz. 1073.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger 6, 46 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 169 ff.; Stubenrauch 1, 791 ff.; Krainz 2, 632 ff.; Anders 15 f.; ferner Anonymus, in GerH. 1876, Nr. 84. — Zur Geschichte der mündlichen Testamente vgl. Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 109 ff.

<sup>6)</sup> Diese Bestimmung des § 584 ist „eine Selbstverständlichkeit, eine Trivialität“. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 169; Mayer, Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Ginst und jetzt. (CA. aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. 401).

<sup>7)</sup> Auch Stumme und Taubstumme können ihren letzten Willen nicht bloß gerichtlich oder mittels Notariatsaktes, sondern auch im Sinne des § 585 vor Personen, die ihre Zeichenprache verstehen, gültig erklären. So auch Unger 6, Anm. 10 auf S. 50; Stubenrauch 1, 791 (Note 2); Krainz 2, 632 (Note 4); GM. 14 415. Anders Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 172 f.; Anders 15. Über die Privattestamentsformen, die Tauben, Stummen, Blinden und Personen mit konfurrierenden Gebrechen zugebote stehen, vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 175 f.

Der Erblasser, der mündlich testiert, muß vor drei fähigen Zeugen, welche zugleich gegenwärtig und zu bestätigen fähig sein müssen, daß in der Person des Erblassers kein Irrtum oder Betrug obwalte<sup>1)</sup>, ernstlich, d. h. in der Absicht zu testieren<sup>2)</sup>, seinen letzten Willen erklären (§ 585). Der Erblasser „muß seinen letzten Willen erklären“, heißt hier: der Erblasser muß selbst mit eigenem Munde seine letztwillige Anordnung<sup>3)</sup> vor den zugleich anwesenden drei fähigen Zeugen vollständig treffen<sup>4)</sup>. Die drei fähigen Zeugen müssen die letztwillige Anordnung des Testators von ihm vernehmen, sie entgegennehmen<sup>5)</sup>. Dazu genügt aber nicht, daß der Erblasser einen ihm gemachten Vorschlag lediglich bejaht<sup>6)</sup> oder einen vorgelesenen Aufsatz als seinen letzten Willen bestätigt, mag auch der Aufsatz vom Erblasser geschrieben sein<sup>7)</sup>. Derlei Handlungen können die Erklärung des letzten Willens durch den Erblasser selbst nicht vertreten.

<sup>1)</sup> Auch hier gilt bezüglich der Zeugen das oben (S. 61) Gesagte, daß sie nicht ausdrücklich und förmlich rogirt sein, aber beim Testierungsakte persönlich und zwar in der dem Wunsche des Testators entsprechenden Absicht, als Testamentszeugen zu fungieren, anwesend sein, also zwar wissen müssen, daß es sich überhaupt um einen letzten Willen, und auch, um dessen letzten Willen es sich handelt, aber den Erblasser nicht persönlich zu kennen brauchen. Vgl. auch die Note 4 auf S. 61 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 55 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 95 f., 148; Stubenrauch 1, 791 und Note 4; Krausz 2, 616; Oll. 13978 (Erklärungen in einem über den Tisch geführten Gespräche können nicht als mündliche Testamente angesehen werden). — Vgl. auch weiter unten S. 84 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Nicht etwa bloß seine diesbezüglichen Intentionen. Vgl. Oll. 13978. Vgl. auch weiter unten S. 84 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Krausz 2, 632. Vgl. aber auch Oll. 535 und Oll. 386 (Für die Annahme, daß der Erblasser unter allen Umständen vollinhaltlich oder in der Hauptsache seinen Willen mündlich erklären müsse, besteht kein gesetzlicher Anhaltspunkt“).

<sup>5)</sup> Vgl. Oll. 218, 4583 („Es liegt ein mächtiger Unterschied schon darin, ob die Testamentszeugen die Erklärung des Testators nach dessen vorheriger Eröffnung, daß es sich um einen mündlichen letzten Willen dabei handle, entgegennehmen, oder ob sie nur beim Diktieren des gemäß § 579 schriftlich abzufassenden Testamentes gegenwärtig sind, da sie im ersten Falle die wirkliche letztwillige Erklärung mit dem Bewußtsein entgegennehmen, daß dieselbe eben einzig und allein ihrem Gedächtnis anvertraut und von ihnen seinerzeit eidlich zu bekräftigen sein wird, wogegen im letzteren Falle sie wissen, daß alles nur darauf ankommen wird, ob endlich der Erblasser den fertigen Testamentsaufsatz nach den §§ 579 und 580 als seinen letzten Willen anerkennen und unterfertigen wird“), 6846.

<sup>6)</sup> Vgl. Oll. 1600, 13661. — Noch weniger genügt bloßes Nicken des Testators. Vgl. Oll. 4748.

<sup>7)</sup> Vgl. Rittka, in Haimers Mag. 14, 96 f.; Lefisch, im Jurist 11, 181; Unger 6, Anm. 10 auf S. 50; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 170; Stubenrauch 1, 791 f. und Note 1 auf S. 792; Krausz 2, 632; Oll. 1600, 3277. Anders Oll. 7079, 13119 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Die Erblasserin hatte den Aufsatz, der vom Zeugen A. ihr vorgelegt worden war, vom Anfange bis zum Ende durchgesehen und als ihrem Willen gemäß bestätigt. Alsdann hatte sie den Aufsatz dem genannten Zeugen gegeben, und zwar mit dem Bemerkten, daß er den Aufsatz auch den beiden andern Zeugen B. und C. vorzulegen habe. Nach der Verlesung des Aufsatzes hatte die Erblasserin erklärt: es sei so richtig, das sei ihr letzter Wille, sohin den Aufsatz unterzeichnet und die drei Zeugen aufgefordert, den Aufsatz gleichfalls zu unterschreiben, was aber durch einen der Zeugen nicht eigenhändig geschehen war. Der OGH. nahm das Vorliegen eines mündlichen Testamentes

Zur Erleichterung des Gedächtnisses empfiehlt das Gesetz (§ 585), daß die Zeugen entweder gemeinschaftlich oder ein jeder für sich die Erklärung des Erblassers entweder selbst aufzeichnen oder sobald als möglich aufzeichnen lassen (testamentum nuncupativum in scripturam redactum). Doch kann diese Aufzeichnung, auch wenn sie von allen drei Zeugen<sup>1)</sup> unterschrieben ist<sup>2)</sup>, weder als schriftliches Testament angesehen werden, noch auch für sich allein den vollen Beweis über die Errichtung und den Inhalt, „über den Bestand“, einer mündlichen letztwilligen Erklärung herstellen<sup>3)</sup>.

„Eine mündliche letzte Anordnung muß, um rechtskräftig<sup>4)</sup> zu sein, auf Verlangen eines jeden, dem daran gelegen ist, durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drei Zeugen oder, wofern Einer aus ihnen nicht mehr vernommen werden kann, wenigstens der zwei übrigen Zeugen bestätigt werden“ (§ 586 ABGB.<sup>5)</sup>; vgl. auch § 66 AuskretG.). Diese Bestimmung enthält keine Beweisregel<sup>6)</sup>, sondern eine Voraussetzung für die Rechtskraft der mündlichen letzten Anordnung<sup>7)</sup>, ist daher von der

an); Oll. 386 (In dem dieser G. zugrundeliegenden Falle war den Zeugen und dem Erblasser von einem Dritten ein Aufsatz vorgelesen, jede einzelne Bestimmung des Aufsatzes über Befragen vom Erblasser bejaht und über nochmalige Anfrage vom Erblasser betont worden, daß es so richtig sei. Auch hier wurde das Vorliegen eines mündlichen Testamentes angenommen. Teilweise anders (bezüglich des nicht vom Erblasser geschriebenen Aufsatzes) Rippel, Erläuterung 4, 123.

<sup>1)</sup> Und sogar auch vom Erblasser. Vgl. Oll. 15687.

<sup>2)</sup> Mit der Kundmachung eines gehörig verfaßten, von allen Zeugen eigenhändig gefertigten Aufsatzes ist, wie bei einem schriftlichen Testamente, vorzugehen (§ 65 AuskretG.).

<sup>3)</sup> Wohl aber gemäß § 294 ABGB. vollen Beweis darüber, daß die in der Aufzeichnung enthaltene Erklärung von den als Zeugen bezeichneten Personen herrühre. Vgl. Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 177.

<sup>4)</sup> Zur Bedeutung des Wortes „rechtskräftig“, im ABGB. vgl. §§ 55, 1024 ABGB. Vgl. auch Tilsch, a. a. O. 178, Note 315.

<sup>5)</sup> Zur Entstehungsgeschichte des § 586 ABGB. vgl. Tilsch, a. a. O. 179 ff.

<sup>6)</sup> Als Beweisvorschrift wird die Bestimmung des § 586 aufgefaßt von Unger 6, Anm. 13 auf S. 51, Anm. 4 auf S. 236 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 174; Wehli, in Gerh. 1897, 80; Pollak, System des österreichischen Zivilprozeßrechtes 2, 565 (Note 57); Schuster-Bonnott, Österreichisches Zivilprozeßrecht § 48 (Note 3); Liebermann, Beweisregel oder Formvorschrift? Eine zivilrechtliche Untersuchung zum § 586 ABGB., in Gerh. 50, Nr. 52; Krausz 2, 634 f.

<sup>7)</sup> So auch Tilsch, a. a. O. 178 ff.; Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 201; Anders 16; Mayr, Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Ein- und zehnt. (Oll. aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB.) 427; Oll. 3606. Stubenrauch 1, 793 meint: „Die Vorschrift des § 586 hat die Folge, daß der Inhalt der letztwilligen Anordnung durch keine anderen Beweismittel als durch die Aussage der zugezogenen Zeugen bewiesen werden kann. Die Norm des § 586 ist aber keine bloße Beweisvorschrift, sondern regelt als Solennitätsformvorschrift eine Voraussetzung der Rechtsgültigkeit der letztwilligen Verfügung . . .“ In Note 5 heißt es dann weiter: „Die materiellrechtliche Vorschrift des § 586 hat die Wirkung einer negativen Beweisregel, nicht auch einer positiven Beweisregel“. Nach Gisinger, Über die Dauer der Zeugnisfähigkeit bei Testamenten als Folge strafgerichtlicher Verurteilung, in OstZBl. 23, 3 f. (Note 6) enthält § 586 ein doppeltes: einen materiellrechtlichen Kern, sofern er vorschreibt, daß das mündliche Privattestament nur gültig ist, wenn es von den Testamenten-



3PD. unberührt geblieben<sup>1) 2)</sup>). Im einzelnen ist zu der Regel des § 586 folgendes zu bemerken:

a) Die Beeidigung der Testamentszeugen hat niemals von Amtswegen<sup>3)</sup>, sondern nur auf Begehren eines Interessenten<sup>4)</sup> oder, wenn das Gericht für einen Interessenten von Amtswegen zu sorgen hat, unter Umständen auf Begehren eines aufzustellenden Kurators<sup>5)</sup> zu erfolgen (§ 66 AusstreitG.)<sup>6) 7)</sup>.

zeugen übereinstimmend vor Gericht bezeugt wird; und ein prozessrechtliches Moment, indem die Aussagen in der Form des eventuell eidlichen, gerichtlichen Zeugenbeweises, und zwar sei es vor dem Abhandlungsgerichte (in den Formen des §§ 65—67 AusstreitG.) oder im Zuge des Beweisverfahrens- oder regulären zivilprozessualischen Beweisverfahrens (vor dem Prozeßgerichte) erfolgen.

<sup>1)</sup> Hierfür auch R. Pollak, a. a. O.; Schuster-Bonnott, a. a. O.; Krainz, a. a. O. trotz ihrer Auffassung des § 586 mit der insbesondere auf Art. VII, Z. 2 ÖZPD. sich stützenden Begründung, daß es nicht in der Absicht der Prozeßgesetzgebung gelegen war, die sachgemäße Beweisregel des § 586 zu beseitigen. Vgl. auch Kanda, im Prävnik 1898, S. 292. Für die fortdauernde Geltung des § 586 auch Stubenrauch, a. a. O. N. M. jetzt (vgl. die berichtige Erklärung Wehlis bei Stubenrauch 1, 793 [Note 3]) Liebermann, a. a. O.

<sup>2)</sup> Um jeden Zweifel darüber, daß die Vorschrift des § 586 über die „Bestätigung“ der mündlichen letzten Anordnung durch die Aussagen der Testamentszeugen nicht eine Beweisregel, sondern ein gesetzliches Erfordernis der letztwilligen Verfügung bedeute und daher durch § 272 ZPD. nicht aufgehoben sei, auszuschließen, gibt § 110 RevEntw. dem § 586 eine klarere Fassung: nämlich: „Eine mündliche letzte Anordnung muß auf Verlangen eines jeden, dem daran gelegen ist, durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drei Zeugen oder, wofern einer aus ihnen nicht eidlich einvernommen werden kann, wenigstens der zwei übrigen bestätigt werden, widrigenfalls diese Erklärung des letzten Willens unwirksam ist (§ 601).“ Eine Änderung bedeutet in dieser Fassung auch das Wort „eidlich“ vor „vernommen“. Über die Gründe dieser Änderung vgl. den Bericht der juristischen Kommission des Herrenhauses S. 87.

<sup>3)</sup> Vgl. schon — abgesehen von noch früheren Vorschriften — HfD. v. 12. VIII. 1812 (S. 1002). — Von Amtswegen erfolgt nur, wenn nicht ein wie ein schriftliches Testament kundzumachender, von allen Zeugen unterfertigter Aufsat über das mündliche Testament vorliegt, die unbeeidete Abhörnung der Zeugen. Das Gericht hat nämlich in diesem Falle „sämtliche Zeugen von Amtswegen vorzuladen, jeden derselben allein, vorläufig ohne Beeidigung (§ 123), über seinen Namen und Stand, über sein Alter, dann über den Inhalt der letzten Willenserklärung, und die Umstände, von denen die Gültigkeit derselben abhängt, sowie über Zeit und Ort der von dem Erblasser abgegebenen Erklärung zu vernehmen und das angenommene Protokoll kundzumachen“ (§ 65 AusstreitG.). Die Abhörnung — noch weniger natürlich die etwa nachfolgende eidliche Vernehmung — kann nicht von einem als Gerichtskommissar bestellten Notar vorgenommen werden. So auch Krainz 2, 633 (Note 11); Ott, a. a. O. 200; Gl. 10 298. N. M. R., in Notz. 1888, Nr. 27; Balthinester, in Notz. 1888, Nr. 30.

<sup>4)</sup> Diesem Begehren ist stattzugeben, ohne daß der Verlassenschaftsrichter sich in die Prüfung der Frage einzulassen hätte, ob den in Betracht kommenden Aufzeichnungen nicht etwa der Charakter schriftlicher Testamente zukomme. Vgl. Gl. M. R. 4605.

<sup>5)</sup> „Ist kein Gesuch um Beeidigung der Zeugen überreicht worden, jedoch aus dem Inhalte ihrer Aussage die Beteiligung von Personen ersichtlich, für deren Rechte von Amtswegen zu sorgen ist, so hat das Gericht, wenn Gefahr am Verzuge ist, und der Vertreter der gedachten Personen nicht zeitig genug für sie eintreten kann, einen Kurator mit dem Auftrage zu bestellen, im Namen dieser Beteiligten die Beeidigung der Zeugen anzufuchen“ (§ 66 AusstreitG.).

<sup>6)</sup> „Verlangt aber eine Partei dem § 586 des bürgerlichen Gesetzbuches gemäß die eidliche Vernehmung der bei der Errichtung der mündlichen letztwilligen Anordnung zugezogenen Zeugen, so hat der Richter ohne vorläufiges rechtliches Verfahren den

b) Erst und nur die übereinstimmende eidliche Aussage der drei Zeugen, d. h. der drei Testamentszeugen, und nur dieser, oder wofern einer von ihnen nicht mehr vernommen werden kann<sup>1)</sup> (z. B. weil er verschollen, verstorben<sup>2)</sup> oder geisteskrank ist), wenigstens der zwei übrigen Testamentszeugen macht die mündliche letzte Willensäufklärung „rechtskräftig“ und hat Beweiskraft zwischen allen bei dem Nachlasse beteiligten Personen, nicht bloß bezüglich derjenigen, auf deren Verlangen die Beeidigung erfolgte, oder die zur Vernehmung der Zeugen geladen werden. Doch wird dadurch die Bestreitung der Gültigkeit der eidlichen Aussage der Zeugen oder der Gültigkeit der letztwilligen Anordnung durch den Beweis obwaltender, bei der Zeugenvernehmung nicht hervorgekommener Mängel oder entgegenstehender Umstände im rechtlichen Verfahren (im Prozeßwege) nicht ausgeschlossen (§ 67 AusstreitG.)<sup>3)</sup>. Weicht der im Prozeßwege später festgestellte Inhalt der letztwilligen Anordnung von dem gemäß § 586 festgestellten ab, so ist doch der letztere maßgebend<sup>4)</sup>.

c) Weichen die Aussagen der vernommenen Testamentszeugen in wesentlichen Punkten<sup>5)</sup> voneinander ab, verweigert ein vernommener Zeuge beharrlich die Aussage, erklärt er bei der Einvernahme, sich der letzten

Bittsteller, die Zeugen, und wenn es ohne Gefahr am Verzuge geschehen kann, die übrigen Parteien, welche wegen des Erbrechtes zu dem Nachlasse bereits eingeschritten sind, vorzuladen, die Zeugen zu beeidigen, und sohin nach den Vorschriften der Prozeßordnung jeden derselben ohne Gegenwart der übrigen über die allgemeinen Fragepunkte, über den errichteten letzten Willen und die oben (§ 65) erwähnten Umstände zu Protokoll zu vernehmen. Nötigenfalls kann den Zeugen dabei der über den letzten Willen bereits verfertigte Aufsat vorgelesen werden. Auch steht den vorgeladenen Parteien frei, vor oder bei der Tagsetzung Fragen vorzuschlagen, welche der Richter, wenn sie zweckmäßig erscheinen, bei der Vernehmung der Zeugen zu berücksichtigen hat. — Wegen Abhörnung derjenigen Zeugen, welche einem anderen Gerichte unterstehen, hat die Abhandlungsbehörde das Ersuchen dahin zu erlassen.“

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu Ott, a. a. O. 199 ff.

<sup>1)</sup> Diesem Falle ist bei logischer Interpretation des Gesetzes auch jener gleich zu halten, daß der dritte Zeuge zwar vernommen werden, aber ohne Widerspruch mit den beiden andern Zeugen sich nicht an alle einzelnen Umstände erinnern kann. So auch Gl. M. 15 083. Nicht widersprechend Gl. M. 3160. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Falle sagte einer der drei Testamentszeugen aus, daß der Erblasser mit den zwei andern Zeugen darüber gesprochen habe, was einer und der andere Angehörige erhalten solle, daß er auf dieses Verbe nicht geachtet, nichts davon im Gedächtnis behalten habe und nichts davon wisse, daß der Erblasser in der Tat mündlich testiert habe, und welchen Inhalts dessen Verfügungen gewesen seien.

<sup>2)</sup> Vgl. Gl. M. 13 661.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Ott, a. a. O. 201 f.

<sup>4)</sup> Vgl. Gl. M. 2884, 13 661. — Nach Stubenrauch 1, 793 (Note 5); Ott, a. a. O. 200 f. und Gl. M. R. 3240 ist in dem nach § 67 AusstreitG. eingeleiteten Prozesse auch die Wiederholung der Vernehmung der Zeugen des letzten Willens zulässig. Dem ist gewiß beizupflichten. In diesem Falle „unterliegt die Würdigung der bei derartigen Einvernahmen vor und im Prozesse allenfalls sich ergebenden Widersprüche in den Aussagen dem durch sorgfältige Erwägung aller maßgebenden Umstände geleiteten, freien richterlichen Ermessen (§§ 389 II, 272 ZPD).“

<sup>5)</sup> Nicht also bezüglich der geäußerten Worte, über deren Sinn Einmütigkeit unter den Zeugen besteht oder ein Zweifel nicht entstehen kann (so Gl. M. 535, 7491,

Willenanordnung überhaupt<sup>1)</sup> (nicht etwa bloß einzelner Umstände<sup>2)</sup>) nicht mehr zu erinnern, vermag er nicht zu bestätigen, daß der letzte Wille vor allen drei Zeugen erklärt worden ist<sup>3)</sup>, oder können endlich zwei Zeugen nicht mehr vernommen werden, so ist es so anzusehen, als ob der letzte Wille nicht erklärt wäre, als läge keine letzte Willenserklärung vor.

d) Entscheidend für die Feststellung des Inhaltes des Testaments ist nur die Aussage der Testamentszeugen; diese kann nicht durch die Aussage anderer Personen, welche zufällig bei der Errichtung des letzten Willens zugegen waren, oder durch andere Beweismittel ersetzt oder ergänzt werden<sup>4)</sup>. Diese Bestimmung des § 586 ist durch die ZPO. (§ 272) nicht aufgehoben worden<sup>5)</sup>.

Die AC. v. 14. II. 1846 (JGS. 933)<sup>6)</sup> bestimmt, „daß in einem Urteile, wodurch die Ungültigkeit eines schriftlichen Testaments ausgesprochen wird, der Vorbehalt nicht gemacht werden dürfe, dasselbe Testament durch einen anderen Prozeß als mündliches geltend zu machen“. Diese Bestimmung ist rein prozessualer Natur<sup>7)</sup>. Sie besagt nur, daß etwas in einem Urteile, in welchem die Ungültigkeit eines schriftlichen Testaments ausgesprochen wird, nicht enthalten sein darf, nämlich der Vorbehalt, dasselbe Testament durch einen anderen Prozeß als mündliches geltend zu machen. Sie entscheidet aber nicht die Frage, ob ein ungültiges oder nicht zustande gekommenes schriftliches Testament, wenn die Erfordernisse einer mündlichen letzten Willenserklärung vorliegen, durch richterliches Urteil als mündliches Testament aufrecht erhalten werden darf. Diese Frage ist nun gewiß unbedingt zu bejahen, wenn der Testator beide Formen miteinander verbinden wollte und nur den Erfordernissen des mündlichen Testaments entsprochen hat<sup>8)</sup>, oder wenn aus dem Inhalte der Urkunde

8184). Wohl aber liegen Widersprüche in wesentlichen Punkten vor, wenn sich Differenzen ergeben hinsichtlich der Fragen, ob die „Kinder“ oder die „Nachkommen“ des Erblassers eingesetzt worden seien, ob eine fideikommissarische oder eine gemeine Substitution angeordnet wurde, ob eine Auflage angeordnet wurde oder nicht, ob ein Testamentsexekutor ernannt wurde oder nicht (so Oll. 4583) oder, hinsichtlich der Fragen, ob der Erblasser die letztwillige Bestimmung selbst ausgesprochen oder nur die an ihn gerichteten Fragen bejaht habe, wie hoch er den von einem Erben an einen anderen zu zahlenden Übernahmepreis eines Anwesens bemessen habe (so Oll. 13661), oder hinsichtlich der Person des mit einem Legate Bedachten (anders Oll. 15083).

<sup>1)</sup> Vgl. Oll. 3160; Oll. 3606.

<sup>2)</sup> Vgl. Oll. 15083.

<sup>3)</sup> Vgl. Oll. 2371, 3606.

<sup>4)</sup> Vgl. Oll. 4583, 13661; Oll. 2371, 3240, 4783.

<sup>5)</sup> Vgl. weiter oben S. 65 f. und Note 1 auf S. 66 dieses Bandes; ferner Oll. 2371, 3240, 4783.

<sup>6)</sup> Über die Entstehungsgeschichte dieses HfD. vgl. Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 69 ff.

<sup>7)</sup> Vgl. Oll. 3147.

<sup>8)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 12 auf S. 50; Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 68; Oll. 4823.

und der Aussage der Zeugen nicht mit Bestimmtheit hervorgeht, daß der Erblasser geradezu nur ein schriftliches Testament errichten wollte<sup>1)</sup>. Dagegen ist die Frage für den Fall, daß der Testator zweifellos nur ein schriftliches Testament errichten wollte, dessen Erfordernisse nicht vorhanden sind, entschieden zu verneinen<sup>2)</sup>.

## § 12.

### Von der Qualität der Testamentszeugen insbesondere<sup>3)</sup>.

Die Zeugen, welche beim schriftlichen allographen Testamente und beim mündlichen Testamente erfordert werden, müssen fähige Zeugen sein, d. h. soweit die Gültigkeit des Testaments in Frage kommt, fähig sein, Solemnitätszeugen zu sein. Diese Fähigkeit ist von der Fähigkeit zur Beweiszeugenschaft wohl zu unterscheiden. Die Fähigkeit zur Solemnitätszeugenschaft ist nach dem ABGB., die zur Beweiszeugenschaft nach der ZPO. (§ 320) zu beurteilen. Hier wird nur die ersterwähnte Fähigkeit dargestellt. Auf sie haben die Bestimmungen der ZPO. keinen Einfluß<sup>4)</sup>.

Die Fähigkeit zur Solemnitätszeugenschaft muß im Zeitpunkte der Testamentserrichtung vorhanden sein. Eine später erlangte Fähigkeit ist für das bereits errichtete Testament ohne Bedeutung. Von diesem Satze enthält § 2 Kaißv. v. 6. I. 1860 (RGBl. 9) eine singuläre Ausnahme<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> So auch Oll. 44, 1627, 3147, 6287, 13119, 15687, 16087.

<sup>2)</sup> So auch Swoboda, Erörterung praktischer Rechtsfragen 68 f.; Unger 6, Anm. 12 auf S. 50; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 139, 171 f.; dieß., Exkurse 2, 68 ff. Dagegen meint Stubenrauch 1, 791 f., daß die Frage, ob ein wegen Formgebrechen ungültiges schriftliches Testament als mündliches aufrecht erhalten werden könne, lediglich unter dem Gesichtspunkte, ob animus testandi vorlag oder nicht, beurteilt und im einzelnen Falle entschieden werden könne (vgl. die nähere Ausführung dieses Standpunktes in Note 1 auf S. 792). Ebenso vertritt Krainz 2, 632 f. die Ansicht, daß schlechthin ein Testament, dem die Förmlichkeiten eines schriftlichen Testaments abgehen, als mündliches aufrecht zu erhalten ist, wenn wenigstens die Voraussetzungen des letzteren vorhanden sind. Diese Ansicht wird auch in zahlreichen Oll. des OGH. ausgesprochen. Vgl. Oll. 367, 1627, 2322, 4025, 6287, 7079, 7145, 8184; Oll. 2371. Hingegen ist der OGH. in der Oll. 2581 zu der richtigen Ansicht, die er auch schon in der Oll. 4583 vertreten hatte, übergegangen.

<sup>3)</sup> Vgl. Unger 6, 47 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 188 ff.; Stubenrauch 1, 796 ff.; Krainz 2, 626 ff.; Anders 16 f. — Vgl. hier auch über die Ausschließungsgründe der bei der Errichtung eines öffentlichen Testaments mitwirkenden Personen nach deutschem Recht §§ 2234—2237 d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. Oll. 588 (Auch der Richter ist nicht berechtigt, an Stelle der materiellrechtlichen Bestimmungen des ABGB. über die Fähigkeit zur Testamentszeugenschaft und im Widerspruche mit diesen seine anders geartete persönliche Überzeugung zu setzen und auf diese Weise Rechtsakten, denen das Gesetz die Gültigkeit verweigert, Wirksamkeit und Geltung zu gewähren).

<sup>5)</sup> § 2 zit. Kaißv. bestimmt nämlich: „Die vorstehende Bestimmung (scil. daß § 593 ABGB. außer Kraft gesetzt wird, und daher auch solche Personen, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen, den letzten Willen eines Christen gültig bezeugen können) hat auch auf bereits errichtete schriftliche oder mündliche letzte Willenserklärungen eines Christen, wobei Zeugen zugezogen wurden, welche sich nicht zur christlichen Religion bekennen, Anwendung zu finden, wenn der Erblasser nicht schon vor dem Tage der Kundmachung dieser Verordnung (10. I. 1860) gestorben ist.“

Die Unfähigkeit ist entweder eine absolute, d. h. eine Unfähigkeit bezüglich des ganzen Testaments, oder eine relative, d. h. eine Unfähigkeit nur bezüglich einzelner Anordnungen.

I. Absolut unfähig zum Testamentszeugnisse, d. h. unfähig mit der Wirkung, daß das ganze Testament, zu dessen Gültigkeit Testamentszeugen erforderlich sind, ungültig ist, wenn auch nur einer der drei Testamentszeugen im Zeitpunkte der Testamentserrichtung zu einer der nachbenannten Kategorien gehört, sind die in den §§ 591 und 592 taxativ<sup>1)</sup> aufgezählten Personen, nämlich:

1. die Mitglieder eines geistlichen Ordens<sup>2)</sup>. Säkularisierte Ordensgeistliche sind aber taugliche Testamentszeugen (Hfd. v. 20. V. 1785 [JGS. 433]).

2. Jünglinge unter achtzehn Jahren;

3. Frauenspersonen<sup>3)</sup>;

4. Sinnlose. Unter Sinnlosen sind Personen zu verstehen, „welche vermöge ihrer Geistesbeschaffenheit Begebenheiten der Außenwelt nicht richtig wahrzunehmen, in der Erinnerung zu behalten, zu reproduzieren vermögen, wenn sie auch völligem Blödsinn nicht verfallen sind“<sup>4)</sup>. Daß diese Personen als geisteskrank gerichtlich erklärt sind, verlangt das Gesetz nicht<sup>5)</sup>.

5. Blinde;

6. Taube;

7. Stumme;

8. diejenigen, welche die Sprache des Erblassers nicht verstehen. Als solche sind anzusehen<sup>6)</sup>: bei einem mündlichen Testamente und bei einem schriftlichen Testamente einer Person, die nicht lesen kann (§ 581), jene Personen, welche die Sprache, in der der letzte Wille erklärt, beziehungsweise verfaßt ist, nicht verstehen; in den sonstigen Fällen eines allographen Testamentes (§§ 579, 580) jene Personen, welche die Sprache, in der der Erblasser den Aufsat als seinen letzten Willen bestätigt, nicht verstehen.

9. Personen, welche wegen Verbrechen des Truges oder eines anderen

<sup>1)</sup> Da eine taxative Aufzählung vorliegt, sind gerichtlich erklärte Verschwender fähige Testamentszeugen.

<sup>2)</sup> § 110 RevEntw. beseitigt die Zeugnisunfähigkeit der Mitglieder eines geistlichen Ordens.

<sup>3)</sup> Bezüglich der Unfähigkeit der Frauen zur Testamentszeugenschaft vgl. Vossius, Legum et consuetudinum Austriacum cum jure Romano collatio 417 f. — § 110 RevEntw., im Zusammenhange mit § 5 RevEntw., beseitigt die Zeugnisunfähigkeit der Frauenspersonen über 18 Jahren.

<sup>4)</sup> So OMMZ 2581.

<sup>5)</sup> So auch OMMZ. 2581.

<sup>6)</sup> Vgl. hiezu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 190 und Note 9; Stubenrauch 1, 798.

Verbrechens<sup>1)</sup> aus Gewinnsucht<sup>2)</sup> verurteilt worden sind<sup>3)</sup>. Diese Bestimmung des § 592 ist durch die Strafgesetznovelle v. 15. XI. 1867 (RGBl. 131) auch bezüglich der durch ein Zivilstrafgericht Verurteilten jedenfalls nicht ausdrücklich aufgehoben worden. Streitig ist aber, ob sie dahin modifiziert ist, daß die Unfähigkeit zum Testamentszeugnis aus dem Grunde des § 592 nicht mehr eine immerwährende ist, sondern nach Ablauf der in § 6 der Strafgesetznovelle bestimmten Zeit von zehn, beziehungsweise fünf Jahren erlischt, so daß der aus dem Grunde des § 592 Unfähige zum Testamentszeugnisse wieder fähig ist, wenn die im zitierten § 6 bestimmte Zeit im Zeitpunkte der Errichtung des Testamentes schon abgelaufen war. Für diese Ansicht haben sich die meisten Autoren<sup>4)</sup> erklärt<sup>5)</sup>. Nach richtiger Auffassung ist aber die Unfähigkeit zum Testamentszeugnisse aus dem Grunde des § 592 eine immerwährende, § 592 also durch die Strafgesetznovelle überhaupt nicht berührt worden<sup>6)</sup>. Denn die Novelle wollte nur die den Verurteilten selbst betreffenden nachteiligen Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung zeitlich beschränken<sup>7)</sup> — „den Verurteilten selbst soll die einstige Verurteilung nicht hindern; sie soll ihm nicht ewig als lästige Fessel anhaften“<sup>8)</sup> — keineswegs aber die in erster Linie unter dem Gesichtspunkte des Schutzes Dritter, der Allgemeinheit eingeführten Straffolgen mildern. Zu den Straffolgen der letzteren Art gehört aber gewiß die an bestimmt qualifizierte strafgerichtliche Verurteilungen geknüpfte Herabminderung der Glaubwürdigkeit des Verurteilten und vor allem die Norm des § 592, der nicht so sehr dem Verurteilten einen Nachteil zu-

<sup>1)</sup> Nicht auch wegen eines Vergehens oder einer Übertretung. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 191 f.; Stubenrauch 798 (Note 1); Krainz 2, 627 (Note 11); Anders 16.

<sup>2)</sup> Das ist ein jedes Verbrechen, wenn es im konkreten Falle erweislich aus Gewinnsucht begangen wurde. „Es entscheidet das Motiv des Verbrechensfalles, nicht das der Verbrechenart.“ So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 191; Stubenrauch 1, 798 (Note 1); Eisinger, Über die Dauer der Zeugnisunfähigkeit bei Testamenten als Folge strafgerichtlicher Verurteilung, in OstZBl. 23, 1 (Note 3).

<sup>3)</sup> § 111 RevEntw. hebt diese Bestimmung des § 592 ABGB. auf.

<sup>4)</sup> So z. B. Harum, in OstZBl. 1868, Nr. 10 und 11; Pražák, Slovo k vykladu §§ 5 az 7 zákona ze dne 15. XI. 1867, im Právník, 1870, Heft 12; Schiffner, Systematisches Lehrbuch 1, 166 ff.; Unger 6, Anm. 16 zu § 10; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 192; Burdhard, System 1, 33 (Note 6); Stubenrauch 1, 798 (Note 1); Krainz 2, 627; Garfein, Nochmals über die Dauer der Zeugnisunfähigkeit bei Testamenten als Folge strafgerichtlicher Verurteilung, in OstZBl. 23, 278 ff.; Anders 16.

<sup>5)</sup> So auch OMM. 4159

<sup>6)</sup> So auch Brandhuber von Etichfeld, Delikt und Erbrecht 23 ff.; Tili, Prawo prywatne Austriackie 2, 86 (Note 8); Eisinger, Über die Dauer der Zeugnisunfähigkeit bei Testamenten als Folge strafgerichtlicher Verurteilung, in OstZBl. 23, 1 ff.; Zeller, Noch ein Wort über § 592 ABGB., in OstZBl. 23, 284 ff.

<sup>7)</sup> Vgl. OMMZ. 3631.

<sup>8)</sup> Vgl. OMMZ. 2763.

fügen, als vielmehr die Klassizität der Testamentszeugen sichern will<sup>1)</sup>. Diese Meinung vertritt nunmehr auch der OGH.<sup>2)</sup>

§ 593, der jene, die sich nicht zur christlichen Religion bekennen, hinsichtlich des letzten Willens eines Christen für absolut unfähig zur Testamentszeugenschaft erklärte, ist durch die KaisB. v. 6. I. 1860 (RWB. 9) aufgehoben worden.

II. Relativ, d. h. nur rücksichtlich einzelner Anordnungen, zum Testamentszeugnisse unfähig sind: der Erbe oder Legatar rücksichtlich des ihm zugedachten Nachlasses (Erbteils oder Legats); ferner gewisse Personen, welche zu dem betreffenden Erben oder Legatar in einem bestimmten Verhältnis stehen — das Verhältnis zum Erblasser und das Verhältnis der Zeugen untereinander ist ohne Bedeutung<sup>3)</sup> —, nämlich dessen, d. h. des betreffenden Erben oder Legatars, Gatte (auch der geschiedene<sup>4)</sup>), Eltern<sup>5)</sup>, Kinder<sup>6)</sup>, Geschwister oder in eben dem Grade, d. i. in auf- oder absteigender Linie ersten Grades oder im zweiten Grade der zweiten Linie, verschwägte Personen; endlich die besoldeten Hausgenossen des Erben oder Legatars, d. h. diejenigen Personen, die gegen eine in Geld oder anderen Vermögensvorteilen bestehende Entlohnung im Dienste des Erben oder Legatars stehen<sup>7)</sup> und zugleich mit ihrem Dienstgeber wohnen, d. h. in gemeinsamen Haushalte leben, die Wohnung im Haushalte ihres Dienstgebers genießen<sup>8)</sup> (§ 594).

<sup>1)</sup> Vgl. Geller, a. a. O. 286.

<sup>2)</sup> Vgl. Oll. 10024, 11477; OMMZ. 2763, 3631; E. OGH. v. 25. I. 1911, Rv. I 16/11, in ZBl. 29, Nr. 254. — OMMZ. 2763 betont insbesondere noch (mit Recht), daß es gleichgültig ist, ob der Erblasser von der Beurteilung des Zeugen Kenntnis hatte oder nicht. — Über die verwandte Frage nach dem Einfluß der Strafgesetznovelle auf die Zeugnisunfähigkeit nach § 140, lit. b A.G.D. vgl. Oll. 5390 (ZubB. 89).

<sup>3)</sup> Vgl. Stubenrauch 1, 799 (Note 1); Krauz 2, 627 (Note 23); Anders 17; OMMZ. 3937.

<sup>4)</sup> So auch Stubenrauch 1, 798; Krauz 2, 627 (Note 19).

<sup>5)</sup> Nicht Ascendenten überhaupt (übereinstimmend Oll. 13120; a. M. Stubenrauch 1, 798; Krauz 2, 627 [Note 20]; Anders 16); wohl aber auch Wahl- eltern und uneheliche Eltern (so auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 193; Stubenrauch 1, 799; Krauz 2, 627 [Note 20]).

<sup>6)</sup> Nicht Delendenten überhaupt (a. M. Stubenrauch 1, 798; Krauz 2, 627 [Note 20]; Anders 16); wohl aber auch Wahlkinder und uneheliche Kinder (so auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 193; Stubenrauch 1, 799; Krauz 2, 627 [Note 20]).

<sup>7)</sup> Ohne Rücksicht auf die Eigenschaft, in welcher sie ihre Dienste leisten. Vgl. OMMZ. 2028 (Im konkreten Falle handelte es sich um „provisorische Tagelöhner“, die als unfähige Testamentszeugen erklärt wurden).

<sup>8)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 193 ff.; Stubenrauch 1, 799 und Note 1; Krauz 2, 627 (Note 22); Anders 17; OMMZ. 2028. Vgl. auch Oll. 4453 (Bedienstete des Erben, welche in einem ihm gehörigen Hause, in dem sich auch seine Werkstatt befindet, nicht aber in seinem Wohnhause wohnen, sind nicht Hausgenossen im Sinne des § 594), 14268 (Ein landwirtschaftlicher Hilfsarbeiter, der im Stalle, also nicht im Wohnhause, des Erben schläft und mit dem Gefinde und nur höchst ausnahmsweise mit dem Dienstgeber mahlzeitet, ist kein Haus-

Die relative Unfähigkeit der im § 594 bezeichneten Personen zum Testamentszeugnisse bewirkt, daß die Beziehung einer von ihnen zwar nicht das ganze Testament, wohl aber die zugunsten des betreffenden Erben oder Legatars getroffene Verfügung ungültig macht<sup>1)</sup>. Doch kann diese Verfügung dadurch aufrecht erhalten werden, daß sie vom Testator eigenhändig geschrieben oder durch drei von den gedachten Personen verschiedene fähige Zeugen (§§ 579, 585) bestätigt wird, wozu es genügt, daß der letzte Wille überhaupt noch von drei von den gedachten Personen verschiedene fähige Zeugen bestätigt (unterschrieben) wird<sup>2)</sup>.

§ 595 bestimmt: Wenn der Erblasser demjenigen, welcher den letzten Willen schreibt, oder dessen Ehegatten, Kindern, Eltern, Geschwistern oder in eben dem Grade verschwägerten Personen<sup>3)</sup> einen Nachlaß bestimmt, so muß die Anordnung auf die in § 594 erwähnte Art, also entweder dadurch, daß sie vom Erblasser eigenhändig geschrieben oder dadurch, daß sie durch drei von dem Schreiber des Testaments verschiedene fähige Zeugen bestätigt wird, außer Zweifel gesetzt sein. Von jeher war es nun zweifelhaft, welche Bedeutung § 595 neben § 594 habe. Vielfach<sup>4)</sup> wird, wenn die betreffende Verfügung nicht vom Testator eigenhändig geschrieben ist, die Unterfertigung des Testaments durch drei vom Schreiber des Testaments verschiedene, fähige Zeugen als hinreichend betrachtet, um die zugunsten des Schreibers des Testaments oder der im § 595 bezeichneten Angehörigen desselben getroffene Anordnung außer Zweifel zu setzen, d. h. aufrecht zu erhalten. Durch diese Auslegung wird allerdings § 595 sachlich überflüssig, weil

genosse im Sinne des § 594; OMMZ. 3937 (Hausgenossen des Erblassers und der Erben, die von dem ersteren besoldet werden, sind auch dann keine unfähigen Testamentszeugen, wenn der Erbe in der letzten Zeit der dem Tode des Erblassers vorangegangenen Krankheit vorzugsweise die Wirtschaftsführung besorgte und daher auch im Namen des Erblassers die Löhnungen ausbezahlte), 4157 (Es genügt — insbesondere in der Großstadt — nicht die Gemeinschaft des Hauses, sondern nur die der Wohnung und des Herdes. Daher ist der Hausmeister des Hauses, in dem auch der honorierte Hauseigentümer wohnt, kein unfähiger Testamentszeuge).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 195 f.; dief., Erfurte 2, 128.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Zetisch, im Jurist 11, 182 (gegen Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 100), der richtig ausführt, daß wenn ein Testament von vier Zeugen unterschrieben ist, jeder Zeuge im Testament gültig bedacht sein kann; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 196; dief., Erfurte 2, 128; Stubenrauch 1, 799 und Note 3; Anders 17. — Vgl. hier auch E. OGH. v. 26. V. 1863, 3. 3623 (ZubB. 55): Zur Gültigkeit einer Verfügung zugunsten der in den §§ 594 und 595 genannten Personen ist nur erforderlich, daß drei von diesen verschiedenen Personen den letzten Willen unterfertigen, nicht aber, daß sie den Inhalt der Verfügung vom Erblasser mündlich bekräftigen hörten.

<sup>3)</sup> Man muß wohl aus § 594 hinzufügen: oder einer Person, deren besoldeter Hausgenosse der Schreiber ist. So auch Unger 6, Anm. 19 auf S. 52; Krauz 2, 649, die beide ein Redaktionsversehen annehmen. Dagegen nehmen Pfaff und Hofmann, Erfurte 2, 129 f.; Anders 17 eine absichtliche Auslassung an.

<sup>4)</sup> So u. a. auch von Unger 6, Anm. 19 auf S. 52; Krauz 2, 650; E. OGH. v. 26. V. 1863, 3. 3623 (ZurB. 55).



dessen Anordnung schon in § 594 enthalten ist<sup>1)</sup>. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, wird nun von Pfaff und Hofmann<sup>2)</sup> im Falle des § 595 eine spezielle Bestätigung der fraglichen Anordnung, wenn sie nicht vom Testator eigenhändig geschrieben ist, durch drei vom Schreiber des Testamentes verschiedene Zeugen verlangt. Diese Ansicht widerspricht aber dem Wortlaute des § 595<sup>3)</sup> und ist deshalb abzulehnen.

## § 13.

**Die begünstigten letztwilligen Anordnungen<sup>4)</sup>.**

Die Erleichterungen, welche das Gesetz den unter gewissen Verhältnissen errichteten letzten Anordnungen (Testamenten und Kodizillen, nicht Erbverträgen) gewährt, beziehen sich teils auf die Zahl, teils auf die Qualität der erforderlichen Zeugen, teils endlich auf das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit der Zeugen.

Wenn nämlich eine letztwillige Anordnung errichtet wird:

a) auf der Schifffahrt oder

b) an Orten, wo die Pest oder ähnliche ansteckende Seuchen, zu denen nach der konstanten Praxis auch eine Choleraepidemie gerechnet wird<sup>5)</sup>, herrschen, so sind auch Mitglieder eines geistlichen Ordens, Frauenpersonen und Jünglinge, die das vierzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, fähige Zeugen (§ 597<sup>6)</sup>). Es genügen ferner zwei Zeugen, von denen einer das Testament schreiben kann. Bei Gefahr einer Ansteckung durch den Testator<sup>7)</sup> ist auch nicht nötig, daß beide Zeugen zugleich gegenwärtig sind (§ 598).

<sup>1)</sup> Wie schon Zeiller, Kommentar 2, 483 anerkennt. Vgl. auch Unger 6, Anm. 19 auf S. 52; Krauz 2, 640 („Nur dies Selbstverständliche will § 595 in Erinnerung bringen“). — Manche ältere österreichische Schriftsteller (vgl. Schuster, in Wagner's Z. 1828, II, 198; Helm, in Wagner's Z. 1828, II, 266 f.) finden die Bedeutung des § 595 darin, daß durch ihn nur der Zweifel, ob nicht in diesem Falle noch größere Vorrichtungen erforderlich sind, abgebrochen wird.

<sup>2)</sup> Kommentar 2, 197 f.; Exkurs 2, 123 ff. Der von Pfaff und Hofmann vertretene Ansicht schließen sich an Stubenrauch 1, 799 (Note 4); Anders 17.

<sup>3)</sup> Vgl. auch Krauz 2, 640 (Note 10).

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, 56; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 200 ff.; Stubenrauch 1, 800 ff.; Krauz 2, 635 f.; Anders 18 f. — Das d. BGB. kennt drei außerordentliche Testamentsformen: 1. das Dorf testament (§ 2249) (Testament vor dem Gemeindevorsteher bei Gefahr am Verzug); 2. das Testament in abgesperrten Orten (§ 2250) (Testament in der sub. 1 erwähnten Form oder durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen); 3. das Seetestament (§ 2251) (Testament durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen). Zu diesen drei privilegierten Formen tritt noch das im MilitärG. zugelassene Militärtestament.

<sup>5)</sup> Vgl. GlM. 367, 718.

<sup>6)</sup> § 112 RevEntw. ändert im Zusammenhange mit der durch § 110 RevEntw. erfolgten Änderung des § 591 ABGB. den § 597 ABGB dahin ab, daß letzterer Paragraph so lauten hat: „Bei letzten Anordnungen, welche auf Schifffahrten und in Orten, wo die Pest oder ähnliche ansteckende Seuchen herrschen, errichtet werden, sind auch Personen, die das vierzehnte Jahr zurückgelegt haben, gültige Zeugen.“

<sup>7)</sup> Vgl. GlM. 367.

Hierzu ist zu bemerken:

ad a) Unter „Schifffahrt“ verstanden die Verfasser des ABGB. zweifellos nur Seereisen, und auf diesen Fall ist denn auch die Bestimmung des § 597 zu beschränken<sup>1)</sup>. Pfaff und Hofmann<sup>2)</sup> behaupten allerdings, daß der Ausdruck „Schifffahrt“ eine absolute Einschränkung auf Seereisen nicht rechtfertige. Nur dürfe man über diesen (vom Gesetzgeber einzig gedachten) Fall nur dann hinausgehen, wenn in concreto dargetan wird, daß ein Bedürfnis, gerade jetzt zu testieren, vorlag, und dem Testator das Verlassen des Schiffes unmöglich oder doch erschwert war. Aber auch trotz dieser Einschränkung ist wohl die von Pfaff und Hofmann vertretene Ansicht mit der Entwicklungsgeschichte und der ratio des § 597 nicht in Einklang zu bringen. Gegen sie spricht nun auch die Bestimmung über Militärtestamente (vgl. die Worte: „zur See auf einem Kriegsschiffe“.<sup>3)</sup>)

ad b) Unter „Ort“ ist im § 597 zunächst die „Ortschaft“ (Stadt, Markt, Dorf) zu verstehen. Genügend ist also, daß die „ansteckende Seuche“ in der betreffenden Ortschaft herrscht; keineswegs ist erforderlich, daß sie im Hause des betreffenden Testators herrsche oder daß dieser selbst daran erkrankt sei<sup>4)</sup>. Andererseits ist aber unter „Ort“ im § 597 auch ein abgeschlossener Raum (Spital, Wohnhaus) zu verstehen.

Selbstverständlich reicht nicht jede ansteckende Krankheit des Testators hin. Es muß eine Schrecken verbreitende<sup>5)</sup> Epidemie<sup>6)</sup> vorhanden sein.

Sechs Monate nach geendigter Schifffahrt oder Seuche<sup>7)</sup> verlieren die in begünstigter Form errichteten letzten Willenserklärungen ihre Kraft (§ 599<sup>8)</sup>).

<sup>1)</sup> So auch Krauz 2, 635. Unklar Stubenrauch 1, 801 (Note 1).

<sup>2)</sup> Kommentar 2, 202. Übereinstimmend Anders 18.

<sup>3)</sup> Vgl. Beilage 3 der mit ZB. v. 2. VI. 1886, Prf. Nr. 2839 hinausgegebenen 2. Auflage des 1. Teils des Dienstreglements für das k. und k. Heer vom Jahre 1873 (zitiert weiter unten S. 76 f.).

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 1 auf S. 53; Krauz 2, 635; Anders 18.

<sup>5)</sup> Vgl. GlM. 367, 718 (Die Cholera ist eine pestähnliche Seuche).

<sup>6)</sup> Die ansteckende Krankheit muß auch durch ihr allgemeines Umsichgreifen der Pest ähneln. Daher rechtfertigt die Erkrankung des Testators an schwarzen Blattern (GlM. 9718), an florider Lungen- und Kehlkopf tuberkulose (GlM. 3657) oder an Typhus (E. OGH. v. 2. III. 1910, Rv. V. 179/10, in ÖstZBl. 28, Nr. 494) an sich nicht die privilegierte Testamentsform. Aus der Begründung der E. GlM. 3657 vgl. folgende Stelle: „... daß die, wenn auch ansteckende und gehäuft auftretende Tuberkulose zu den pestähnlichen ansteckenden Krankheiten nicht zu zählen sei. Sie ist keine die Bevölkerung überfallende Epidemie, im Gegenteil endemisch fast auf der ganzen Erde. Ihr Verlauf ist fast immer ein schleichernd, sie zieht sich durch Monate und Jahre hin; dieser Charakter nimmt der Krankheit den vom Gesetze vorausgesetzten, verheerenden Schrecken. Sie wird allgemein als eine dauernde Volkskrankheit angesehen, mit deren Bestand der Verkehr sich vollkommen abgefunden hat.“

<sup>7)</sup> Vgl. zu der Frage, wenn die Schifffahrt, beziehungsweise Seuche als beendet anzusehen ist, Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 204.

<sup>8)</sup> Über die zeitliche Begrenzung der Wirksamkeit der privilegierten Testamente des d. BGB. vgl. § 2252 d. BGB.



Zu den begünstigten letzten Anordnungen gehören auch:

a) die in den Kontumazanstalten von erkrankten Kontumazisten errichteten letztwilligen Anordnungen. Diese können, insofern die Landesgesetze es gestatten, ohne die sonst erforderlichen Förmlichkeiten errichtet werden. Es kommt nur auf den Beweis der Ernstlichkeit, der Freiheit und des Inhaltes der letzten Willenserklärung an (vgl. § 71 d. durch HKzD. v. 30. VI. 1837 [PolGE. 65. Bd.] kundgemachten PestPD.; ferner § 45 SanNorm. v. 2. I. 1770)<sup>1)</sup>.

b) die Militärtestamente (§ 600), und zwar sowohl die im Frieden, als auch die während eines Feldzuges errichteten, mit allerdings verschieden abgestufter Begünstigung: Beilage 3 der mit ZB. v. 2. VI. 1886, Prf. Nr. 2839 hinausgegebenen 2. Auflage des ersten Teiles des Dienstreglements für das k. u. k. Heer v. Jahre 1873 bestimmt nämlich: „Jeder aktiven oder in der Versorgung eines Invalidenhauses stehenden Person des Soldatenstandes kommt das Recht zu, die letztwillige Anordnung über ihr Vermögen mit minderen Förmlichkeiten zu errichten, als jene sind, welche die Zivilgesetze vorschreiben. Zur Gültigkeit der schriftlichen letzten Willenserklärung, welche eine Militärperson nicht selbst geschrieben und unterschrieben hat, genügt ihre Fertigung und die Unterschrift von zwei Zeugen, die zugleich gegenwärtig sein sollen, und von denen einer der Schreiber des letzten Willens sein kann. Bei einer mündlichen letztwilligen Verfügung ist die Gegenwart von zwei Zeugen, die zugleich gegenwärtig sein müssen und den Erblasser von Person kannten, hinreichend. Nur während eines Feldzuges und auf in Dienst gestellten Schiffen sowohl in Kriegs-, wie in Friedenszeiten ist weder bei einem schriftlichen noch bei einem mündlichen Testamente die gleichzeitige Anwesenheit der Zeugen zur Gültigkeit notwendig, wenn es nur sonst dem letzten Willen nicht an rechtlicher Gewißheit fehlt. Bei letztwilligen Anordnungen der Militärpersonen sind auch Mitglieder eines geistlichen Ordens, Frauenspersonen und Jünglinge, die das vierzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, gültige Zeugen. Alle diese Vorrechte genießen übrigens auch jene Militärpersonen, welche nicht zum Soldatenstande gehören, wenn sie während eines Feldzuges bei der Armee oder im Kriege wie im Frieden zur See auf einem Kriegsschiffe in dienstlicher Verwendung stehen. Die Gültigkeit eines begünstigten Testamentes erlischt jedoch a) bei allen letztgenannten Personen sechs Monate nach kundgemachtem Frieden oder ihrer Ausschiffung und ebenso nach sechs Monaten, wenn sie während des Krieges für ihre Person in friedliche Verhältnisse getreten sind; b) bei allen Militärpersonen

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 204 f.; Stubenrauch 1, 801 (Note 2).

ohne Ausnahme sechs Monate nach ihrem Austritte aus der aktiven Dienstleistung; endlich c) gleichfalls ohne Unterschied der Personen nach einer strafweisen Entlassung und zwar unmittelbar nach Kundmachung derselben.“

### 3. Die Form der öffentlichen Testamente<sup>1)</sup>.

#### § 14.

#### Gerichtliche Testamente.

Man kann auch vor einem Gerichte mündlich oder schriftlich testieren. Gemeinschaftliche Voraussetzungen beider Formen sind:

a) Das Gericht muß zur Aufnahme, beziehungsweise Entgegennahme letztwilliger Anordnungen berufen sein. Letztwillige Anordnungen können von jedem Bezirksgerichte aufgenommen, beziehungsweise entgegengenommen werden (§ 121 ZN.).

b) Das Gericht muß nach Vorschrift des § 589 besetzt sein, d. h. die Aufnahme, beziehungsweise Entgegennahme der Willenserklärung kann nur von dem Leiter des Bezirksgerichtes oder einem zur Ausübung des Richteramtes an diesem Orte befähigten richterlichen Beamten dieses Bezirksgerichtes (§ 5 ZN.) und einem beeideten Protokollführer<sup>2)</sup> erfolgen. Die Zeugenschaft der zweiten Gerichtsperson außer dem Richter, also des beeideten Protokollführers, können auch zwei andere Zeugen vertreten<sup>3)</sup>.

c) Endlich müssen (§ 596) die Gerichtsperson, beziehungsweise die die Zeugenschaft der zweiten Gerichtspersonen vertretenden zwei Zeugen, wie die gewöhnlichen Testamentenzeugen, unbefangen (§§ 594 und 595) und fähig sein, die Person des Erblassers außer Zweifel zu setzen (§ 585) (§ 596).

Der Testierakt besteht beim gerichtlichen schriftlichen Testamente darin, daß der Testator die von ihm wenigstens eigenhändig unterschriebene (von ihm oder einem Dritten geschriebene) letzte Anordnung dem Gerichte persönlich (mit Ausschluß jeder Stellvertretung) übergibt. Das Gericht hat den Erblasser auf den Umstand, daß seine eigenhändige Unterschrift beigerückt sein müsse, aufmerksam zu machen. Daß der Testator den Auftrag vor Gericht unterschreibe, ist nicht erforderlich. Nur, wenn der Testator nicht schreiben kann, muß er sein Handzeichen vor Gericht beisetzen

<sup>1)</sup> Vgl. Unger 6, 53 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 176 ff.; dief., Exkurse 2, 113 ff.; Stubenrauch 1, 794 ff.; Krausz 2, 636 ff.; Anders 19 f.

<sup>2)</sup> Auch die Beiziehung eines als Protokollführer beeideten Diurnisten genügt. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 179; Stubenrauch 1, 794 (Note 1); Anders 19; III. 15479.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 179 f. (Note 20).

(arg. § 580)<sup>1)</sup>. Kann der Testator nicht lesen, so ist ihm die mitgebrachte Urkunde von einer Gerichtsperson unter Einsichtnahme in die Urkunde seitens der anderen Gerichtsperson vorzulesen (arg. § 581)<sup>2)</sup>. Das Gericht hat sohin den Aufsatz gerichtlich zu versiegeln<sup>3)</sup> und auf dem Umschlage anzumerken, wessen letzter Wille darin enthalten ist<sup>4)</sup>. Über den ganzen gerichtlichen Akt ist unter Beisehung des Tages, Jahres und Ortes (§ 590) ein Protokoll aufzunehmen<sup>5)</sup>. Protokoll und Urkunde sind gerichtlich zu hinterlegen<sup>6)</sup>. Dem Testator ist ein Empfangsschein auszustellen (§ 587)<sup>7)</sup>. Als Zeitpunkt, in welchem das Testament errichtet wurde, muß der Tag der Übergabe zu Gericht, beziehungsweise das Datum des darüber aufgenommenen Protokolls angesehen werden.

Die Errichtung des mündlichen gerichtlichen Testaments erfolgt in der Art, daß der Erblasser seinen letzten Willen zu Protokoll erklärt; d. h. der Inhalt des letzten Willens wird in das Protokoll aufgenommen. Das Protokoll ist nach Vorschrift des § 587 zu versiegeln und zu hinterlegen<sup>8)</sup> (§ 588).

Über den Ort der Aufnahme gerichtlicher letztwilliger Anordnungen bestimmt § 590, daß sich im Notfalle die Gerichtspersonen, beziehungsweise die die Zeugenschaft der zweiten Gerichtsperson vertretenden Zeugen auch in die Wohnung des Erblassers begeben, dort seinen letzten Willen schriftlich oder mündlich aufnehmen und dann das Geschäft mit Beisehung des Tages, Jahres und Ortes zu Protokoll bringen können.

Die Zurücknahme einer bei Gericht hinterlegten schriftlichen letztwilligen

<sup>1)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 177; Stubenrauch 2, 794; Krauz 2, 637 ff. und Note 2; Anders 19.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, Anm. 2 auf S. 54; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 177 und Note 7; Stubenrauch 2, 794 und Note 3; Anders 19. U. M. Krauz 2, 637.

<sup>3)</sup> Die Unterlassung der Versiegelung hat nicht die Nichtigkeit des Testaments zur Folge. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 181; Krauz 2, 638; Anders 19; G.M. 6699.

<sup>4)</sup> Die Unterlassung dieser Anmerkung auf dem Umschlage hat nicht die Nichtigkeit des Testaments zur Folge. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 181; Krauz 2, 638; Anders 19.

<sup>5)</sup> Die Unterfertigung des Protokolls durch die in § 589 genannten Personen ist für die Gültigkeit des Testaments wesentlich (so auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 182; Krauz 2, 638; Anders 19. U. M. Stubenrauch 1, 795 [Note 1]); nicht hingegen die Dattierung des Protokolls (so auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 181; Stubenrauch 1, 795 [Note 1]; Krauz 2, 638 [Note 3]; Anders 19).

<sup>6)</sup> Vgl. § 285 GesChD. und dazu Stubenrauch 1, 795 (Note 1).

<sup>7)</sup> Weder die Hinterlegung noch die Ausstellung eines Empfangsscheines ist für die Gültigkeit des Testaments wesentlich. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 181; Stubenrauch 1, 795 (Note 1); Krauz 2, 638; Anders 19.

<sup>8)</sup> Auch hier ist die Dattierung, Versiegelung und Hinterlegung des Protokolls für die Gültigkeit des Testaments nicht wesentlich. Vgl. die Noten 3, 5 und 7 auf dieser Seite.

Anordnung, worüber gleichfalls ein Protokoll aufzunehmen ist, entzieht dieser den Charakter eines gerichtlichen Testaments und die damit verbundene höhere Beweiskraft. Ob sie als Privat testament gültig bleibt, hängt davon ab, ob den Erfordernissen des letzteren genügt ist<sup>1)</sup>. Das Protokoll über eine vor Gericht errichtete mündliche letztwillige Anordnung darf der Partei nicht ausgefolgt werden<sup>2)</sup>. Geschieht dies dennoch, so ist diese Ausfolgung von keinerlei juristischer Wirkung<sup>3)</sup> 4).

## § 15.

### Notarielle letztwillige Anordnungen.

Nach der N.D. v. 25. VII. 1871 (RGBl. 75) ist zu unterscheiden<sup>5)</sup>:

1. die Aufnahme eines Notariatsaktes über eine letztwillige Anordnung (§§ 56 lit. a, 67 und 75 al. 3 N.D.). In diesem Falle sind die Erfordernisse des Notariatsaktes von denen der letztwilligen Anordnung zu unterscheiden. Rücksichtlich des ersteren gelten und sind zu beobachten die Bestimmungen der §§ 52 ff.<sup>6)</sup>, insbesondere § 56, lit. a und al. 2 N.D.<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 647; Stubenrauch 1, 903 (Note 1); Menouset, Einige Bemerkungen über die letzte Willenserklärung, in Gerh. 51, 542; Krauz 2, S. 639, 657; Anders 36. Vgl. auch Erben, Gilt die Zurücknahme des schriftlichen Testaments aus der gerichtlichen Verwahrung als Widerruf desselben? in Prager Jur. Mitt. 1871, Nr. 7.

<sup>2)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 184 (Note 44); Stubenrauch 1, 903 (Note 1); Krauz 2, S. 639, 657 (Note 16).

<sup>3)</sup> Vgl. Stubenrauch 1, 903 (Note 1); Krauz 2, 647 (Note 16); G.M. 15295 (Das Protokoll über eine mündlich vor Gericht errichtete letztwillige Anordnung bleibt auch nach einer eventuellen Ausfolgung ein gerichtlicher Akt, und die durch dasselbe beurkundete letztwillige Anordnung eine mündlich vor Gericht errichtete und als solche wirksam, insoweit nicht bewiesen wird, daß dieselbe entweder durch ein späteres gültiges Testament gemäß § 713 oder durch Widerruf gemäß §§ 717—723 aufgehoben worden ist<sup>4)</sup>).

<sup>4)</sup> Anders entscheidet das d. VGG. (§ 2256). Nach diesem gilt ein vor einem Richter oder vor einem Notar oder nach § 2249 (Dorf testament) errichtetes Testament als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird. Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen. Von dem öffentlichen Testamente ist das gemäß § 2248 in amtliche Verwahrung genommene holographe Privat testament zu unterscheiden. Auf die Wirksamkeit eines solchen Testaments ist die Rückgabe, die auch hier vom Erblasser jederzeit verlangt werden kann, ohne Einfluß. Ein gemeinschaftliches Testament kann nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden (§ 2272).

<sup>5)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 186 ff.; dieß., Exkurs 2, 116 ff.; Stubenrauch 1, 796 (Note 1); Krauz 2, 639; Anders 20.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu G.M. 2577 (Sobald der in der Form eines Notariatsaktes erfolgte Errichtung der letztwilligen Verfügung eines lesens- und schreibensunkundigen Taubstummen außer zwei der Zeichensprache des Testierenden kundigen Personen seines Vertrauens auch noch zwei Akt- und Testamentzeugen beigezogen wurden, welche des Lesens und Schreibens kundig waren, ist den Bestimmungen der N.D. über die Errichtung von Notariatsakten durch des Lesens und Schreibens unkundige Taubstumme entsprechen, zumal die Bestimmungen der §§ 60 und 61 N.D., wonach die beigezogenen Vertrauenspersonen auch die Eigenschaften fähiger Aktzeugen haben müssen, nur auf die sonstigen, im § 57 N.D. von Aktzeugen geforderten Eigenschaften, nicht aber auch

Rücksichtlich der letzteren sind die besondere Vorschriften des WGB., welche die Gültigkeit einer letztwilligen Anordnung bedingen, zu beobachten, mit der einzigen Modifikation, daß die drei Testamentszeugen durch zwei Notare ersetzt werden können, wenn diese beiden die gesetzliche Eignung als Zeugen des letzten Willens besitzen (§ 67 N.D.)<sup>1)</sup>.

2. mündliche<sup>2)</sup> oder schriftliche (§ 587) letztwillige Anordnungen vor Notaren mit der Kraft gerichtlicher letztwilliger Anordnungen. Nach § 70 N.D. sind nämlich letztwillige Anordnungen, welche vor zwei Notaren oder einem Notar und zwei Zeugen mündlich errichtet oder schriftlich übergeben werden, den gerichtlichen letztwilligen Anordnungen gleich zu achten, wenn sie:

- a) mit Beobachtung der allgemeinen Vorschriften über die Amtsführung der Notare (§§ 31 ff. N.D.) aufgenommen, und ferner
- b) die Vorschriften des WGB. über gerichtliche letztwillige Anordnungen (§§ 569, 587—592, 594—596), sowie
- c) die in den §§ 72 und 73 N.D. gebotenen Förmlichkeiten beobachtet worden sind.

§ 72 bestimmt, daß

- a) in dem Falle, daß der Testator blind, taub, stumm oder taubstumm ist, die in den §§ 59—61 N.D.<sup>3)</sup> gegebenen Vorschriften, und

darauf zu beziehen sind, daß diese Vertrauenspersonen auch lesen und schreiben können müssen, weil nämlich diesem gesetzlichen Erfordernisse bereits durch die Beiziehung der beiden anderen des Lesens und Schreibens kundigen Aktzeugen Genüge getan wurde, und die fragliche Vorschrift des § 57, Abf. 2 N.D. doch nur den Zweck verfolgt, daß der Errichtung von Notariatsakten der dort bezeichneten Art außer dem Notar wenigstens noch eine Person beizuhelfe, die des Lesens und Schreibens kundig ist, um allenfalls das aufgenommene Schriftstück einzusehen und sich von der Richtigkeit der schriftlichen Aufnahme des Aktes überzeugen zu können).

<sup>1)</sup> „Die Beiziehung von zwei Aktzeugen ist notwendig: a) wenn ein Notariatsakt über einen Erbvertrag oder eine andere letztwillige Anordnung errichtet wird . . . Statt der beiden Zeugen kann auch ein zweiter Notar zugezogen werden.“

<sup>1)</sup> Selbstverständlich können der Notar und die zugezogenen Aktzeugen, wenn sie die Eignung dazu besitzen, auch Zeugen des letzten Willens sein (§ 67 Abf. 2 N.D.).

<sup>2)</sup> „Bei Aufnahme mündlicher letztwilliger Anordnungen hat der Notar, wenn der Erblasser dunkle oder zweideutige Bestimmungen aufnehmen will, welche leicht Anlaß zu einem Rechtsstreite geben könnten, oder welche die von dem Erblasser beabsichtigte Wirkung zu äußern nicht geeignet wären, denselben in angemessener Weise zu belehren. — Besteht der Erblasser dessenungeachtet auf diesen Bestimmungen, so hat der Notar zwar die letztwillige Anordnung aufzunehmen, jedoch die von ihm gemachte Vorstellung darin ausdrücklich anzuführen“ (§ 71 N.D.).

<sup>3)</sup> „Bei der Aufnahme eines Notariatsaktes mit einem Blinden müssen die Aktzeugen sowohl bei der Erklärung der Parteien über die in den Akt aufzunehmenden Bestimmungen, als auch bei der Vorlesung des Aktes seinem ganzen Inhalte nach und bei der Einwilligung und Unterzeichnung von Seite der Parteien gegenwärtig sein. — Daß dies geschehen, muß in dem Akte ausdrücklich angeführt werden. — Dasselbe gilt rücksichtlich der Aufnahme eines Notariatsaktes mit einem Stummen oder Taubstummen, und es sind überdies die in den §§ 60 und 61 enthaltenen Vorschriften zu beobachten“ (§ 59 N.D.). — „Ein Tauber welcher lesen kann, muß den Akt selbst lesen und ausdrücklich bestätigen, daß er denselben gelesen und seinem Willen ent-

sp) in dem Falle, daß der letzte Wille in einer in dem Lande, wo sich der Amtssitz des Notars befindet, nicht üblichen Sprache aufgenommen wird, oder der Testator der Sprache, in welcher der letzte Wille aufgenommen wird, nicht kundig ist, die Vorschriften der §§ 62—64 N.D.)<sup>1)</sup> beobachtet werden müssen.

§ 73 N.D. schreibt vor, daß über die Amtshandlung ein Protokoll mit Beobachtung der Bestimmungen des § 68 N.D. aufzunehmen ist<sup>2)</sup>. Die Verletzung einer der im § 68 N.D. angeführten Förmlichkeiten be-

sprechend gefunden habe. Diese Bestätigung muß in dem Akte vor der Unterschrift angeführt werden. — Kann der Taube nicht lesen, so muß außer den Aktzeugen noch eine Person seines Vertrauens beigezogen werden, welche seine Zeichensprache versteht. — Als Vertrauenspersonen können ohne Unterschied des Geschlechtes auch solche Personen, welche mit dem Tauben verwandt oder verschwägert oder durch Adaption oder das Eheband verbunden sind, beigezogen werden. Im übrigen müssen auch solche Vertrauenspersonen die Eigenschaften fähiger Aktzeugen besitzen“ (§ 60 N.D.). — „Ist ein Notariatsakt mit einem Stummen oder Taubstummen aufzunehmen, welcher des Lesens und Schreibens kundig ist, so muß er den Notariatsakt selbst lesen und eigenhändig darauf schreiben, daß er denselben gelesen und seinem Willen entsprechend gefunden habe. — Ist er des Lesens und Schreibens nicht kundig, so müssen zwei seiner Zeichensprache kundige Personen seines Vertrauens beigezogen werden. — Die Vorschriften des § 60, Abf. 3 und 4 finden auch in diesem Falle Anwendung“ (§ 61 N.D.). — Zu § 62 N.D. vgl. die weiter oben in Note 6 auf S. 79 f. erzählte C. G.M.Nr. 2577.

<sup>1)</sup> „Ein Notariatsakt darf in einer Sprache, welche in dem Lande, wo sich der Amtssitz des Notars befindet, nicht üblich ist, nur dann aufgenommen werden, wenn die Parteien es ausdrücklich verlangen, und wenn der Notar für diese Sprache als Dolmetsch bestellt ist. Daß dies der Fall, muß in dem Akte ausdrücklich angeführt werden. — In einem solchen Falle hat der Notar, nachdem er die Willensmeinung der Parteien erforscht hat, den Akt in der fremden Sprache aufzunehmen und demselben eine vollständige Übersetzung in einer der Landessprachen seines Sprengels beizufügen“ (§ 62 N.D.). — „Ist eine der Parteien der Sprache nicht kundig, in welcher der Notariatsakt aufgenommen wird, so muß der Verhandlung ein beideter Dolmetsch beigezogen werden, welcher zugleich alle Eigenschaften eines fähigen Aktzeugen besitzen muß. — Die Zuziehung eines besonderen Dolmetschers ist jedoch nicht nötig, wenn der Notar und zugleich die zwei Zeugen oder der statt der Zeugen einschreitende zweite Notar der Sprache der Partei kundig sind, und wenn die Sprachkenntnis des die Verhandlung leitenden Notars, sofern es sich um eine Landessprache handelt, durch die Bestätigung des Oberlandesgerichtes (§ 12), und wenn es sich um eine fremde Sprache handelt, durch seine Bestellung als Dolmetsch ausgewiesen ist. In einem solchen Falle können die Zeugen von der Anwesenheit bei der Vorlesung des Aktes seinem ganzen Inhalte nach nicht ausgeschlossen werden, und es muß in dem Akte ausdrücklich angeführt werden, daß die obigen Voraussetzungen für die Aufnahme desselben ohne Zuziehung eines Dolmetschers vorhanden seien“ (§ 63 N.D.). — „Muß im Sinne des 1. Absatzes des vorhergehenden Paragraphen ein Dolmetsch beigezogen werden, so hat der Notar die Willensmeinung der Partei durch den beigezogenen Dolmetsch zu erforschen, hiernach den Notariatsakt in einer der Landessprachen abzufassen und den Aufsatz der Partei durch den Dolmetsch übersetzen zu lassen. Auf Verlangen einer Partei ist durch den Dolmetsch eine Übersetzung des Aktes in die fremde Sprache der Partei zu verfassen und dem Notariatsakte beizufügen“ (§ 64 N.D.).

<sup>2)</sup> Weiterhin bestimmt § 73 N.D. noch: „Kann die Partei auch nicht das Handzeichen beifügen, so ist das entgegenstehende Hindernis ausdrücklich anzuführen und von den Aktzeugen zu bestätigen. — Ist die letztwillige Anordnung schriftlich übergeben worden, so steht der Partei frei, zum Verchlusse des Umschlages, in welchem die letztwillige Anordnung eingeschlossen wird, ihr eigenes Siegel beizudrücken. Ist dies geschehen, so ist davon im Protokolle Erwähnung zu tun.“

nimmt dem Protokoll die Kraft einer öffentlichen Urkunde. Unter Umständen, nämlich wenn die Erfordernisse eines Privattestamentes nicht vorliegen, wird aber durch die Verletzung der Bestimmungen des § 68 N.D. auch das ganze Testament ungültig<sup>1)</sup>.

Eine dem Notar gemäß § 70 N.D. übergebene schriftliche Anordnung kann dem Übergeber, jedoch nur auf sein persönliches Verlangen oder auf Verlangen einer Person, die sich mit einer eigens zu diesem Behufe ausgestellten, amtlich beglaubigten Vollmacht ausweist<sup>2)</sup>, zurückgestellt werden. Durch eine solche Zurückstellung verliert die letztwillige Anordnung die Kraft einer gerichtlichen letztwilligen Anordnung<sup>3)</sup>. Über die Zurückstellung ist ein Notariatsakt aufzunehmen (§ 74 N.D.)<sup>4)</sup>.

## § 16.

**Wahrer Wille des Erblassers<sup>5)</sup>.**

Der Erblasser muß seinen letzten Willen selbst (§ 564), und zwar seinen wahren Willen bestimmt im Zustande der vollen Besonnenheit (§§ 566, 567), mit Überlegung und Ernst, frei von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrtum erklären (§ 565). Im einzelnen ist hierüber zu sagen:

1. Jede Stellvertretung ist bei letztwilligen Anordnungen ausgeschlossen; m. a. W. man kann seinen letzten Willen nicht durch andere erklären lassen<sup>6)</sup>, und zwar auch nicht in der Art, daß der Erblasser den von einem anderen erklärten Willen zu dem seinigen macht, indem er ihn lediglich als den seinigen bestätigt und bejaht. Das ist die Bedeutung der Worte des § 565: „Der Wille des Erblassers muß bestimmt, nicht durch bloße Bejahung eines ihm gemachten Vorschlages erklärt werden“<sup>7)</sup>.

2. Der Erblasser muß ferner seinen wahren Willen erklären, d. h. die Erklärung muß frei sein von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrtum. Den Zwang betreffend ist zu bemerken, daß jeder wie immer ge-

<sup>1)</sup> Unrichtig O.M. 7694, in welcher Entscheidung ein notarielles Testament trotz Nichtaufnahme eines Protokolls für ein gültiges notarielles Testament erklärt wurde.  
<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 136.

<sup>3)</sup> Anders § 2256 d. BGB. Vgl. hierzu Note 4 auf S. 79 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Ein mündliches notarielles Testament darf ebensowenig, wie ein mündliches gerichtliches, der Partei ausfolgt werden. Geschieht dies dennoch, so ist die Ausfolgung ohne jede juristische Wirkung. Vgl. § 49 N.D. und die Noten 2 und 3 auf S. 79 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger 6, 55 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 94 ff., 113 ff.; Pfersche, Die Irrtumslehre des österreichischen Privatrechts 1, 77 ff.; Krainz 2, 616 ff.; Anders 22 ff.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Unger 2, Note 36 zu § 90; Krainz 2, 612; Anders 21. — Vgl. auch § 2064 d. BGB.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu u. a. O.M. 1600 und die unrichtige O. O.M.N. 386.

artete und von wem immer auf den Erblasser geübte Zwang den letzten Willen, soweit er erzwungen ist, ungültig macht<sup>1)</sup>.

Ebenso macht der Betrug, von wem immer er ausgeübt wird, die Erklärung, insofern sie auf Betrug beruht, ungültig.

Der Irrtum macht die Erklärung, soweit er reicht, nur ungültig, wenn er ein wesentlicher ist<sup>2)</sup>. Als Fälle wesentlichen Irrtums hebt § 570 die Fälle hervor, daß der Erblasser die Person, die er bedenken, oder den Gegenstand, den er vermachen wollte, verfehlt hat (Personenverwechslung, Sachenverwechslung).<sup>3)</sup> Hiermit ist aber nicht gesagt, daß der Irrtum nur in diesen Fällen ein wesentlicher ist. Wohl zu beachten ist, daß hier der Irrtum, soweit er reicht, ohne Rücksicht auf seinen Entstehungsgrund die Erklärung ungültig macht, also nicht bloß, wenn er vom Erben oder Legatar hervorgerufen wurde, und dieser ihn kannte oder davon wissen mußte, ferner, daß der Irrtum die Anordnung nur relativ, d. h. zugunsten derjenigen ungültig macht, welche ohne den Irrtum bedacht worden oder bedacht geblieben wären. Unschädlich ist es aber, wenn der Erblasser die bedachte Person oder die Sache bloß unrichtig benannt oder beschrieben hat (§ 571)<sup>4)</sup> vorausgesetzt, daß der Wille des Erblassers sonst, d. h. durch, wenn auch außerhalb des Testamentes liegende, Umstände ersichtlich oder sonst erweislich ist<sup>5)</sup>. Allerdings kann die irrige

<sup>1)</sup> Bloßes Zureden ist nicht Zwang. — Zum Begriffe des erzwungenen Testamentes vgl. auch O.M. 4174. — Vgl. hier ferner auch §§ 2078 ff. d. BGB.

<sup>2)</sup> Anders Pfersche, a. a. O. 87 f.: „Das Gesetz will offenbar erzielen, daß letztwillige Erklärungen überall dort keine Wirkung haben sollen, wo diese Wirkung mit dem Willen des Testators nicht übereinstimmen würde. Es soll also auf den Mangel dieser Übereinstimmung an sich ankommen, nicht auf die Art des Irrtums, wodurch die Übereinstimmung ausgeschlossen wurde. Diese weitgehende Absicht des Gesetzes folgt aus § 572. . . . So erscheinen nun die in § 570 genannten Fälle als Spezialfälle der weiteren Regel des § 572.“ — Zum Begriffe des wesentlichen Irrtums vgl. insbesondere Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 114 ff.; Anders 23 f. — Nach § 2078, Abs. 1 d. BGB. kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser über den Inhalt seiner Erklärung im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, und anzunehmen ist, daß er die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage nicht abgegeben haben würde. Weitere Bestimmungen über die anfechtungsberechtigte Person, über die Form der Anfechtung usw. enthalten die §§ 2080 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Pfersche, a. a. O. 86 ff.

<sup>4)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 114 f.; Pfersche, a. a. O. 86 ff.; Stubenrauch 1, 778 f. und Note 3; Krainz 2, 616 f.; O.M.N. 2868 (Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Fall war der folgende: Ehegatten hatten in ihrem gemeinschaftlichen Testamente einem unehelichen Sohne einer zur Zeit der Testamentserrichtung bereits verstorbenen Schwester des Mannes dessen Kinder und in deren Ermangelung dessen „Noterben in aufsteigender Linie“ substituiert. Der OGH. hat diese Erbeinsetzung als Erbeinsetzung der Verwandten in aufsteigender Linie und deren Descendenz ohne Rücksicht auf die uneheliche Abstammung aufrecht erhalten).

<sup>5)</sup> O.M. 7491 sagt: Es muß der Irrtum des Erblassers und dessen wahrer Wille hervorkommen. Vgl. auch O.M. 11516 (nachweisbare Verfehlung des richtigen Familiennamens).



Benennung oder Bezeichnung auf den Beweggrund der Anordnung schließen lassen, und die Anordnung in diesem Falle allenfalls unter dem Gesichtspunkte des Irrtums im Beweggrunde anfechtbar sein. Betreffend nämlich den Irrtum im Beweggrunde (§ 572), so schadet es der Gültigkeit der Anordnung nicht, wenn der vom Erblasser angegebene<sup>1)</sup> Beweggrund als unrichtig befunden wird, es wäre denn erweislich, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe<sup>2)</sup> 3). Diesen Beweis muß derjenige, der die Anordnung anfechtet, erbringen<sup>4)</sup>.

3. Der letzte Wille muß mit Überlegung und Ernst erklärt werden, d. h. in der Absicht zu testieren (animo testandi)<sup>5)</sup>, mit dem Bewußtsein und der Absicht, daß die Erklärung die letztwillige Disposition schon enthalte (certum), nicht nur die Absicht, den Plan, wie der Testator zu testieren beabsichtige, gedenke, testieren werde<sup>6)</sup> 7).

<sup>1)</sup> Vgl. aber hierzu Pfersche, a. a. O. 81: „... das ist offenbar eine zu enge Fassung des Rechtsgedankens, welche zwar der Regel des ersten Satzes entspricht, welche aber bei der Regel des zweiten Satzes ... erweitert werden muß“. Wie Pfersche, auch Krainz 2, 618; Anders 23.

<sup>2)</sup> Vgl. G.M. 2734 (Das von dem Erblasser in dem Irrtum, die in einem früheren Testament erfolgte Einsetzung eines unehelichen Kindes sei gesekwidrig, errichtete jüngere Testament ist ungültig), 15173 (Die Erbeinsetzung der vermeintlichen Ehefrau ist nicht ungültig, solange nicht bewiesen ist, daß diese Einsetzung nur mit Rücksicht auf die vorausgesetzte, tatsächlich nichtige Ehe erfolgte).

<sup>3)</sup> Nach § 2078 d. BGB. ist eine letztwillige Verfügung anfechtbar, soweit der Erblasser zu ihr lediglich (so Strohal, Das deutsche Erbrecht [3] 1, 299) durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist.

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 2, 489 (Note 24); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 119 (Note 39); Pfersche, a. a. O. 82; G.M. 9845. — Pfersche, a. a. O. 82 bemerkt hier: „Gar zu streng wird man es hier freilich mit Beweis und Beweisaufnahme nehmen. Es handelt sich um die Wahrscheinlichkeit, daß der Erblasser ohne die irrtümliche Vorstellung nicht so verfügt hätte. Dazu genügt regelmäßig, daß der Irrtum des Testators und die Abwesenheit eines anderen plausiblen Grundes der Verfügung dargetan wird“. Vgl. auch G.M. 15173.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger 6, 56 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 95 ff., 148; Stubenrauch 1, 772 und Note 2; Krainz 2, 616 und Note 3; ferner die treffenden Ausführungen Pfersches, a. a. O. 96 ff. über Scheintestamente; insbesondere S. 100: „Wir bleiben also dabei stehen, daß nach österreichischem Rechte ein Testament nur dann wegen Nichternstlichkeit des Willens unwirksam wird, wenn die Nichternstlichkeit unmittelbar aus der Erklärung selbst erhellt.“ Vgl. auch G.M. 1143 (Die über Aufforderung der Zeugen abgegebene Erklärung: „Wozu brauchen wir ein Testament? Es braucht's nicht; es gehört ohnehin alles dir, wie es liegt und steht; es kann dir kein Mensch etwas nehmen“ wurde als gültiges Testament erklärt).

<sup>6)</sup> Vgl. hier auch G.M. 12643. — Testamententwürfe sind keine Testamente. Die Überschrift „Konzept“ zwingt aber nicht unbedingt zur Annahme eines bloßen Testamententwurfes. Vgl. G.M. 13887.

<sup>7)</sup> Mangels der Testierabsicht sind auch bloße Bitten und Wünsche (z. B. in dem Briefe eines jugendlichen Selbstmörders an seine Verwandten [vgl. G.M. 1211]) nicht als letztwillige Anordnungen anzusehen. Vgl. hier auch G.M. 1179 (Die Worte: „Auch wünsche ich, daß die Häuser X und Y nach dem Tode meiner Tochter an arme Schauspieler und Kaufleute einer unserer Namen führenden Stiftung verwendet werden sollen“, enthalten nicht die Anordnung einer wirksamen fideikommissarischen Substitution).

4. Die Willenserklärung muß auch bestimmt sein in dem Sinne, daß der Erklärung des Testators mit Bestimmtheit entnommen werden kann, was der Erblasser wollte<sup>1)</sup>. Die Erklärung darf also nicht ganz unverständlich und muß endlich wenigstens insoweit vollständig sein, daß das Erklärte für sich einen Sinn gibt und sich nicht als der unvollendet gebliebene Beginn einer letzten Willenserklärung darstellt<sup>2)</sup>.

Erklärt der Erblasser bei Errichtung eines mündlichen oder schriftlichen Testamentes, daß die von ihm gewollte Verfügung (z. B. der Name des Erblassers, die Größe des Erbteils, der Gegenstand des Legats) in einem von ihm bezogenen Zettel oder Aufsatze enthalten sei (sogenanntes testamentum mysticum), so ist eine derartige Verfügung nur dann von Wirkung, wenn die bezogene Urkunde mit allen zur Gültigkeit einer letzten Willenserklärung nötigen Erfordernissen versehen ist (§ 582)<sup>3)</sup>. „Außerdem“ — d. h. soll aus dem bezogenen Aufsatze nicht die Verfügung, nicht der Inhalt der Willenserklärung, sondern eine Erläuterung oder Aufklärung des letzten Willens (z. B. die Modalitäten der Durchführung einer Stiftung<sup>4)</sup>) entnommen werden — bedarf die bezogene Urkunde der für letztwillige Erklärungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten nicht (§ 582)<sup>5)</sup>. Zur Erläuterung des erblasserischen Willens können also auch nicht förmliche Urkunden verwendet werden. Zweifellos aber auch mündliche erstgemeinte Äußerungen des Erblassers<sup>6)</sup>. Hingegen ist die Bestimmung des ersten

<sup>1)</sup> Vgl. Unger 6, 56 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 69 ff., 559 f.; Stubenrauch 1, 771; Krainz 2, 619 f.; Anders 23.

<sup>2)</sup> Vgl. G.M. 148 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Die Erblasserin hatte am Tage vor ihrem Tode Zeugen an ihr Bett gerufen, um ihr Testament zu machen, und hatte vor diesen Zeugen unter großen Anstrengungen und mit langen Pausen einige Legate angeordnet. Dann fuhr sie fort: „Ich ernenne den B. zu meinem Erben, mit der Verpflichtung...“ Hier hielt sie inne, wie um nachzudenken; allein es zeigte sich bald, daß ihr die Kraft fehle, weiter zu sprechen. Sie kam, obgleich bei voller Bestimmung nicht mehr auf den Gegenstand zurück und sagte, wenn man sie erinnerte, nur: „Vielleicht später“. Das Testament wurde als gültig erklärt; auch G.M. 3846 (Die Erberklärung auf Grund der Anordnung: „Dagegen soll meine innigstgeliebte Freundin B. mein erpartes Vermögen, welches in nachstehendem besteht: (folgt die Aufzählung)...“ ist zu Gericht anzunehmen).

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu und zum folgenden Unger 6, 56 ff. (insbesondere Anm. 8 und 9 auf S. 58 f.); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 164 f.; Stubenrauch 1, 790 f.; Krainz 2, 630; Anders 23. — Vgl. hier auch § 2086 d. BGB.: „Ist einer letztwilligen Verfügung der Vorbehalt einer Ergänzung beigelegt, die Ergänzung aber unterblieben, so ist die Verfügung wirksam, sofern nicht anzunehmen ist, daß die Wirksamkeit von der Ergänzung abhängig sein sollte“.

<sup>4)</sup> Vgl. G.M. 1236. Vgl. auch G.M. 7498 (Wird dem Erben aufgetragen, den Nachlaß zu einem in einem Briefe angegebenen Zwecke zu verwenden, so bedarf der Brief nicht der Testamentform).

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu auch Haerdtl, Über die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichtteil usw. 129.

<sup>6)</sup> Vgl. den Rechtsfall in Wagners 3. 1828, II, 45 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 165.



Satzes des § 582 schon ihrem Wortlaute nach auf den Fall, daß der Erblasser auf mündliche einer anderen Person gemachte Mitteilungen über die Person des Erben, über die Art, wie sein Nachlaß verteilt werden soll usw. sich beruft, nicht anwendbar; m. a. W.: zur Ergänzung eines letzten Willens kann man sich nur auf eine schriftliche formgerechte Urkunde berufen<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 164; Stubenrauch 1, 790 (Note 2); Anders 23.

## Zweiter Abschnitt.

### Der Inhalt des Testaments.

#### § 17.

##### I. Die Erbeinsetzung.

Wesentlicher Inhalt des Testaments ist die Erbeinsetzung, d. h. nur jene widerrufliche letzte Willenserklärung ist Testament, die eine Erbeinsetzung enthält. Doch ist wohl zu beachten, daß nach unserem Rechte der Rechtsbestand des sonstigen Inhaltes des Testaments von der Gültigkeit oder Wirksamkeit der Erbeinsetzung nicht bedingt ist. Selbst wenn also die Erbeinsetzung ungültig ist oder unwirksam wird, werden dadurch die übrigen Verfügungen des Erblassers nicht von selbst hinfällig<sup>1)</sup>.

Für die Erbeinsetzung gilt der Grundsatz: „Der Erblasser muß den Erben selbst einsetzen, er kann dessen Ernennung nicht dem Aussprüche eines Dritten überlassen“ (§ 564)<sup>2)</sup>. Dieser Satz hat folgenden Inhalt:

1. Der Erblasser muß den Erben einsetzen, mit dispositiven Worten erklären, wer Erbe sein, wer in das Vermögen aufzudiejen, wem der Nachlaß oder ein aliquoter Teil des Nachlasses gehören soll. Eine bestimmte Form (verba imperativa) ist für die Erbeinsetzung nicht vorgeschrieben<sup>3)</sup>. Ob der Erbe namentlich, und zwar mit Vor- und Zunamen oder lediglich mit dem Vornamen<sup>4)</sup>, aber in diesem Falle oder überhaupt nur durch solche Kennzeichen, durch welche er mit Sicherheit individuell bestimmt und erkannt werden kann, bezeichnet wird, ist gleichgültig. Auch die Erbeinsetzung einer im Zeitpunkte der Testamentserrichtung noch unbestimmten Person ist gültig, wenn die Unbestimmtheit später gehoben werden kann<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu die umfassendere Norm des § 2085 d. BGB.: „Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde“.

<sup>2)</sup> Vgl. Unger 2, S. 64 und Noten 25 und 26, Note 36 ad § 90; 6, Anm. 4 auf S. 60 f. und Anm. 2 auf S. 261 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 92 ff. Stubenrauch 1, 770 f.; Krainz 2, 612 f.; Anders 20 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu auch weiter oben S. 45 und Note 2 auf S. 45 f. dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. III. 7491.

2. Der Erblasser muß selbst den Erben einsetzen. Es geht daher nicht an, die Ernennung des Erben dem Ausspruche eines Dritten zu überlassen, und zwar weder in der Form, daß jemand Erbe sein soll, wenn es ein Dritter wollen wird (dieser Fall ist aber wohl zu unterscheiden von der Einsetzung eines Erben unter einer Bedingung, deren Erfüllung von dem Willen eines Dritten abhängt), noch in der Form, daß derjenige Erbe sein soll, den ein Dritter wollen oder bestimmen wird, noch endlich derart, daß die Auswahl aus zwei oder mehreren, sei es auch namentlich bezeichneten Personen<sup>1)</sup> oder die Bestimmung der Erbquoten einem Dritten (z. B. dem Richter<sup>2)</sup>, dem Vorerben<sup>3)</sup>)<sup>4)</sup> überlassen wird<sup>5)</sup>. Wohl aber kann, wenn der Erbe bloß mit bestimmten Merkmalen bezeichnet<sup>6)</sup> oder unter einer Bedingung eingesetzt wird, die Entscheidung darüber, bei wem diese Merkmale zutreffen<sup>7)</sup>, beziehungsweise die Entscheidung darüber, ob die Bedingung erfüllt ist<sup>8)</sup>, dem Ausspruche eines Dritten überlassen werden.

Im einzelnen ist noch zu bemerken:

Wenn der Erblasser seine nächsten Verwandten, seine Erben, seine Blutsfreunde, seine Familie einsetzt, so ist diese Verfügung dahin zu verstehen, daß die nach der gesetzlichen Erbfolge erbberechtigten Personen Erben sein sollen, und daß die Verteilung des Nachlasses unter sie in

<sup>5)</sup> Vgl. G.M. 1529 (Erbeinsetzung jener Person, die dem Erblasser „die letzte Treue erweist“), 7498 (Erbeinsetzung des „Erzbischofs pro tempore von Zara“); G.M.N.F. 3002 (Erbeinsetzung jener „Person“, bei welcher der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen bleibenden Aufenthalt haben wird. Als diese Person erschien im konkreten Falle die städtische Versorgungsanstalt, die auch als Erbin anerkannt wurde).

<sup>1)</sup> Vgl. G.M. 4334.

<sup>2)</sup> Vgl. G.M. 13 067.

<sup>3)</sup> Vgl. G.M. 9649.

<sup>4)</sup> Nicht dagegen spricht G.M. 12 366. Denn wenn in dieser Entscheidung die Überlassung der Entscheidung über die Erbquoten an einen Dritten pro non scripta erklärt wurde, so geschah dies, weil die in concreto eingesetzten Erben die Kinder des Erblassers, somit die auch ab intestato zur Erbfolge Berufenen waren.

<sup>5)</sup> Vgl. § 2065 d. BGB.

<sup>6)</sup> Vgl. über diesen Fall § 2073 d. BGB.

<sup>7)</sup> Vgl. G.M. 1806 (Gültigkeit der Erbeinsetzung einer Anzahl von gewissen Voraussetzungen entsprechenden, von der Wiener Stadthauptmannschaft zu bezeichnenden Bürgern). — Die Widmung des ganzen Vermögens oder eines Teiles des Vermögens „zu wohltätigen Zwecken“ oder „für gute Zwecke“ ist gültige Erbeinsetzung einer zu errichtenden Wohltätigkeits-, bzw. gemeinnützigen Stiftung und widerspricht keineswegs der Regel des § 564, daß der Erblasser die Ernennung des Erben nicht dem Ausspruche eines Dritten überlassen dürfe, da der über die Aktivierung der Stiftung entscheidenden Behörde, die zu diesem Behufe auch die Wahl zwischen den verschiedenen Wohltätigkeits-, bzw. guten Zwecken treffen muß, hierdurch „keine bestimmende, sondern lediglich eine innerhalb des von dem Erblasser bestimmten Kreises nach Zweckmäßigkeitsgründen zu entfaltende urteilende Tätigkeit zugewiesen wird“. So richtig G.M.N.F. 2280, 2852.

<sup>8)</sup> Vgl. G.M. 4793 (Gültigkeit der Erbeinsetzung einer Person, wenn sie es sich bei ihrer Mutter verdient).

dem für die gesetzliche Erbfolge vorgeschriebenen Verhältnisse zu geschehen habe<sup>1) 2)</sup>.

Über die Zulässigkeit der Berufung einer zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht einmal erzeugten physischen Person unter der im Hfd. v. 29. V. 1845 (J.G.S. 888) enthaltenen Beschränkung und einer noch nicht existierenden juristischen Person, speziell einer erst zu aktivierenden Stiftung, vgl. weiter oben S. 12<sup>3)</sup> dieses Bandes.

Hat jemand ohne nähere Bestimmung seine Seele zum Erben eingesetzt, so wird nach der Bestimmung des Hfd. v. 17. IX. 1812 (J.G.S. 1006) ein Drittel des Nachlasses auf Messen verwendet, während die andern zwei Drittel dem Lokalarmineninstitute mit der Verpflichtung zugewiesen werden, daß die beteiligten Armen für den Erblasser zu beten haben.

Der Erblasser kann einen oder auch unbeschränkt viele Erben einsetzen. Das ABGB. enthält nun Interpretationsregeln<sup>4)</sup>:

I. für die Auslegung der Erbeinsetzung<sup>5)</sup>; und

II. für das Schicksal erledigter Erbteile, wenn für diesen Fall keine Verfügung getroffen ist<sup>6)</sup>.

ad I. Hier sind mehrere Fälle zu unterscheiden:

A. der Fall, daß nur ein Erbe eingesetzt ist (§ 554). Der „unbestimmt“, d. h. ohne Beschränkung auf einen bestimmten Teil des Nachlasses<sup>7)</sup>, allein eingesetzte Erbe erhält den ganzen Nachlaß. Wurde zwar

<sup>1)</sup> Vgl. G.M. 714, 2884, 13 613 (fideikommissarische Substitution der nächsten Verwandten des Instituten). Vgl. hier ferner auch G.M. 2164 (Die Erbeinsetzung der „Blutsfreunde“ durch ein uneheliches, selbst kinderloses Kind, das sein Testament nach dem Tode seiner Mutter errichtet hat, und dem sein Vater unbekannt geblieben ist, ist als Erbeinsetzung der Blutsverwandten der unehelichen Mutter auszuliegen); 4529 (Hat der Erblasser die Kinder seiner verheirateten Tochter zu Erben eingesetzt, und bringt diese nach der Testamentserrichtung, nachdem sie von ihrem Manne geschieden worden ist, noch uneheliche Kinder zur Welt, von deren Existenz der Erblasser erfuhr, so bezieht sich die Erbeinsetzung doch nur auf die ehelichen Kinder), 15 415 (Die Anordnung: „Ich wünsche, daß mein Vermögen unter meine gesetzlichen Erben verteilt werde; meinen Ehegatten habe ich bei Lebzeiten entfertigt“ ist ein Testament, enthaltend die Berufung der gesetzlichen Erben mit Ausschluß des Ehegatten); G.M.N.F. 116 (Dem Adoptivkinde des Erblassers, das sich auf Grund der Einsetzung der „Verwandten nach Maßgabe der gesetzlichen Erbfolge“ erbserklärt, ist im Erbrechtsstreite die Klägerrolle zugewiesen).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu auch §§ 2066 ff. d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu auch §§ 2066 ff. d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu auch § 2066 ff. d. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 65 ff.;

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 63 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 65 ff.; Stubenrauch 1, 762 ff.; Krainz 2, 620 f.; Anders 24 f. — Speziell zur Auslegung der §§ 555 und 559 vgl. Anonymus, in Notz. 1891, Nr. 40; Moro, in Notz. 1891, Nr. 42; Ofner, in Notz. 1891, Nr. 44.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 156 ff.; Strohal, Transmissio pendente condicione 138 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 84 ff.; Stubenrauch 1, 768 ff.; Krainz 2, 621 f.; Anders 81 ff.

<sup>8)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 66; Stubenrauch 762 (Note 1).

nur ein Erbe eingesetzt, ihm aber bloß ein aliquoter Teil des Nachlasses zugewiesen, so fallen die übrigen Teile den gesetzlichen Erben zu<sup>1)</sup>. Gehört zu den gesetzlichen Erben in concreto auch der im Testamente eingesetzte Erbe, so erbt er, wenn nicht eine andere Absicht des Erblassers erweislich ist, auch als gesetzlicher Erbe. Hat der Erblasser den allein eingesetzten Erben ausdrücklich nur zu einem Teile des Nachlasses berufen wollen, aber den Teil, den der Erbe erhalten soll, nicht angegeben, oder die Bestimmung des Teiles dem Ausspruche eines Dritten überlassen, so ist die Verfügung ungültig.

B. der Fall, daß mehrere Erben eingesetzt sind<sup>2)</sup>.

1. Sind alle Erben ohne Vorschrift einer Teilung eingesetzt, so teilen sie den ganzen Nachlaß zu gleichen Teilen<sup>3)</sup> (§ 555)<sup>4)</sup>.

2. Sind alle Erben auf bestimmte aliquote Teile, welche aber den Nachlaß nicht erschöpfen, eingesetzt (§ 556), so fällt der Rest den gesetzlichen Erben zu<sup>5)</sup>. Hat aber der Erblasser die eingesetzten Erben zum ganzen Nachlasse berufen<sup>6)</sup> oder die gesetzlichen Erben ausdrücklich ausgeschlossen, so wird der ganze Nachlaß den eingesetzten Erben nach Verhältnis der ihnen ausdrücklich bestimmten Quotenteile zugewiesen<sup>7)</sup>, so daß die gesetzlichen Erben nichts erhalten<sup>8)</sup>. Andererseits müssen sich aber die eingesetzten Erben auch einen verhältnismäßigen Abzug gefallen lassen, wenn die Summe der ihnen bestimmten Erbteile den Nachlaß überschreitet<sup>9)</sup><sup>10)</sup>.

<sup>1)</sup> Ebenso § 2088, Abf. 1 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. zu dem folgenden auch Haerdtl, Über die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichtteil nach dem k. k. österreichischen ABGB. Über die Berechnung der Erbteile unter Testamentserben nach §§ 556—558 ABGB. (1838) 127 ff.

<sup>3)</sup> Ebenso § 2091 d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. hier OMMZ. 1943. Dieser Entscheidung lag folgende letztwillige Verfügung zugrunde: „Das übrigbleibende Kapital soll für wohltätige Zwecke, und zwar für Volksküchen usw. in A. zu gleichen Teilen verwendet werden.“ Zum Nachlasse überreichten neben den anderen Wohltätigkeitsanstalten auch fünf Volksküchenvereine in A. Erbsklärungen. Einer dieser Volksküchenvereine intendierte die Verteilung des auf die Volksküchen entfallenden Teiles des Nachlasses in der Art, daß nicht nach der Zahl der Vereine, sondern nach der Zahl der einzelnen von ihnen erhaltenen Anstalten geteilt werden solle. Der OGH. erkannte aber im Hinblick auf den Wortlaut der letztwilligen Anordnung und auf die §§ 555 und 559 auf Teilung nach der Zahl der in Betracht kommenden Vereine.

<sup>5)</sup> Ebenso § 2088, Abf. 2 d. BGB.

<sup>6)</sup> Vgl. OMM. 820. Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: In einem Testamente war angeordnet: „Meine Nichte Anna samt ihren drei Kindern, nämlich zwei Töchter und ein Sohn, setze ich zu meinen Universalerben ein, jedoch so, daß mein nach Abschlag der Legate bleibendes Vermögen in vier gleiche Teile geteilt wird, und jedem sein Teil durch die Abhandlungsinstanz zugestellt wird.“ Der Sohn der Anna starb vor dem Testator. Der OGH. erklärte auf diesen Fall den zweiten Satz des § 556 und § 560 für anwendbar.

<sup>7)</sup> Ebenso § 2089 d. BGB.

<sup>8)</sup> Vgl. das Beispiel bei Haerdtl, a. a. O. 145.

<sup>9)</sup> Über die Berechnung der Erbquoten in diesem und im vorhergehenden Falle vgl. Haerdtl, a. a. O. 143 f. „Man bestimme vorläufig das unmittelbare Ver-

3. Hat der Erblasser unter mehreren Erben einen oder einige auf bestimmte Erbteile, einen anderen oder andere aber ohne Bestimmung eines Erbteiles eingesetzt, so ist zu unterscheiden:

a) Erschöpfen die Anteile der bestimmt eingesetzten Erben den Nachlaß nicht, so erhalten die ohne Teilbestimmung eingesetzten Erben den Rest des Nachlasses, und zwar zu gleichen Teilen<sup>1)</sup> (§ 557).

b) Wenn aber die Anteile der bestimmt eingesetzten Erben den Nachlaß erschöpfen oder schon an sich übersteigen, so müssen sich die auf bestimmte Anteile eingesetzten Erben eine verhältnismäßige Herabminderung ihrer Anteile in der Art gefallen lassen, daß der, beziehungsweise jeder ohne Teilbestimmung eingesetzte Erbe einen gleichen Erbteil mit demjenigen erhält, der am geringsten bedacht worden ist, oder, wenn die ausgemessenen Erbteile gleich groß sind, einen gleichen Erbteil mit jedem auf einen bestimmten Anteil eingesetzten Erben<sup>2)</sup><sup>3)</sup>. Überhaupt gilt der Grundsatz, daß in allen Fällen, wo ein Erblasser sich verrechnet hat, die Teilung auf eine solche Art vorzunehmen ist, wodurch der Wille des Erblassers nach den über das Ganze erklärten Verhältnissen möglichst erfüllt wird (§ 558)<sup>4)</sup>.

Es können nun aber auch mehrere Erben lediglich auf einen Erbteil berufen werden, und zwar:

a) vom Erblasser, indem mehreren Erben ein Erbteil zugewiesen wird<sup>5)</sup>;

b) in dem ersten der beiden in § 559 erwähnten Fälle<sup>6)</sup>. Finden sich nämlich unter den im Testamente zu Erben eingesetzten Verwandten des

Verwandten des Erblassers oder vom Gesetze (§ 554—559, bes. 555, 557, 558) angeordneten Erbteile zur ganzen Verlassenschaft in Bruchteilen der letzteren, bringe sofort diese Brüche, wenn sie nicht gleichnamig sind, unter gleiche Benennung und addiere dann die Zähler derselben; der Gesamtbetrag dieser Zähler gibt den eigentlichen Nenner und die einzelnen Zähler selbst die eigentlichen Zähler der gesuchten Verlassenschaftsteile.“ Beispiel: Es wurden eingesetzt: A zu  $\frac{1}{2}$ , B zu  $\frac{1}{3}$ , C zu  $\frac{1}{4}$ , D zu  $\frac{1}{6}$  der Verlassenschaft. Man bringt die Brüche auf den gleichen Nenner: 12; also:  $\frac{6}{12}$ ,  $\frac{4}{12}$ ,  $\frac{3}{12}$ ,  $\frac{2}{12}$ . Die Summe der Zähler — der nunmehrige Nenner ist 17. Es erhielten also A  $\frac{6}{17}$ , B  $\frac{4}{17}$ , C  $\frac{3}{17}$ , D  $\frac{2}{17}$ . — Vgl. hierzu auch Stubenrauch 1, Note 6 auf S. 763 und Note 1 auf S. 764.

<sup>1)</sup> Ebenso § 2090 d. BGB.

<sup>2)</sup> Ebenso 2092, Abf. 1 d. BGB.

<sup>3)</sup> Beispiel: Die letztwillige Anordnung lautet: Erben sollen sein: A zu  $\frac{1}{2}$ , B zu  $\frac{1}{3}$ , C zu  $\frac{1}{4}$ , D zu  $\frac{1}{6}$ , ferner E und F. Nach der in der vorigen Note dargestellten Berechnungsmethode findet man zunächst den gemeinsamen Nenner: 12. Die Brüche lauten nun:  $\frac{6}{12}$ ,  $\frac{4}{12}$ ,  $\frac{3}{12}$ ,  $\frac{2}{12}$ . E und F müssen jeder soviel bekommen wie D, also  $\frac{2}{12}$ . Man summiert die Zähler:  $6 + 4 + 3 + 2 + 2 + 2 = 19$ . Es erhalten demnach A  $\frac{6}{19}$ , B  $\frac{4}{19}$ , C  $\frac{3}{19}$ , D  $\frac{2}{19}$ , E  $\frac{2}{19}$ , F  $\frac{2}{19}$ . Vgl. auch die Beispiele bei Haerdtl, a. a. O. S. 146, 147; Stubenrauch 1, Noten 2 und 3 auf S. 765.

<sup>4)</sup> Ebenso § 2092, Abf. 2 d. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. § 2084 d. BGB.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu § 2093 d. BGB.

<sup>7)</sup> Die Norm des zweiten Satzes, daß ein Körper, eine Gemeinde, eine Versammlung (z. B. die Armen) immer nur für eine Person gerechnet werden, befaßt nur etwas Selbstverständliches. Bezüglich der Armen dürfte wohl das von Vermächtnissen an Arme handelnde HofD. v. 3. VI. 1846 (RG. 964) (vgl. Note 1 auf S. 120 dieses Bandes) analog anzuwenden sein.

Erblassers solche, welche neben den anderen gleichfalls eingesetzten Verwandten des Erblassers bei der gesetzlichen Erbfolge nach diesem Erblasser als eine Person (ein Stamm) angesehen werden müssen, so werden sie auch bei der Verteilung des Nachlasses nach dem Testamente für eine Person (Stamm) angesehen. Hierbei ist es gleichgültig, ob solche Personen lediglich mit anderen Verwandten des Erblassers oder auch mit anderen, nicht in diesem Verhältnisse zum Erblasser stehenden Personen eingesetzt sind<sup>1)</sup>, ferner, ob die eingesetzten Verwandten des Erblassers in concreto ab intestato wirklich sukzedieren würden, also die nächsten Verwandten sind oder nicht<sup>2)</sup>. Hingegen greift die Bestimmung des ersten Satzes des § 559 nicht Platz:

1. wenn die im Testamente eingesetzten Personen nicht Verwandte des Erblassers sind<sup>3)</sup>;

2. wenn Verwandte, die einen Stamm bilden, lediglich und allein mit Fremden konkurrieren<sup>4)</sup>;

3. wenn solche Verwandte des Erblassers im Testamente nebeneinander eingesetzt werden, die bei der Intestaterbfolge nach diesem Erblasser gar nicht zusammentreffen können (z. B. Verwandte verschiedener Linien, Verwandte mit ihren Abstämmlingen)<sup>5)</sup>;

4. wenn nicht sämtliche, sondern nur einige Glieder eines Stammes eingesetzt sind<sup>6)</sup>; endlich

5. — da der erste Satz des § 559 ja nur eine Auslegungsregel ist — nicht nur, wenn der Erblasser die Anwendung dieser Regel durch eine gegenteilige ausdrückliche Willenserklärung ausgeschlossen hat, sondern auch, wenn sie dem sonst deutlich erkennbaren Willen des Erblassers nicht entspricht<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 81; Stubenrauch 1, 766 f. (Note 6); Anders 25. U. M. Krainz 2, 621.

<sup>2)</sup> So schon Dr. J. P., Zivilrechtsfall zur Erläuterung des § 559 ABGB, in Wagners 3. 1828, II, 54 f. Vgl. auch Stubenrauch 1, 766 f. (Note 6).

<sup>3)</sup> Über diese Beschränkung, vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 78. Vgl. auch Dr. J. P., a. a. O. 45 ff.; Stubenrauch 1, 767; Krainz 2, 621.

<sup>4)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 81; Stubenrauch 1, 767 und Note 1.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Dr. J. P., a. a. O. 55 f.; Stubenrauch 1, 767; Krainz 2, 621; Anders 25.

<sup>6)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 81 und Noten 34—36; Stubenrauch 1, 767; Krainz 2, 621 und Note 9; Anders 25. U. M. Unger 6, Anm. 9 auf S. 66; und wohl auch Dr. J. P., a. a. O. 65.

<sup>7)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 9 auf S. 65 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 81 f.; Stubenrauch 1, 767; Krainz 2, 621 (Note 11); Gl. 13285 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Die letztwillige Anordnung lautete: „Zu meinen Alleinerben ernenne ich meine Tochter C zu  $\frac{1}{4}$  und meine Enkel A, B, C, D zu  $\frac{3}{4}$  des reinen Nachlasses.“ Die Enkelin A war das einzige Kind der verstorbenen Tochter C, die B, C, D Kinder der verstorbenen Tochter F. Der OGH. erkannte auf Teilung nach Köpfen); Gl. 2146 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Ein Erblasser hatte die Kinder seines Bruders und seiner Schwester zu gleichen Teilen eingesetzt. Mit Rücksicht auf die Worte „zu gleichen Teilen“ erkannte der OGH.

Überhaupt gilt ganz allgemein der Grundsatz, daß der Wille des Erblassers soviel als möglich erfüllt werde<sup>1)</sup>, und daß, wo es an einer deutlichen Willensäußerung fehlt, sein Wille nach Tunlichkeit aus den übrigen Umständen zu erforschen ist<sup>2)</sup>.

ad II. Unter der Überschrift „Recht des Zuwachses“ stellt das ABGB. in den §§ 560—563 nachstehende Regeln, die als Ausdruck des vermuteten Willens des Erblassers erscheinen, daher durch einen entgegengesetzten Willen des Erblassers ausgeschlossen werden<sup>3)</sup>, auf:

1. Sind alle Erben ohne Bestimmung der Teile oder unter dem allgemeinen Ausdrucke einer gleichen Teilung<sup>4)</sup> („unbestimmt“) eingesetzt<sup>5)</sup>, und es kann (z. B. weil er vor dem Erblasser<sup>6)</sup> oder vor dem Eintritt der Suspensionsbedingung<sup>7)</sup> verstorben oder erbfähig ist) oder will (Ausschlagung, Verzicht) ein eingesetzter Erbe von seinem Erbrechte keinen Gebrauch machen, so wächst der erledigte Erbteil den übrigen eingesetzten Erben, richtiger den Erbteilen der Miterben, zu (§ 560).

Der Zuwachs, das Anwachsen erfolgt ipso jure, d. h. ohne daß es einer darauf gerichteten Willenserklärung bedarf, und unabweislich, d. h. ohne daß der Erbe die akkreszirende Portion ausschlagen kann<sup>8)</sup><sup>9)</sup>, und

auf Teilung nach Köpfen). Darüber, daß der Zusatz „zu gleichen Teilen“ in der Regel als Anordnung einer Kopfteilung anzufassen sein wird, vgl. auch Dr. J. P., a. a. O. 66; Unger 6, Anm. 9 auf S. 65 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 81; Stubenrauch 1, 764 (Note 4); Anders 25. — Vgl. hier ferner auch Gl. 15966.

<sup>1)</sup> Vgl. § 2084 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu u. a. Stubenrauch 1, 759 f. samt Noten.

<sup>3)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 429 f.; Unger 6, 156 und Anm. 2 auf S. 157; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 85 f.; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 1, 140 ff., der (S. 150) die Frage, wie die Akkreszenz nach österreichischem Recht zu konstruieren sei, prinzipiell dahin beantwortet, daß diese Akkreszenz zufolge eines vom Erblasser zwar nicht ausgedrückten, vom objektiven Rechte aber als vorhanden angenommenen Substitutionswillens eintritt; Stubenrauch 1, 769; Krainz 2, 621; Anders 82.

<sup>4)</sup> Das ist auch der Fall, wenn es in der letztwilligen Anordnung heißt; „zu drei, vier usw. gleichen Teilen“. Vgl. Gl. 820; Gl. 361.

<sup>5)</sup> Nach dem d. BGB. wächst ein erledigtes Erbteil auch den in bestimmte Erbteile eingesetzten Erben an. Die Anwachsung erfolgt nach dem Verhältnis der Erbteile. Doch ist Voraussetzung der Anwachsung, daß die mehreren Erben in der Weise eingesetzt sind, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen. Ist hingegen durch die Erbeinsetzung nur über einen Teil der Erbschaft verfügt, und findet in Ansehung des übrigen Teiles die gesetzliche Erbfolge statt, so tritt die Anwachsung unter den eingesetzten Erben nur ein, soweit sie auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt sind (§ 2094).

<sup>6)</sup> Vgl. Gl. 820, 15669; Gl. 361.

<sup>7)</sup> Vgl. Gl. 1368 (Letztwillige Anordnung, daß eine gerichtlich verwahrte Geldsumme den Deszendenten eines bestimmten Kindes nach erreichter Großjährigkeit zu gleichen Teilen zufallen solle. Tritt bei Versterben eines einzelnen Deszendenten nach erreichter Großjährigkeit, aber vor Großjährigkeit des jüngsten Deszendenten Erbfolge oder Akkreszenz ein? Der OGH. entschied im konkreten Falle für die Erbfolge).

<sup>8)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 86 f. und die dort Zitierten; Stubenrauch 1, 769; Krainz 2, 622; Anders 83.

<sup>9)</sup> Ebenso § 1951 d. BGB.



tritt auch in der Person des Erbserben ein, d. h. auch dann, wenn der Akkreszenzberechtigte die Erledigung des anwachsenden Erbteils nicht erlebt hat, folglich auch dann, wenn der Akkreszenzberechtigte im Zeitpunkte der Erledigung des Erbteils nicht mehr erbfähig ist<sup>1)</sup> (*pars parti accrescit*).

Erledigt ist ein Erbteil erst, wenn der Erblasser keine für den betreffenden Fall wirksame Substitution rücksichtlich dieses Erbteiles angeordnet hat<sup>2)</sup><sup>3)</sup> und auch keine Transmiffion (§ 809) wirksam wird.

Mit dem anwachsenden Erbteile gehen auch die damit verknüpften Lasten, insofern sie nicht auf bloß persönliche Handlungen des eingesetzten Erben eingeschränkt sind, auf den Übernehmer des Erbteiles über (§ 563) (*pars accrescit cum suo onere*). Es gehen also über: fideikommissarische Substitutionen, Vermächtnisse<sup>4)</sup> und Auflagen<sup>5)</sup>, wenn die letzteren nicht so beschaffen sind, daß sie nur vom eingesetzten Erben hätten erfüllt werden können oder nach der Absicht des Erblassers hätten erfüllt werden sollen. Hingegen gehören zu den Lasten, die auf den Übernehmer mit übergehen, in Zweifel nicht auch Bedingungen (arg. § 702)<sup>6)</sup><sup>7)</sup>.

2. Sind alle Erben in bestimmte Erbteile eingesetzt, so gebührt keinem ein Zuwachsrecht. Ein erledigter Erbteil wächst nicht den übrigen, bestimmt eingesetzten Erben zu, sondern fällt den gesetzlichen Erben an (§ 562)<sup>8)</sup>.

3. Sind mehrere Erben in denselben speziell angegebenen Erbteil (*re* oder *re et verbis conjuncti*) unbestimmt oder unter dem allgemeinen Ausdruck einer gleichen Teilung eingesetzt, und es fällt einer von ihnen aus, so genießen die auf denselben Erbteil Miteingesetzten in Ausübung des Zuwachsrechtes bezüglich des gemeinsamen Erbteiles vor den übrigen Erben einen Vorzug<sup>9)</sup>.

4. Sind ein oder einige Erben unbestimmt, ein anderer oder mehrere andere auf bestimmte Erbteile eingesetzt, so wächst der erledigte Erbteil

<sup>1)</sup> Vgl. auch Anders 83.

<sup>2)</sup> Ebenso § 2099 d. BGB.

<sup>3)</sup> Über eine Ausnahme von dieser Regel, vgl. weiter unten S. 100 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Ebenso § 2161 d. BGB.

<sup>5)</sup> Ebenso § 2192 d. BGB.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 91 f.; Stubenrauch 1, 769; Krainz 2, 622; Anders 82.

<sup>7)</sup> Mit Rücksicht darauf, daß auch nach d. BGB. einerseits die Annahme eines Erbteils die Ausschlagung des anwachsenden unzulässig macht, andererseits die mit dem anwachsenden Erbteil verknüpften Lasten auf den Übernehmer des Erbteils übergehen, gewährt das d. BGB. einen Schutz gegen die allfällige Benachteiligung eines Erben durch Anwachsen eines überschwerteten Erbteils, indem es in § 2095 (vgl. auch § 1935) bestimmt, daß der durch Anwachsung einem Erben anfallende Erbteil in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit denen dieser Erbe oder der wegfallende Erbe beschwert ist, sowie in Ansehung der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil gilt.

<sup>8)</sup> Anders das d. BGB.; vgl. weiter oben Note 5 auf S. 93 dieses Bandes.

<sup>9)</sup> Vgl. § 2094 d. BGB.

nur den unbestimmt eingesetzten Erben zu und fällt, wenn kein unbestimmt eingesetzter Erbe vorhanden ist, den gesetzlichen Erben an (§§ 561, 562). Ein bestimmt eingesetzter Erbe hat also in keinem Falle ein Zuwachsrecht, mag ein bestimmt oder ein unbestimmt eingesetzter Erbe wegfallen<sup>1)</sup><sup>2)</sup>.

Obwohl das ABGB. das Recht des Zuwachses nur bei der testamentarischen Erbfolge erwähnt, so ist doch nicht zu zweifeln, daß es auch unter gesetzlichen Erben in gleicher Weise und mit gleicher Notwendigkeit Platz greift<sup>3)</sup>. Doch wird es hier nicht nur durch die Transmiffion, sondern auch durch die sogenannte Repräsentation ausgeschlossen<sup>4)</sup>. Auch haben zunächst die zu demselben Stamme oder zu derselben Stammesgruppe Gehörigen vor den übrigen den Vorzug<sup>5)</sup>.

## § 18.

### Die gegenseitige Erbeinsetzung (Das gemeinschaftliche Testament)<sup>6)</sup>.

Ein Testament kann in der Regel bei sonstiger Ungültigkeit für alle Teile nur den letzten Willen eines Erblassers enthalten (§ 583): ein Testament — eine Erbschaft<sup>7)</sup>.

Nur Ehegatten<sup>8)</sup>, d. h. Personen, die durch das Band einer gültigen<sup>9)</sup> Ehe verbunden sind, — und wohl auch Brautleute, dafern der Abschluß der Ehe nachfolgt (arg. Hfd. v. 25. VI. 1817 [RG. 1340])<sup>10)</sup> — können

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 91.

<sup>2)</sup> Anders das d. BGB.; vgl. weiter oben Note 5 auf S. 93 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> So auch Unger 6, S. 157 und Anm. 6 auf S. 159; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 88 f.; Steinlechner, a. a. O. I, 139; Stubenrauch 1, 769; Krainz 2, 622; Anders 83; Gl. 1403, 3780. U. M. Mühlfeld, in Schopfs Arch. 1, 167, der aber (S. 168) anerkennt, daß ein ähnliches Resultat, wie bei der testamentarischen Erbfolge aus dem Zuwachsrechte, bei der Intestaterbfolge schon aus ihrer Natur fließe, aber nur dort, wo das Gesetz die Berufenen nicht auf bestimmte Teile einschränke. — Das d. BGB. nimmt im § 1935 auf den Fall des Zuwachses unter gesetzlichen Erben Bezug, spricht aber hier nicht von „Anwachsung“, wie bei der testamentarischen Erbfolge (§§ 2094 f.), sondern von „Erhöhung des gesetzlichen Erbteils“.

<sup>4)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 89; Stubenrauch 1, 769; Anders 83.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger 6, 157; Anders 83.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Prot. I, S. 350, 441 ff.; II, S. 431; weiters Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten (1860) 92 ff.; Unger 6, 97 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 165 ff.; dies., Erläuter. 2, 100 ff.; Otto Fischer, Zur Lehre von den gemeinschaftlichen Testamenten der Eheleute, in Arch. Bürg. 6, 54 ff.; Stubenrauch 2, 549 ff.; Krainz 2, 631 f. Anders 37 f.

<sup>7)</sup> Vgl. Gl. 10 605 (Ungültigkeit des von Schwiegermutter und Schwiegerjohn gerichtlich errichteten gemeinschaftlichen Testamentes; Gl. 2371 (Ungültigkeit des von zwei Schwestern gemeinschaftlich errichteten Testamentes).

<sup>8)</sup> So auch § 2265 d. BGB.

<sup>9)</sup> Vgl. § 2268 d. BGB.

<sup>10)</sup> So auch Unger, 6, Anm. 4 auf S. 98; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 167; Stubenrauch 2, 549 (Note 3); Krainz 1, 631 (Note 54); Anders 38; Gl. 10 605. — Nach d. BGB. sind von Verlobten errichtete gemeinschaftliche Testamente ungültig.



ein gemeinschaftliches Testament errichten. In dem gemeinschaftlichen Testamente (*testamentum simultaneum*) können die Ehegatten entweder nur dritte Personen oder nur einer den anderen oder nur sich gegenseitig oder auch andere Personen zu Erben einsetzen (§ 1248)<sup>1)</sup>, letzteres, indem entweder die wechselseitige Erbeinsetzung nur auf einen aliquoten Teil des Nachlasses beschränkt wird, oder zugleich mit der wechselseitigen Erbeinsetzung auch Anordnungen über die Erbfolge für den Fall des (gleichzeitigen) Versterbens beider Teile<sup>2)</sup> oder für die Erbfolge nach dem Tode des Überlebenden<sup>3)</sup> getroffen werden<sup>4) 5)</sup>.

Die gegenseitige Erbeinsetzung (*testamentum reciprocum*) kann eine korrespondierende (d. h. der Bestand und Fortbestand der einen Erbeinsetzung kann von dem Bestande und dem Fortbestande der anderen abhängig gemacht, also resolutiv bedingt sein<sup>6)</sup>) oder lediglich eine reziproke sein.

Gemeinschaftlich ist das Testament, wenn *uno actu* testiert wird. Die für die Testamentserrichtung vorgeschriebene Form ist nur einfach zu beobachten; die gebrauchte Form muß aber fähig sein, beide Willenserklärungen zu umschließen<sup>7)</sup>. Zulässige Formen sind demnach:

1. die Form des schriftlichen Privattestamentes. Die Gültigkeit eines gemeinschaftlichen schriftlichen Privattestamentes ist durch die Aufnahme eines Notariatsaktes nicht bedingt, da Testamente nicht Ehepakte sind<sup>8)</sup>. Das schriftliche Privattestament kann als gemeinschaftliches entweder in der Art errichtet werden, daß jeder Ehegatte seine Anordnungen eigenhändig schreibt, und beide erst am Schlusse beider aneinander anschließender Testamente sich unterschreiben, oder in der Art, daß die Zeugen die auf ein Papier geschriebenen, von beiden Ehegatten unterschriebenen und von beiden als ihr letzter Wille bestätigten Anordnungen nur einmal unterschreiben. Hat einer

<sup>1)</sup> Dagegen, daß in einem gemeinschaftlichen Testamente jedenfalls auch der Gatte eingesetzt werden muß, und dritte Personen nur neben ihm bedacht werden können, Unger 6, Anm. 4 auf S. 98; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 167; Semata, Nochmals zum Kapitel der Erbverträge und wechselseitigen Testamente, in Notz. 1894, Nr. 29; Dfner, Zu § 1248 ABGB., in Notz. 1894; Krainz 2, 631 (Note 57). Vgl. auch Stubenrauch 2, 550 f.; Anders 38. Anders Fried, Zum Kapitel der Erbverträge und wechselseitigen Testamente, in Notz. 1893, Nr. 47.

<sup>2)</sup> Vgl. Gl. 4324 und hierzu Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 108 (Note 42).

<sup>3)</sup> Vgl. § 2269 d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 106 ff.; Stubenrauch 2, 551 (Note 2); Gl. 4977; Gl. 1160. — Vgl. hier auch Vas, Erbverteilung erst nach dem Tode beider Gatten, Notz. 1907, Nr. 9.

<sup>5)</sup> Selbstverständlich können auch anderweitige Verfügungen zugunsten dritter Personen in einem gemeinschaftlichen Testamente getroffen, z. B. gemeinschaftliche Vermächtnisse angeordnet werden. Vgl. Gl. 11869, 15372. — Vgl. auch § 2269, Abs. 2 d. BGB.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 168 (Note 22).

<sup>7)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 166; Anders 38.

<sup>8)</sup> So auch Nowak, in ÖstABZ. 1874, Nr. 47, 48 (vgl. den dort zitierten JMG.); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 166; Stubenrauch 2, 550; Krainz 2, 631 (Note 55); Gl. 7049 (Spr. R. 99).

der Ehegatten das Testament geschrieben, und beide Ehegatten das Testament unterschrieben (ohne Zuziehung von Zeugen), so ist das Testament des Ehegatten, der den Aufsatz geschrieben und unterschrieben hat, gültig, das des anderen ungültig<sup>1) 2)</sup>.

2. die Form des öffentlichen schriftlichen, und

3. die Form des öffentlichen mündlichen Testaments, indem beide Ehegatten gemeinschaftlich das von beiden unterschriebene Testament zu Gericht oder dem Notare übergeben, oder über ihre beiderseitigen letzten Anordnungen ein Protokoll aufgenommen wird.

Unzulässig erscheint die Form des mündlichen Privattestamentes<sup>3)</sup>.

Da das gemeinschaftliche Testament die letzten Willenserklärungen zweier Erblasser enthält, so kann es an sich rücksichtlich des einen Erblassers ungültig sein<sup>4)</sup> oder werden, während es rücksichtlich des anderen gültig ist, beziehungsweise bleibt. Auch kann jeder der beiden Ehegatten seine letzte Willenserklärung abändern oder widerrufen<sup>5)</sup>, und es kann an sich, d. h. wenn das gemeinschaftliche Testament nicht ausdrücklich als korrespondierendes erklärt ist, aus dem Widerruf des einen nicht auf den des anderen geschlossen werden (§ 1248). Der überlebende Ehegatte kann sein Testament, auch nachdem er die Erbschaft des Verstorbenen erworben hat, widerrufen<sup>6)</sup>. Im Zweifel wird also gemeinschaftliches Testament, nicht Erbvertrag<sup>7)</sup>, und nur gemeinschaftliches reziprokes, nicht aber korre-

<sup>1)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 166. Hingegen erklärt Gl. 3417 ein solches Testament als für beide Teile ungültig.

<sup>2)</sup> Nach dem d. BGB. (§ 2267) genügt es zur Errichtung eines gemeinschaftlichen holographen Testamentes, wenn einer der Ehegatten das Testament in der für holographen Privattestamente im § 2231, Z. 2, vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle. Die Erklärung muß unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden.

<sup>3)</sup> So auch Stubenrauch 2, 550; Anders 38. Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 166 und Note 9a auf S. 167. Anders E. OGH. v. 15. III. 1850, Z. 781, Peitler 1004; Rippel, Darstellung der Rechte der Ehegatten S. 133, 135.

<sup>4)</sup> So schon Rippel, a. a. O. 136.

<sup>5)</sup> Vgl. u. a. Gl. 1730.

<sup>6)</sup> Doch muß er bei einem korrespondierenden Testamente dasjenige, was er als Erbe des vorverstorbenen Ehegatten erworben hat, herausgeben. — Vgl. zu allen diesen Fragen Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 166 ff.; Stubenrauch 2, 551 f.; Anders 38; Gl. 1160 (Wenn zwei Ehegatten in einem wechselseitigen Testamente eine Erbeinsetzung bezüglich jenes Vermögens vornehmen, welches der an zweiter Stelle Versterbende hinterlassen wird, so liegt darin bezüglich des Nachlasses des Vorversterbenden eine fideikommissarische Substitution), 3228. — In der Praxis ist es streitig, ob der überlebende Ehegatte die im gemeinsamen Testamente gemeinsam angeordneten Vermächtnisse widerrufen kann. Gl. 11869 verneint die Frage unbedingt. Gl. 3228 erklärt den Widerruf bezüglich der Hälfte der Vermächtnisse für zulässig. Diese Ansicht ist wohl die richtige.

<sup>7)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 168 f.; Stubenrauch 2, 550; Krainz 2, 660; Anders 38; Gl. 311, 1662, 2627, 8887, 12530. Nicht widersprechend Gl. 3200. Vgl. hier auch u. a. Rg., Zur Lehre der §§ 1248, 1249 und 1253 ABGB., in Notz. 1882, Nr. 40.

spektives Testament angenommen. Letzteres muß ausdrücklich bedungen werden <sup>1)</sup> <sup>2)</sup>).

## § 19.

### II. Die gemeine Substitution <sup>3)</sup>.

I. Die testamentarische Anordnung, durch welche eine Person zur Erbfolge berufen wird, wenn eine andere zunächst berufene die Erbschaft nicht erlangt, heißt gemeine Substitution (§ 604). Die gemeine Substitution ist sonach eine Erbeinsetzung des Nachberufenen (Substituierten, Ersatzerben <sup>4)</sup>) unter der Bedingung, daß der vorher Berufene („zunächst Berufene“) die Erbschaft nicht erlangt <sup>5)</sup>. Diese Bedingung kann entweder allgemein dahin lauten: „wenn der Vorberufene überhaupt die Erbschaft nicht erlangt“, so daß also der Nachberufene sowohl dann, wenn der Vorberufene nicht Erbe sein kann, als auch dann, wenn er nicht Erbe sein will, Erbe werden soll; oder aber die der Substitution gesetzte Bedingung kann lauten: „wenn der Vorberufene nicht Erbe sein kann“, oder: „wenn der Vorberufene nicht Erbe sein will“, oder endlich auch nur einen speziellen Fall des Nichterbestehens (z. B. nur das Vorversterben vor dem Erblasser oder nur die Erbunfähigkeit im Zeitpunkte des Erbansfalles, beibehalten. Lautet die angeordnete Substitution auf den Fall: „wenn der Vorberufene nicht Erbe sein kann“ oder auf den Fall: „wenn der Vorberufene nicht Erbe sein will“, so wird der Wille des Erblassers dahin interpretiert <sup>6)</sup>, daß der andere Fall des Nichterbestehens des Vorberufenen ausgeschlossen sei (§ 605); d. h. daß, wenn Bedingung der Substitution das Nichterbestehen des Institutierten ist, die Substitution vereitelt ist, falls der Institutierte nicht Erbe sein will, und daß, wenn Bedingung der Substitution das Nichterbestehen des Institutierten ist, die Substitution vereitelt ist, falls der Institutierte nicht Erbe sein kann. Dementsprechend ist auch die auf einen bestimmten Fall des Nichterbestehens angeordnete

<sup>1)</sup> Vgl. Unger 6, 107 und Anm. 8 auf S. 109; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 167; Stubenrauch 2, 551 (Note 4); Krausz 2, 661; Anders 38.

<sup>2)</sup> Anders das d. BGB. (§ 2270), das in gewissen Fällen, insbesondere im Falle gegenseitiger Bedingung der Ehegatten, Korrespondenz annimmt. Über den Widerruf bei korrespondierenden Testamenten vgl. § 2271 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 87 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 210 ff.; Stubenrauch 1, 805 ff.; Krausz 2, 644 ff.; Anders 29 ff.; ferner auch Gutwaf, Zum Wesen des Nachbrevchtes nach österreichischem Recht, in OstzBl. 25, S. 893 ff., 989 ff.

<sup>4)</sup> Diesen Terminus verwendet das d. BGB. (§§ 2096 ff.).

<sup>5)</sup> Dagegen Gutwaf, a. a. O., der behauptet, daß den Substitutionsanordnungen des österreichischen Rechts die Idee des Vertretungstestamentes zugrunde liege. Die gemeine Substitution stelle sich als die Ernennung eines erbrechtlichen Repräsentanten, beziehungsweise eines außerordentlichen Transmissars für den Erben dar.

<sup>6)</sup> Es handelt sich also nur um eine Auslegungsregel. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 219; Stubenrauch 1, 806 (Note 3); Krausz 2, 645 (Note 5). — Die entgegengesetzte Auslegungsvorschrift enthält § 2097 d. BGB.

Substitution auf einen anderen Fall des Nichterbestehens nicht auszudehnen <sup>1)</sup>.

II. Da die gemeine Substitution eine Erbeinsetzung des Substituierten ist, so steht auch die Anordnung einer gemeinen Substitution unter der Regel des § 564, derzufolge der Erblasser den Erben selbst einsetzen muß und dessen Ernennung nicht dem Ausspruche eines Dritten überlassen kann. Und da die gemeine Substitution weiterhin eine bedingte Erbeinsetzung ist, so unterliegt sie auch der für bedingte Erbeinsetzungen aufgestellten Regel des § 703. Der Nachberufene muß also nicht nur den Tod des Erblassers, sondern, wenn er auf den Fall, daß der Vorberufene nicht Erbe sein will, berufen ist, auch den Eintritt der seiner Berufung gesetzten Bedingung, nämlich die Ausschlagung der Erbschaft durch den Vorberufenen, erleben und in diesem Zeitpunkte erbfähig sein <sup>2)</sup> <sup>3)</sup>.

III. Die gemeine Substitution kann ausdrücklich oder stillschweigend angeordnet werden. Insbesondere ist in jeder fideikommissarischen Substitution stillschweigend die gemeine begriffen (§ 608 <sup>4)</sup>); nicht aber umgekehrt (§ 614). Einen weiteren Fall stillschweigender gemeiner Substitution enthält § 779 <sup>5)</sup>.

IV. Der Nachberufene erwirbt das Recht, Erbe zu werden, wenn entschieden ist, daß der Institutierte selbst aus dem Testamente (§ 808) nicht Erbe wird. Der Erstherbe geht im Zweifel dem Transmissar vor <sup>6)</sup>. Das ist allerdings bestritten worden <sup>7)</sup>. Aber diese gegenteilige Meinung ist zweifellos unrichtig, da sie dem § 615 widerspricht und auch im Widerspruch mit dem Wortlaute der §§ 604 und 809 steht.

<sup>1)</sup> So auch Stubenrauch 1, 806; Krausz 2, 645. Dagegen Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 220 f.; auch Unger 6, Anm. 4 auf S. 89.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, 88; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 222 ff.; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 1, S. 336 ff. und Note 2; 2, S. 135 und Note 2 auf S. 135 f.; Stubenrauch 1, 806. U. M. — also dafür, daß der Anfall an den Ersatzerben immer schon mit dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers erfolge — Strohal, Transmissio pendente condicione S. 13, 58 f., 66 ff.; Krausz 2, 645 f. (vgl. aber die Einschränkung bei Krausz 2, 646 [Note 9]). Unentschieden Anders 30.

<sup>3)</sup> Anders nach d. BGB. (Analogie aus §§ 1953, 2344). Vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 160 f.

<sup>4)</sup> Ebenso § 2102, Abs. 1 d. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. Krausz 2, 623 f.; Anders 130; ferner § 2069 d. BGB.

<sup>6)</sup> Wie der Text, auch Unger 6, S. 88 und Anm. 7 auf S. 90, S. 150 und Anm. 18 auf S. 153; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 221 ff.; Steinlechner, a. a. O. 2, 136 (Note); Stubenrauch 1, S. 742 (Note 4), 818; Krausz 2, S. 646 f. und Note 14, 647 f.; Anders 30 f.

<sup>7)</sup> Von Krausz (in früheren Auflagen) und insbesondere von Strohal, a. a. O. 7 ff. (über und gegen die Argumentation Strohal's vgl. weiter unter Note 4 auf S. 263 dieses Bandes). Neuestens nimmt Louailon (Die erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs einer Novelle zum BGB., in Notz. 1903, S. 212; und Geht der Vulgarsubstitut dem Transmissar vor?, in Notz. 1909, Nr. 17 ff.) gegen die im Texte vertretene Ansicht Stellung.

Der Substitut wird, wenn die seiner Einsetzung gefetzte Bedingung eingetreten ist, und er die Erbschaft angenommen hat, Erbe an Stelle des vorberufenen Erben. Daraus folgt, daß mit dem Erbteile des Vorberufenen auch die diesem auferlegten und nicht ausdrücklich oder nach Beschaffenheit der Umstände auf seine Person eingeschränkten Lasten (insbesondere Vermächtnisse, Auflagen) auf den Nachberufenen übergehen (§ 606)<sup>1)</sup>. Ebenso aber auch das jus accrescendi, das dem Vorberufenen zustand. Hingegen ist eine der Einsetzung des Instituierten beigefügte Bedingung im Zweifel nicht auf den Substituten auszudehnen (§ 702)<sup>2)</sup>.

Der Erblasser kann einem Erben unbeschränkt viele Personen nacheinander mittels der gemeinen Substitution substituieren (§ 604). Unter mehreren nacheinander Berufenen wird „der in der Reihe zunächst Berufene“ Erbe (§ 604); d. h. dem in der Reihenfolge der Erbeinsetzungen später Eingesezten wird die Erbschaft erst defertiert, fällt die Erbschaft erst an, wenn die ihm Vorberufenen weggefallen sind. Hierbei ist aber gleichgültig, in welcher Reihenfolge dieser Wegfall erfolgt ist. Dies wird auch dahin ausgedrückt, daß der Substitut des Nachberufenen auch dem Vorberufenen substituiert ist: substitutus substituto etiam est substitutus instituto<sup>3)</sup>.

Auch nebeneinander können einem Instituteten mehrere Personen, und andererseits kann mehreren Erben eine Person substituiert werden. Und zwar ist im letzteren Falle zu unterscheiden: Sind die mehreren Erben akkreszenzberechtigt, so gilt wohl die Substitution für den Fall, daß sie alle wegfallen (Ausnahme von der Regel, daß die Substitution der Akkreszenz vorangeht). Sind aber die Institutierten auf bestimmte Erbteile eingesetzt, so gilt die Substitution für jeden einzelnen der Institutierten<sup>4)</sup>. Auch Miterben können einander substituiert werden, und zwar entweder einzelne Miterben einander oder alle Miterben wechselseitig, d. h. jedem Miterben die übrigen Miterben. Sind lediglich die Miterben einander wechselseitig substituiert, so erben sie in Ermangelung einer anderen Verfügung des Erblassers als Substituten in demselben Verhältnisse, in welchem sie als Erben instituiert sind (§ 607), d. h. die erledigte Erbportion wird unter ihnen in dem für die Erbeinsetzung bestimmten Verhältnisse verteilt. Ist aber neben dem wechselseitig substituierten Miterben noch sonst jemand in der Substitution berufen, also auch ein Nichterbe substituiert, so fällt allen der erledigte Erbteil zu gleichen Teilen zu (§ 607)<sup>5)</sup>, es wäre denn,

<sup>1)</sup> So auch das d. BGB. (§§ 2161, 2192).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 225 f., 591 f.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu auch Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 159 (Note 28).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu auch Strohal, a. a. O. 1, 159 f.

<sup>5)</sup> So auch § 2098 d. BGB.

daß dem substituierten Nichterben ein bestimmter Teil von der erledigten Erbportion ausgemessen wäre, in welchem Falle der Rest den wechselseitig substituierten Miterben im Verhältnisse ihrer Institutionsportionen zugewiesen wird<sup>1)</sup>.

Die gemeine Substitution erlischt, wenn die ihr gefetzte Bedingung defizient, somit in allen Fällen, wenn der Vorberufene die Erbschaft angetreten hat (§ 615).

## § 20.

### III. Die fideikommissarische Substitution<sup>2)</sup>.

I. Die fideikommissarische Substitution ist die „Ernennung eines Erben“ (§ 564), welcher die Erbschaft oder einen aliquoten Teil der Erbschaft nach und von einem zunächst ernannten Erben erhalten soll, dem der eingesetzte Erbe die angetretene Erbschaft oder einen aliquoten Teil der Erbschaft bei seinem Tode oder in anderen bestimmten Fällen herausgeben soll (§ 608). Derjenige, der die Erbschaft zunächst erwerben, zunächst Erbe werden soll, heißt Fiduziar, Vorerbe (eingesetzter Erbe), derjenige, der nach diesem Erbe werden, dem dieser die angetretene Erbschaft überlassen soll, Fideikommissar, Nacherbe<sup>3)</sup>. Die fideikommissarische Substitution ist somit wahre Erbeinsetzung einer Person, die nach einer anderen zum Erben eingesetzten Person Erbe<sup>4)</sup>, und zwar Erbe des Erblassers (Testators)<sup>5)</sup><sup>6)</sup>, werden soll.

<sup>1)</sup> Über die wechselseitige Substitution von Miterben vgl. auch Graßl, Zur Lehre von der wechselseitigen Substitution, in Wagnerz. 1836, I, 169 ff.; Unger 6, Ann. 11 auf S. 91; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 227; Steinlechner, a. a. O. 2, 135 f. (Note 2); Stubenrauch 1, 807 f.; Krainz 2, 647; Anders 31.

<sup>2)</sup> Vgl. Unger 6, 92 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 228 ff.; dieß., Exkurs 2, 133 ff.; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 1, 314 ff. (hier eine Übersicht über die verschiedenen Ansichten); Stubenrauch 1, 808 ff.; Krainz 2, 648 ff.; Dutwak, Zum Wesen des Nacherbrechts nach österreichischem Recht, in OstzBl. 25, S. 893 ff., 939 ff.; Anders S. 31 ff., 83 ff. — Vgl. ferner auch Kopecky, Über die gerichtliche Behandlung der Verlassenschaft bei einer fideikommissarischen Substitution, in Wagnerz. 1833, I, 248 ff.; Staudinger, Über die Amtshandlungen der Gerichtsbehörde bei fideikommissarischen Substitutionen, in Wagnerz. 1836, I, 61 ff.

<sup>3)</sup> Diesen Terminus verwendet das d. BGB. (§§ 2100 ff.).

<sup>4)</sup> Vgl. hier OLNz. 2606: „Nach der klaren und bestimmten Anordnung des § 608 ABGB. setzt die fideikommissarische Substitution die Ernennung eines zweiten Erben notwendig voraus und unterscheidet sich vom Auftrage nach § 709 ABGB. dadurch, daß bei ersterer das Erbrecht vom Instituteten auf den Substituten übergeht, während bei dem Auftrage der Institutet verpflichtet wird, mit dem Erbvermögen eine bestimmte Verwendung — in der Regel zugunsten einer dritten Person — vorzunehmen, selbst aber Erbe bleibt.“

<sup>5)</sup> Daher findet beim Übergange des Substitutionsvermögens vom Fiduziar auf den Fideikommissar keine neuerliche Bemessung, bzw. Erhöhung der frommen Gebühren (§ 694) statt. So auch OLN. 10972, 11837, 11910 (ZubV. 119), 14614, 14830; Nf. 1328. Anders OLN. 2961, 7997, 8809, 9293. — Vgl. hier ferner auch OLN. 2022, 6604. — Da in der Anordnung einer fideikommissarischen Substitution die Einsetzung des Fideikommissars als Erben des Erblassers gelegen ist, so findet auch

Der Fideikommissar soll Erbe, und zwar Erbe des Erblassers, der die Substitution anordnet, allerdings erst nach dem Vorerben, nachdem dieser bereits die Erbschaft erlangt hat, werden. Allein da die fideikommissarische Substitution stillschweigend die gemeine in sich begreift<sup>1)</sup> (§ 608), so wird der Nacherbe Erbe nicht nur, wenn der Vorerbe die Erbschaft erworben hat und der Restitutionsfall eintritt, sondern auch dann, wenn der Vorerbe nicht Erbe wird, sei es, daß er nicht Erbe werden kann oder nicht Erbe werden will<sup>2)</sup>.

Betreffend den Fall, für welchen die fideikommissarische Substitution angeordnet wird, bestimmt § 608: „Der Erblasser kann seinen Erben verpflichten, daß er die angetretene Erbschaft nach seinem Tode oder in anderen bestimmten Fällen einem zweiten ernannten (d. h. vom Erblasser ernannten<sup>3)</sup>) Erben überlasse<sup>4)</sup>.“ Die Worte: „in anderen bestimmten Fällen“ bedeuten: nach Ablauf einer bestimmten Zeit<sup>5)</sup> oder bei Eintritt einer Bedingung (z. B. wenn der Erbe vor erreichter Großjährigkeit stirbt<sup>6)</sup> oder wenn er innerhalb einer bestimmten Zeit eine Ehe eingeht).<sup>7)</sup> Danach ist das Recht des Nacherben entweder ein mit einem dies a quo beschränktes<sup>8)</sup> (§ 705) oder ein bedingtes (§ 703)<sup>9)</sup>. Streitig ist, wie die Anordnung, daß der eingefetzte Erbe die angetretene Erbschaft nach seinem Tode einem zweiten Erben überlassen soll<sup>10)</sup>, auszulegen ist, nämlich ob der

auf die Nacherbeneinsetzung die Regel des § 564 Anwendung; d. h. der Erblasser kann die Ernennung des Nacherben nicht dem Ausspruche eines Dritten, etwa des Vorerben, überlassen. Vgl. hierzu Daninger, Ist nach österreichischem Recht eine letztwillige Verfügung gültig, worin der Erblasser ein fideikommissarisches Substitutionslegat einer unbeweglichen Sache errichtet und die Bestimmung des Substituten dem Fideikommisslegatar überläßt?, in *Notz.* 1910, S. 81 f.

<sup>1)</sup> Gegen die im Texte vertretene — herrschende — Auffassung Lütwak, a. a. O. auf dem Boden seiner Ansicht, daß den Substitutionsanordnungen des österreichischen Rechts die Idee des Vertretungstestaments zugrunde liege. Nach Lütwak ist der fideikommissarisch Substituierte im normalen Falle, wo die Substitution auf den Todesfall des Vorerben gestellt ist, Erbe des Vorerben. Hier liege also eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 564 vor. Bei den bei Lebzeiten des Vorerben erledigten Substitutionen handle es sich um eine *successio anticipata*.

<sup>2)</sup> So auch § 2102, Abs. 1 d. BGB. § 2102, Abs. 2 fügt hinzu: „Ist zweifelhaft, ob jemand als Ersaherbe oder Nacherbe eingefetzt ist, so gilt er als Ersaherbe.“ Eine Ausnahme von dieser allgemeinen Auslegungsregel enthält § 2101.

<sup>3)</sup> Vgl. *Gl.* 15 176, 15 341.

<sup>4)</sup> Vgl. *Gl.* 4334.

<sup>5)</sup> Vgl. § 2103 d. BGB.

<sup>6)</sup> So das *Monitum* des innerösterreichischen Appellationsgerichtes und der juristischen Fakultät Wien, in *Prot.* I, 362.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu *Gl.* 3254, 4321 (Die Substitution für den Fall des Todes vor erreichter Großjährigkeit wird durch die *venia aetatis* nicht berührt).

<sup>8)</sup> Vgl. *Gl.* 1777.

<sup>9)</sup> Anders Lütwak, im *Jurist* 12, 109, nach dessen Ansicht die fideikommissarische Substitution stets durch das Erleben des Substitutionsfalles durch den Erben bedingt ist.

<sup>10)</sup> Insofern übereinstimmend Steinlechner, a. a. O. I, 327.

<sup>11)</sup> Nach d. BGB. (§ 2106, Abs. 1) tritt der Fall der Nacherbfolge, wenn der Erblasser hierüber keine besondere Bestimmung getroffen hat, regelmäßig — nämlich

Tod des Eingefetzten lediglich einen dies a quo für das Recht des Nacherben bildet und daher § 705 Anwendung findet, oder ob das Recht des Nacherben durch das Vorversterben des Vorerben bedingt ist, daher § 703 zur Anwendung zu kommen hat. Der Grund des Zweifels liegt in den Worten des § 615 in Verbindung mit § 705<sup>1)</sup>. Richtig erscheint es, die erwähnte Frage nach dem konkreten Willen des Erblassers zu beantworten<sup>2)</sup>, im Zweifel aber (*arg.* § 614) die Substitution als unter der Bedingung des Vorversterbens des Eingefetzten stehend, anzusehen<sup>3)</sup><sup>4)</sup>.

soweit nicht die Erbeinsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten physischen oder noch nicht entstandenen juristischen Person vorliegt — mit dem Tode des Vorerben ein.

<sup>1)</sup> Steinlechner, a. a. O. I, 324 ff. findet zwischen § 615 und § 705 keine Antinomie. Er legt die Worte: „wenn keiner . . .“ im § 615 in dem Sinne aus: „wenn alle berufenen Nacherben zum Besitze der Erbschaft gelangt sind.“ Er sieht daher jede fideikommissarische Substitution, wenn sie nicht unter einer ausdrücklichen Bedingung angeordnet ist, als betagte an, also auch die fideikommissarische Substitution, die in der Art angeordnet ist, daß die Restitution beim Tode des Erben erfolgen soll. Meines Erachtens wird dabei übersehen: 1. die Bedeutung des Wortes „überlassen“ im § 608; 2. der Zusammenhang zwischen § 608 und § 615, da in § 608 denn doch nur an bedingte Substitutionen gedacht scheint; 3. die Provenienz der Worte: „wenn keiner . . .“ im § 615 aus Hortens Entwurf II. Teil, 9. Kap. § 41; 4. wohl die natürliche Bedeutung der genannten Worte, da nach der von Steinlechner verteidigten Auslegung die Bestimmung lauten müßte: „wenn kein berufener Nacherbe mehr vorhanden ist“.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Touaillon, Die erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes einer Novelle zum ABGB, in *Notz.* 1908, S. 212.

<sup>3)</sup> So auch Pfaff und Hofmann *Kommentar* 2, S. 230 ff., 259 ff.; dief., *Exkurse* 2, 160 ff. Strohal, *Transmission pendente condicione* 191 ff. erklärt die Frage gleichfalls im wesentlichen als eine *quaestio voluntatis*, entscheidet sich aber im Zweifel für die Annahme einer bloßen Befristung. Als eine bedingte Erbeinsetzung betrachten die Substitution auf den Todesfall des Vorerben Zeiller, *Kommentar* 2, 503 und die älteren Schriftsteller, sowie die Praxis des OGH (vgl. u. a. *Gl.* 8003; *Gl.* 479, 1817). Auch Unger 6, Anm. 3 auf S. 94, S. 213 und Anm. 2 auf S. 216 f. erklärt die fideikommissarische Substitution für eine bedingte Erbeinsetzung, bedingt aber nicht durch das Erleben des Substitutionsfalles, sondern nur durch das Erleben des Erbschaftsantrittes seitens des Vorerben. Gegen diese Ansicht insbesondere Strohal, a. a. O. 192; Pfaff und Hofmann, *Kommentar* 2, 230 ff.; Steinlechner, a. a. O. I, 319 ff.; Pfaff, in *Öst. ABGB.* 1898, Nr. 2; Stubenrauch I, 810 (Note 1); Anders 33. Schlechthin für eine bloß betagte Erbeinsetzung entscheiden sich Mühlfeld, im *Jurist* 2, 330 ff.; Steinlechner, a. a. O. I, 324 ff.; dief., Über die Regierungsvorlage einer Novelle zum ABGB. 40; Stubenrauch I, 809 f. und Note 1 auf S. 810; Krausz 2, 652 f.; Anders 32 f.; Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen ABGB. 16 f.

<sup>4)</sup> Nach dem d. BGB. ist es in der Regel nicht erforderlich, daß der Nacherbe den Fall der Nacherbfolge erlebt (§ 2108, Abs. 2). Ausnahmen von diesem Satze treten nur ein: a) sofern ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist (§ 2108, Abs. 2); b) wenn der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingefetzt ist, in welchem Falle es bei der Vorschrift des § 2074 bewendet, derzufolge der suspensiv bedingt Eingefetzte die Erfüllung der Bedingung in Zweifel erleben muß (§ 2108, Abs. 2); c) in jenen Fällen, in denen sich die Person des Nacherben erst nach dem Zeitpunkte des Falles der Nacherbfolge bestimmt (Einsetzung unter einer auflösenden Bedingung oder einem Endtermin) (§ 2104). Vgl. hierzu Strohal, *Das deutsche Erbrecht* (3) I, 171. — Nach dem *RevEntw.* (§ 114, der dem § 614 ABGB. einen neuen Absatz beifügt) geht, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, das Recht des fideikommissarischen Substituten auch dann auf seine Erben über, (§ 537), wenn er den Eintritt des Substitutionsfalles nicht erlebt.



II. Eine fideikommissarische Substitution kann entweder ausdrücklich — bestimmt und unzweifelhaft<sup>1)</sup>, wenn auch nicht *verbis imperativis*<sup>2)</sup> — angeordnet werden oder arg. § 610 stillschweigend, d. h. in einer anderen Anordnung eingeschlossen sein. Niemals darf aber eine fideikommissarische Substitution vermutet werden<sup>3)</sup>, da jede zweifelhaft ausgedrückte Substitution auf eine solche Art auszulegen ist, wodurch die Freiheit des Erben, über das Eigentum (d. h. über den Nachlaß) zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird (§ 614)<sup>4)</sup>. Das Verbot, über den Nachlaß zu testieren, enthält, wie § 610 ausdrücklich bestimmt, eine fideikommissarische Substitution der gesetzlichen Erben<sup>5)</sup> des instituierten Erben<sup>6)</sup>. Auch die Erbinsetzung unter einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung, mit einem Anfangs- oder Endtermin<sup>7)</sup> (§§ 707, 708), sowie die unmittelbare Erbinsetzung einer zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht geborenen oder erzeugten Person<sup>8)</sup> (Hfd. v. 20. V. 1845 [JGS. 888]) wird als fideikommissarische Substitution angesehen und behandelt. Ferner kann auch die Anordnung, daß jemand, solange er lebt, den Fruchtgenuß einer Erbschaft haben soll, eine fideikommissarische Substitution desjenigen, der die Erbschaft nach dem Tode des Fruchtnießers erhalten soll, enthalten<sup>9)</sup>. Hingegen enthält ein

<sup>1)</sup> Vgl. GMR. 1179 (Die Verfügung: „Auch wünsche ich, daß die Häuser X und Y nach dem Tode meiner Töchter A und C an arme Schauspieler und Kaufleute einer unsern Namen stiftenden Stiftung verwendet werden“ stellt sich nicht als die Anordnung einer rechtsverbindlichen fideikommissarischen Substitution, sondern als ein Wunsch im Sinne des § 711 dar).

<sup>2)</sup> Vgl. GML. 15341 (Es ist nicht erforderlich, daß sich der Erblasser befehlender Worte bediene, sondern es genügt, wenn er nur seinen Willen mit voller Bestimmtheit ausdrückt, mag er dabei auch den Ausdruck des Wunsches oder der Bitte angewendet haben. In der Anordnung: „Ich bitte ihn (scil. den eingesetzten Erben) jedoch, sofort betreffs des von mir erhaltenen Vermögens eine testamentarische Verfügung zu treffen, damit nach seinem Ableben das Vermögen an die Kinder meines geliebten Bruders B zufalle“, liegt daher eine fideikommissarische Substitution).

<sup>3)</sup> Vgl. GMR. 1179.

<sup>4)</sup> Vgl. GML. 154 und zu dieser Entscheidung Unger 6, Ann. 6 auf S. 90. Vgl. ferner auch E. OGH. v. 22. II. 1910, Rv. VI 15/10, in ÖstZBl. 28, Nr. 321 (Ablehnung der fideikommissarischen Substitution im Zweifel, ob eine solche oder eine gemeine konstituiert werden wollte).

<sup>5)</sup> Gehören hierzu auch die Adoptivkinder? Mit Unrecht verneinend Schuller, Die Annahme an Kindesstatt 122.

<sup>6)</sup> Nach Lutwak, a. a. O. 1021 ist eine solche stillschweigende fideikommissarische Substitution im Sinne eines *fideicommissum eius, quod supererit* (vgl. weiter unten S. 105), zu deuten.

<sup>7)</sup> So auch §§ 2104, 2105 d. BGB.

<sup>8)</sup> Auch nach d. BGB. ist bei der Einsetzung einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten physischen Person oder einer juristischen Person, die erst nach dem Erbfall zur Entstehung gelangt, im Zweifel anzunehmen, daß die eingesetzte physische oder juristische Person Nacherbe werden soll (§ 2101), während die gesetzlichen Erben bis zur Geburt der physischen, bzw. bis zur Entstehung der juristischen Person (§ 2106, Abs. 2) Vorerben sein sollen (§ 2105, Abs. 2). Steht aber fest, daß der Erblasser die eingesetzte Person keinesfalls als Nacherben wollte, so ist die Einsetzung unwirksam (§ 2101). Vgl. hierzu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) I, 165 f.

<sup>9)</sup> In der E. GML. 186 wurde in einem solchen Falle eine fideikommissarische Substitution angenommen, in der E. GML. 4681 nicht. Vgl. hier auch GMR. 4417.

bloßes Einschuldungs- oder Veräußerungsverbot<sup>1)</sup> ohne Ausschluß letztwilliger Verfügung über den Nachlaß keine fideikommissarische Substitution (§ 610)<sup>2)</sup>. Die Anordnung, daß dasjenige, was von der Erbschaft beim Tode des Erben noch übrig sein wird, an einen vom Erblasser bestimmten Dritten herausgegeben werden soll, ist eine fideikommissarische Substitution des Dritten, die auf das, *quod supererit*, beschränkt ist; m. a. W. bei dieser fideikommissarischen Substitution wird der Vorerbe zwar nicht in Rechtsgeschäften unter Lebenden — von dolosen, die Benachteiligung des Nacherben bezweckenden Verfügungen über das Substitutionsvermögen abgesehen — gehindert, darf aber über den Nachlaß nicht letztwillig verfügen<sup>3)</sup>. Als fideikommissarische Substitution ist weiter auch der Auftrag, die Bitte, über den Nachlaß ein Testament zugunsten bestimmter Personen zu machen, anzusehen<sup>4)</sup>, schließlich auch die Ernennung eines Erben für den Erben<sup>5)</sup>. Doch erstreckt sich auch eine solche Substitution nur auf das vom Erblasser herrührende und freiwillig hinterlassene (d. h. den Pflichtteil übersteigende) Vermögen. Selbst wenn Eltern ihren testierunfähigen Kindern „einen Erben“ oder „Nacherben“ ernennen, kann diese Substitution nur dasjenige Vermögen ergreifen, welches die Eltern ihren Kindern, und zwar freiwillig

Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: M hatte im Anhang zu seinem Testamente mit besonderem Rodizill dem C das Eigentum und seiner Mutter D die lebenslängliche Nutznießung eines Kapitals von 70 000 Rkr, welches in der rechnungsfreien Verwaltung und Verwahrung seines Bruders A, solange derselbe lebe und die Verwaltung nicht aus ihm gutdünkenden Gründen ganz oder teilweise abgeben sollte, zu verbleiben habe, vermacht. Für den Fall der Beendigung seiner Verwaltung sei A ermächtigt, wenn er es für ratsam hielte, einen Nachfolger zu ernennen, der die Verwaltung jedenfalls bis zum Tode der D fortzusetzen hätte. Nach Beendigung der Verwaltung sei das Kapital zuerst der Nutznießerin, welche von da ab den Besitz erhalte, auszufolgen; wenn sie jedoch bereits verstorben wäre, so solle C das Kapital erhalten, das, falls er dann selbst nicht mehr am Leben sein sollte, an die Erben des Testators zurückfallen solle. Der OGH. erblickte in der Honorierung des C mangels Einlegung eines Nachlegatars keine fideikommissarische Substitution).

<sup>1)</sup> Über letztwillige Veräußerungsverbote überhaupt vgl. die bezüglichlichen Ausführungen im II. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>2)</sup> Vgl. GML. 116, 140, 3630. — Ist freilich gesagt, zu wessen Gunsten das Verbot gegeben ist, dann ist wohl eine fideikommissarische Substitution anzunehmen. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 237; Krainz 2, 648 (Note 6); Anders 32.

<sup>3)</sup> Über das *fideicommissum eius quod supererit* vgl. Unger 6, 215; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 252 ff., 257 f.; Stubenrauch 1, 817; Krainz 2, 655; und Anders 85 f., der unter Berufung auf § 619 die gewiß zu weitgehende Ansicht vertritt, daß jede fideikommissarische Substitution im Zweifel als ein *fideicommissum eius quod supererit* anzulegen sei (zustimmend Lutwak, a. a. O. 1021). Vgl. ferner G. Nr., Zur Lehre des § 608 BGB., in Notz. 1888, Nr. 45; Dfner, Zur Lehre des § 608 BGB., in Notz. 1888, Nr. 46; Frankl, Zur Lehre des § 608 BGB., in Notz. 1888, Nr. 48; Dfner, Zum *fideicommissum eius quod supererit*, in GerSt. 1891, Nr. 16; Hofer, in Notz. 1895, Nr. 45; GML. 2022, 13445, 15487 (welche Entscheidung unrichtig das *fideicommissum eius quod supererit* für ungültig erklärt); GMR. 1160, 3042. — Vgl. hier auch §§ 2137, 2138 d. BGB. (Nacherbschaft auf den Ueberrest).

<sup>4)</sup> Vgl. GML. 15341.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Zeiller, Kommentar 2, 506 f.

(vgl. § 774), hinterlassen haben (§ 609). Hierdurch ist die Pupillar- und Quasipupillarsubstitution vollständig aufgehoben worden<sup>1)</sup>. Es können aber, wie sich aus § 774 ergibt, die Eltern auch den Pflichtteil ihrer Kinder selbst durch eine fideikommissarische Substitution — es wäre denn ein fideicommissum eius quod supererit, einem testierunfähigen Kinde mit der Beschränkung auf den Fall, daß das Kind in der Testierunfähigkeit stirbt, auferlegt<sup>2)</sup> — nicht beschränken oder belasten<sup>3)</sup>.

### III. Mehrfache Substitution (sogenanntes sukzessives Fideikommiß).

1. Werden als Nacherben, nämlich als Erben, die nacheinander folgen sollen, lediglich Zeitgenossen des Erblassers berufen, d. h. Personen, die zur Zeit der Errichtung des Testaments bereits geboren oder als geboren anzusehen (§ 22)<sup>4)</sup> sind, so ist der Erblasser in der Zahl der Substitutionen nicht beschränkt; die fideikommissarische Substitution kann sich gültig auf alle Nacherben erstrecken (§ 611).

2. Werden als Nacherben nacheinander Personen berufen, die zur Zeit der Errichtung des Testaments noch nicht geboren oder erzeugt (§ 22) waren, so kann sich die fideikommissarische Substitution in Rücksicht auf unbewegliche Sachen nur auf den ersten Grad, in Rücksicht auf Geldsummen und andere bewegliche Sachen nur auf den zweiten Grad erstrecken (§ 612)<sup>5) 6)</sup>; d. h. der erste wirklich erbende, zum Besitze der

<sup>1)</sup> Über die Gründe siehe Prot. I, 364. Vgl. auch Mayr, Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Einst und jetzt. (S. u. aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB.) 406.

<sup>2)</sup> Vgl. u. a. Krainz 2, 723 (Note 5); GMR. 3042.

<sup>3)</sup> So auch Unger 6, Anm. 9 auf S. 95 f., Anm. 3 auf S. 349; Krainz 2, 612 und Note 5; G. OGH. 27. I. 1853, 3. 13773 (ZudB. 8); Gll. 2134, 2473, 3012, 16148. Pfaff und Hofmann (Kommentar 2, 235 f. und Exkurs 2, 137 ff.) (ebenso Stubenrauch 1, 811 und Note 2 und wohl auch Anders 124) meinen, daß die fideikommissarische Substitution im Falle des § 609, sobald sie auf den Fall eingeschränkt ist, daß der Fiduziar in der Testierunfähigkeit stirbt, gültig und nur hinsichtlich des Pflichtteils auf das, quod supererit, einzuschränken ist. Zu einem praktisch ähnlichen Resultate kam schon Proeckner, Theoretisch-praktische Darstellung über das letztwillige Verfügungsrecht der Eltern, hinsichtlich ihrer zu testieren unfähigen Kinder (1840), der behauptet, daß den Eltern im § 609 das Recht eingeräumt sei, für ihre Kinder, jedoch nur für diejenigen, welche zu testieren unfähig sind, einen Erben zu ernennen, welche Erbesernennung jedoch von einer fideikommissarischen Substitution sich wesentlich unterscheidet, indem darin nur ein fideicommissum eius quod supererit liege. Dagegen Nippel, Beitrag zur Erläuterung des § 609 usw., im Jurist 5, 1 ff.; Pachmann, in Wagners 3, 1840, III, 245 ff.; Wesfely, Beitrag zur Lehre über das Testierungsrecht der Eltern in Beziehung auf ihre Kinder nach § 609 ABGB., in Themis NF. 1, 77 ff. Vgl. hier auch Schindler, Kann der Vater seinem unmündigen Kinde hinsichtlich des Pflichtteils für den Fall gültig fideikommissarisch substituieren, daß das Kind in der Unmündigkeit verstirbt?, in Wagners 3, 1839, I, 39 ff.

<sup>4)</sup> So auch Unger 6, Anm. 13 auf S. 97. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 239; Stubenrauch 1, 813; Krainz 2, 649 (Note 8); Anders 33.

<sup>5)</sup> Vgl. hiezu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 239 ff.; dies., Exkurs 2, 149 ff.; Strohal, Streifzüge im Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Jherings 3, 30, 168 ff.; Stubenrauch 1, 813 f.; Krainz 2, 648 f. und Note 7; Anders 33.

<sup>6)</sup> Das d. BGB. kennt keine Beschränkung der Nacherbsfolge nach der Zahl der

Erbschaft gelangende, zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geborene oder erzeugte Nacherbe erhält am unbeweglichen Nachlaß, der zweite wirklich erbende, zum Besitze der Erbschaft gelangende, zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht geborene oder erzeugte Nacherbe erhält am beweglichen Nachlaß das unbeschränkte Verfügungsrecht, mag der Erblasser auch noch so viele weitere Nacherben ernannt haben. Das ist der Sinn der Bestimmung des § 612, daß bei Bestimmung der Grade nur derjenige Nacherbe gezählt wird, welcher zum Besitze der Erbschaft gelangt ist. „Grad“ im § 612 bezeichnet nicht nur die „Generation“, also Personen, die von einander abstammen, sondern überhaupt Personen, die nacheinander den Nachlaß haben sollen, aber sämtlich im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens noch nicht geboren oder erzeugt sind<sup>1)</sup>. Allerdings haben die Redaktoren des ABGB. bei dem Worte „Grad“ wohl in erster Reihe an die Bedeutung „Generation“ gedacht. Auf diesem Standpunkte steht auch das Hfd. v. 29. V. 1845 (JGS. 888), welches die direkte Erbschaft oder Honorierung einer im Zeitpunkte des Todes des Erblassers noch nicht geborenen oder erzeugten Person gestattet und implicite eine authentische Interpretation des § 612 enthält. Es bestimmt nämlich: „Letztwillige Anordnungen, wodurch Personen, welche bei dem Tode des Erblassers noch nicht geboren und auch nicht gesetzlich als geboren anzusehen sind, für den Fall sie zur Welt kommen, unmittelbar eine Erbschaft oder ein Vermächtnis zugebracht wird, sind nur insofern gültig, als der Erblasser für die berufenen Nachkommen nach den Bestimmungen des § 612 ABGB. auch durch eine zu ihrem Vorteile in absteigender Linie errichtete fideikommissarische Substitution gültig hätte sorgen können<sup>2)</sup>.“

### IV. Wirkung der fideikommissarischen Substitution.

#### A. Bezüglich des Nacherben.

Vor Eintritt des Substitutionsfalles hat der Nacherbe eine Anwartschaft auf die Erbfolge. Hierbei ist zu unterscheiden: Ist das Recht des Substituten nach dem Willen des Erblassers nur durch einen dies a quo und nicht durch eine Bedingung beschränkt, so fällt ihm die Erbschaft allerdings mit dem Tode des Erblassers an. Allein sein Erbrecht ist ein zukünftiges, wenn auch gewisses. Er kann sofort eine Erbsklärung überreichen<sup>3) 4)</sup>, sowie auf Anerkennung seines Nacherbenrechts klagen und

Fälle, wohl aber eine zeitliche Schranke der Wirksamkeit der Einsetzung eines Nacherben (dreißig Jahre nach dem Erbfall), welche Schranke jedoch in gewissen Fällen jeßiert (§ 2109 d. BGB.).

<sup>1)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, a. a. O. Vgl. auch Stubenrauch 1, 814 (Note 2); Anders 33.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 240 (Note 17).

<sup>3)</sup> Anders Stubenrauch 1, 818; Lutwak, a. a. O. 1000 ff.

<sup>4)</sup> Nach d. BGB. kann der Nacherbe in jedem Falle schon im voraus, d. h. vor

transmittiert, wenn er vor Eintritt des dies verstorben, sein Recht auf seine Erben. Anders verhält es sich, wenn das Recht des Substituten ein bedingtes ist, weil ihm in diesem Falle die Erbschaft erst bei Eintritt der Bedingung anfällt (§ 703), er daher erst nach Eintritt der Bedingung eine Erbschaft überreichen<sup>1)</sup> 2), Erbe werden und sein Erbrecht transmittieren kann. Je nachdem eine bedingte oder eine bloß betagte Nacherbeneinsetzung vorliegt, ist auch die Frage zu beantworten, inwiefern das Recht des Substituten Gegenstand von Rechtsgeschäften und Objekt der Exekution für die Gläubiger des Substituten ist. Meines Erachtens ist das bloß betagte Recht auf den Nachlaß allerdings möglicher Gegenstand von Verfügungen des Substituten, sowie Objekt der Exekution für die Gläubiger, keineswegs aber das nur erst bedingte Recht (arg. § 1393)<sup>3)</sup>.

dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge, die Erbschaft annehmen (§§ 1946, 1951) und ausschlagen (§ 2142, Abs. 2). Vgl. hierzu auch Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 191 f. und Note 3; 2, 1 ff.

<sup>1)</sup> So auch Oll. 8344, 15657; ferner E. OGH. v. 30. V. 1911, R. II. 475/11, in ÖstZBl. 29, Nr. 410 (Unstatthaftigkeit der Aufforderung des Nacherben zur Erbschaftserklärung vor Eintritt des Nacherbenfalles). Dagegen sprechen sich für die Zulässigkeit einer Erbschaftserklärung bereits vor dem Eintritt der Bedingung aus Unger 6, Anm. 9 auf S. 151, Anm. 2 auf S. 154 f., Anm. 1 auf S. 216; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 248, 250; Anders 85. Vgl. überhaupt zur Frage der Erbschaftserklärung bei fideikommissarischen Substitutionen Kopecky, a. a. O. 268 ff.; Pribram, Fordert die fideikommissarische Substitution allenthalben eine Erbschaftserklärung?, in Prager Jur. Mitt. 1870, S. 148 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 248 ff.; Steinlechner, a. a. O. 1, 310; 2, 120 f.; Hofer, in NotZ. 1895, Nr. 45; Schuster, Kommentar zum Gesetze über das Verfahren außer Streitfachen (4) 272; Stubenrauch 1, 816 und Note 1; Krausz 2, 651 und Note 29; Anders 85; schließlich auch Lutwat, a. a. O. 1000 ff., nach dessen Ansicht der Nacherbe immer erst nach Eintritt des Substitutionsfalles seine Erbschaftserklärung überreichen kann. Dann finde eine selbstständige Verlassenschaftsabhandlung statt. Nur wo die fideikommissarische Substitution auf einen bei Lebzeiten des Erben eintretenden Fall angeordnet ist, entfalle jede gerichtliche Intervention, und die antizipierte Beerbung vollziehe sich unmittelbar durch Besitzergreifung, eventuell im Wege der unpersönlichen fideikommissarischen Erbschaftsklage.

<sup>2)</sup> Vgl. auch hier Note 4 auf S. 107 f. dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Ähnlich wie der Text E. OGH. v. 5. VII. 1911, R. VI. 198/11, in NotZ. 1911, S. 344 f. Das Substitutionsrecht als solches ist nicht geeignet, ein Exekutionsobjekt abzugeben. Eine Exekution mit der Beschränkung des § 822 auf das aus einer Substitution zugeordnete Recht ist ausgeschlossen, es wäre denn, daß aus dem Testamente der Wille des Erblassers erhellt, unter allen Umständen dem Nacherben oder dessen Erben die Erbschaft zu hinterlassen. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 250 behaupten ganz allgemein, daß die Anwartschaft als solche weder verpfändet, noch in Exekution gezogen, noch veräußert werden könne. Ebenso Anders 85. Vgl. auch Hofer, § 822 ABGB., in NotZ. 1905, S. 260, der den Gläubigern des Nacherben das Sicherstellungsmittel des § 822 vor Eintritt des Substitutionsfalles schlechthin abspricht. Dagegen bejahen wiederum Stubenrauch 1, 816 und Noten 3 und 4 und Krausz 2, 651 ganz allgemein die Frage, ob der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht schon im voraus veräußern oder belasten dürfe, wozu Stubenrauch noch bemerkt, daß es Gläubigern des Nacherben gestattet ist, auch vor Eintritt des Substitutionsfalles auf Bestandteile des Substitutionsvermögens nach Maßgabe des § 822 zu greifen. Auch die Praxis des OGH. unterscheidet — abgesehen etwa von der eingangs dieser Note zitierten Entscheidung — nicht zwischen einem bedingten und einem bloß betagten Nacherbenrecht. Sie war früher sehr schwankend, vertritt aber in neuerer Zeit ziemlich konstant den Standpunkt, daß das Anwartschaftsrecht — ob bedingt oder bloß betagt — vor Eintritt des Substitutionsfalles weder veräußert, noch be-

Die Vorschriften zur Sicherung des Substituten sind im AusstreitG. enthalten<sup>1)</sup>; und zwar ist vorgeschrieben:

a) die Aufnahme eines Nachlaßinventars von amtswegen (§ 92, Z. 3 AusstreitG.);

b) die amtswegige Bestellung<sup>2)</sup> eines Kurators für die durch fideikommissarische Substitution zur Erbfolge berufene, noch nicht geborene Nachkommenschaft (§ 77, Z. 3 AusstreitG.)<sup>3)</sup>;

c) die Eintragung der fideikommissarischen Substitution in die öffentlichen Bücher bei Immobilien und bürgerlichen Rechten<sup>4)</sup> (§ 158 AusstreitG.);

d) die pupillarmäßige Sicherstellung des beweglichen Substitutionsvermögens<sup>5)</sup>, falls dieses dem eingesetzten Erben oder Legatar ausgefolgt

lastet, noch in Exekution gezogen werden könne. So Oll. 521, 537, 641, 882, 886, 1817, 2878. (Vgl. hierzu auch Oll. 2086 [über die Wirkung einer vor Eintritt des Substitutionsfalles erfolgten, infolge unterlassener Ansetzung rechtskräftig gewordenen Exekutionsbewilligung nach Eintritt des Substitutionsfalles]; E. OGH. v. 26. XII. 1902, Z. 19020, in ZBl. 1904, S. 21 f. [Die freiwillige Verpfändung der Substitutionsrechte des fideikommissarischen Substituten bei Lebzeiten des Fideuziars ist zwar ungültig, konvalsziert jedoch bei Eintritt des Todes des Vorerben]). Auf dem gleichen Standpunkte stehen von früheren E. OGH. Oll. 2853, 3376, 6883, 11552, 13816, 15015. Dagegen spricht sich Oll. 2855 für die Zulässigkeit der Zession, Oll. 6567 für die Zulässigkeit der exekutiven Teilbietung des in concreto bedingten Rechtes des Nacherben, Oll. 11084 für die Zulässigkeit der Einverleibung des exekutiven Pfandrechtes an dem in concreto bedingten Rechte des Nacherben, Oll. 447 für die Zulässigkeit der zwangsweisen Pfandrechtsbegründung an dem Rechte des Nacherben, ohne Rücksicht, ob es bedingt oder bloß betagt ist, aus, während Oll. 1791 zwar die Pfändung, nicht aber die exekutive Teilbietung des Anwartschaftsrechtes (ohne Rücksicht ob es bedingt oder bloß betagt ist) für zulässig erklärt.

<sup>1)</sup> Das b. BG. enthält solche Vorschriften in den §§ 2116, 2117, 2118 (Sicherung der Wertpapiere durch Hinterlegung, beziehungsweise Umschreibung oder durch Vermerk im Schuldbuch), 2119 (pupillarförmige Anlegung des nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft dauernd anzulegenden Geldes), 2121, 2122, 2123 (Sicherung beider Teile durch Inventarserrichtung, Feststellung des Zustandes der Erbschaft, eventuell durch Feststellung eines Wirtschaftsplans), 2127 (Auskunftsspflicht des Vorerben), 2128 (Sicherheitsleistung im Falle der durch das Verhalten des Vorerben oder durch seine ungünstige Vermögenslage begründeten Beforgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben) und 2129 (Verlust des Verfügungsrechtes des Vorerben im Falle der Entziehung der Verwaltung nach den Vorschriften über die Fruchtnießung [§ 1052]).

<sup>2)</sup> Diese Bestellung ist unerläßlich. Vgl. E. OGH. v. 30. V. 1911, R. II. 475/11, in ÖstZBl. 29, Nr. 410.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Oll. 3122 und 4722 (Anspruch des Substitutionskurators auf Bezahlung seiner Kosten vor Eintritt des Substitutionsfalles [aus den Zinsen der Substitutionsmasse]).

<sup>4)</sup> Über die Art der Eintragung, vgl. weiter unten Note 1 auf S. 111 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Grünwald, Zur Frage der fideikommissarischen Substitutionen, in NotZ. 1877, Nr. 52; Mendl, Zur Frage der Sicherstellung der fideikommissarischen Substitutionen, in NotZ. 1878, Nr. 3; Hofer, Die fideikommissarische Substitution, in NotZ. 1895, Nr. 45, 46; Fr. H., Zur Frage der Auslegung des § 158 AusstreitG. betreffend die Sicherstellung von beweglichen Substitutionsgütern, in NotZ. 1897, Nr. 45; Lutwat, a. a. O. 1022 ff.

werden soll<sup>1)</sup>, und diese Sicherstellung nicht im letzten Willen selbst erlassen ist<sup>2)</sup>, oder die Beteiligten darauf rechtsgültig Verzicht leisten (§ 158 AusstreitG.);

e) die Bezeichnung des Substituten und die Hervorhebung der Beschränkung des Erben in der Einantwortungsurkunde (§ 174, Z. 3 AusstreitG.).

Mit dem Eintritte des Zeitpunktes, beziehungsweise der Bedingung der Restitution kann der Substitut, wenn er die Erbschaft annimmt, auf Herausgabe der Erbschaft, beziehungsweise des Teiles, auf welchen er substituiert ist, klagen<sup>3)</sup> 4). Von diesem Zeitpunkte haftet er aber auch nach Maßgabe seines Erbrechts und seiner Erbserklärung den Gläubigern des Erblassers<sup>5)</sup>.

Gegenstand der Restitution ist die ganze, dem Nacherben zuge dachte Erbschaft oder Erbquote<sup>6)</sup> samt den vom Eintritte der Restitutionspflicht vom Vorerben bezogenen Früchten<sup>7)</sup>, ferner dasjenige, was der Erbquote durch Aktreszenz<sup>8)</sup> oder Wegfall eines Legatars zunächst, nicht aber dasjenige, was der Vorerbe nicht als Erbe<sup>9)</sup> oder nicht aus der Erbschaft erhalten hat, und auch nicht dasjenige, was ihm als Noterben gebührt.

B. Bezüglich des Vorerben.

Bis zum Eintritte des Substitutionsfalles ist der eingefetzte Erbe eingesehränkter oder beschränkter Eigentümer mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers (§ 613). Er ist also:

1. beschränkter<sup>10)</sup> Eigentümer<sup>11)</sup>. Daraus folgt:

a) Sein Recht verwandelt sich, wenn die Substitution vereitelt wird, ipso jure in unbeschränktes Eigentum am Nachlasse<sup>12)</sup> (§ 615).

b) Grundbuchskörper und bürgerliche Rechte werden unter Erstlichmachung des Substitutionsbandes auf seinen Namen bürgerlich eingetragen;

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu OMMZ. 904 (Unzulässigkeit der Behebung des Preises für enteignete Grundstücke des Substitutionsnachlasses durch den Fiduziar).

<sup>2)</sup> Diese Nachsicht der Sicherstellung ist auch wirksam, wenn der Nacherbe minderjährig ist. So auch Krainz 2, 650 f.; Anders 84 f. Anders Oll. 16077.

<sup>3)</sup> Es findet keine neuerliche Verlassenschaftsabhandlung statt. So schon Kopecky, a. a. O. 257 ff.; ferner Unger, Verlassenschaftsabhandlung 139 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 250 f.; Krainz 2, 651. Anders Stubenrauch 1, S. 809 und Note 1 und S. 817.

<sup>4)</sup> Vgl. § 2139 d. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. §§ 2144 ff. d. BGB.

<sup>6)</sup> Vgl. hiezu § 2111 d. BGB.

<sup>7)</sup> Vgl. hiezu § 2130 d. BGB.

<sup>8)</sup> So auch § 2110, Abs. 1 d. BGB.

<sup>9)</sup> Z. B. als Prälegatar. So auch § 2110, Abs. 2 d. BGB.

<sup>10)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 242 f.

<sup>11)</sup> Vgl. statt aller Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 243 f.; ferner Oll. 11102 (Das Recht des Fiduziars ist Eigentum, nicht jus in re aliena).

<sup>12)</sup> Vgl. Oll. 9239.

und zwar wird die Substitution auf dem Eigentumsblatte ersichtlich gemacht und im Lastenblatte eingetragen<sup>1)</sup>.

c) Dem Vorerben fällt in demselben Umfange, wie dem Eigentümer, ein in einem Substitutionsgute gefundener Schatz zu (§ 399), aber nicht zum freien Eigentum, sondern zum beschränkten Eigentum, wie am Substitutionsvermögen.

d) Der Vorerbe hat die unbeschränkte Verwaltung des Nachlasses<sup>2)</sup> und nimmt an der Vertretung des Nachlasses teil<sup>3)</sup>.

2. Der Vorerbe hat aber die Rechte und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers (§§ 509 ff.). Daraus folgt u. a.:

a) Ihm gebührt, wie einem Fruchtnießer, der volle, sogenannte gewöhnliche und ungewöhnliche reine (§ 512)<sup>4)</sup> Ertrag des Substitutionsgutes (§ 511)<sup>5)</sup>. Hingegen hat er für seine Person allein keinen Anspruch auf die Werterhöhung des Stammkapitals<sup>6)</sup>.

b) Er hat die Erbschaft, wie ein guter Haushalter, zu besorgen und zu verwalten und haftet für jedes Verschulden bei Verwaltung der Erbschaft<sup>7)</sup>. Ausbesserungen, Ergänzungen und Herstellungen sind aus dem Ertrage der Erbschaft zu besorgen (§ 513)<sup>8)</sup>.

c) Für Meliorationen und Verwendungen auf den Nachlaß gebührt ihm gleich einem Fruchtnießer Ersatz (§ 517, Satz 2)<sup>9)</sup>.

d) Nach Eintritt des Substitutionsfalles werden die Früchte zwischen dem Vorerben und dem Nacherben nach Vorschrift des § 519 geteilt<sup>10)</sup> 11).

<sup>1)</sup> Vgl. § 9, Abs. 2 und § 10 Grundbuchslegungsgesetze. Wie der Text auch u. a. Burckhard, System 3, 237; Erner, Hypothekrecht 19; Stubenrauch 1, 815 (Note 5); Stepančić, Zur Behandlung der fideikommissarischen Substitution im Grundbuche, in OAMGZ. 1906, 214 ff.; und wohl auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 249 (Note 38). Dagegen hat die Eintragung der fideikommissarischen Substitution nach einem Erl. d. OBG. Innsbruck, in JWBl. 1904, 167 f. und Krainz 2, 650 und Note 20 gemäß § 9, Abs. 1 Grundbuchslegungsgesetze, also einfach in der Art zu erfolgen, daß das Eigentumsrecht des Nacherben "mit der Beschränkung durch die fideikommissarische Substitution des Nacherben" eingetragen wird.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 176 ff.; auch § 2120 d. BGB. (Einwilligungspflicht des Nacherben zu Verfügungen, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung, insbesondere zur Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten nötig sind).

<sup>3)</sup> Vgl. Oll. 7319 (Ansprüche von Erbschaftsgläubigern sind gegen Vor- und Nacherben zusammen zu richten).

<sup>4)</sup> Vgl. §§ 2124, 2126 und 103 d. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. § 2133 d. BGB.

<sup>6)</sup> Daher hat der Vorerbe kein Recht, zur Substitutionsmasse gehörige, im Kurse gestiegene Wertpapiere durch andere den ursprünglichen Kurzwert der Papiere repräsentierende Papiere zu ersetzen. So Oll. 14682. — Der Preis für enteignete zur Substitutionsmasse gehörige Grundstücke tritt an die Stelle der enteigneten Grundstücke, so daß also dem Vorerben an diesem Gelde nur beschränktes Eigentum zusteht; so OMMZ. 904. Gleiches gilt von dem auf ein zur Substitutionsmasse gehöriges Los gefallenen Treffer; so Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 247 f.; OMMZ. 918.

<sup>7)</sup> Vgl. § 2131 d. BGB. (Haftung nur für diejenige Sorgfalt, welche der Vorerbe in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt); ferner §§ 2130, 2132, 2133, 2134 d. BGB.

<sup>8)</sup> Vgl. § 2124 d. BGB.

<sup>9)</sup> Vgl. Kopecky, a. a. O. 253 f. — Vgl. auch § 2125 d. BGB.

<sup>10)</sup> Daher wird die Erfüllung des Verkaufs stehender Früchte (Holz im Stamme)



b) Verfügungen über die Substanz, namentlich (unbedingte)<sup>1)</sup> Veräußerungen und Verpfändungen einzelner Stücke aus der Substitutionsmasse, also von Substitutionsobjekten (nicht bloß von Früchten), sind in der Regel unzulässig und nichtig<sup>2)</sup>, können aber vom Substituten erst nach Eintritt des Substitutionsfalles angefochten werden<sup>3)</sup>. Die Gläubiger des Vorerben können daher auch Exekution nur in die Früchte des Exekutionsgutes durch Zwangsverwaltung führen<sup>4)</sup>, nicht aber in das Substitutionsgut<sup>5)</sup> und auch nicht in das beschränkte Eigentum des Fiduziars<sup>6)</sup>. Ausnahmsweise sind aber Veräußerungen von Substitutionsobjekten gültig, so Veräußerungen von verbrauchbaren Sachen, ferner Veräußerungen zur Bezahlung von Erbschaftsschulden<sup>7)</sup>, endlich Veräußerungen über Anordnung des Erblassers oder mit Zustimmung des Substituten<sup>8)</sup> 9).

des Substitutionsgutes durch den Fiduziar mit dessen Tode unmöglich. Der Allodialerbe des Fiduziars haftet für Schadenersatz. So O.M.N.F. 11.

<sup>1)</sup> Vgl. hier auch § 2130 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. O.M. 3370, 9239 (Veräußerung für den Fall des Erlöschens der Substitution ist gültig).

<sup>3)</sup> So auch G. P., über Streitfragen und über eine Streitfrage, in Notz. 1877, Nr. 13, 14; Pass und Hofmann, Kommentar 2, 244 ff.; Anders 84; O.M. 3158. Für die Zulässigkeit von Veräußerungen und Verpfändungen „unbeschadet der Substitutionsrechte“ Wezet, über die Zulässigkeit der Belastung von mit einem fideikommissarischen Substitutionsbände behafteten Realitäten mit freiwillig eingeräumten Pfandrechten, in Notz. 1892, Nr. 33, 34; Krainz 2, 649 f.; Lutwat, a. a. O. 1015 ff. Stubenrauch 1, 815 (vgl. auch Noten 2 und 3) sagt: „— auch die Verfügung über das Recht an der Substanz ist wohl für zulässig zu halten, soweit sie nicht eine Verfügung über die Substanz selbst in sich schließt und soweit sie die Rechte des Nacherben nicht beeinträchtigt, und in diesem Umfange sind auch Exekutionen auf Nachlassgegenstände zulässig.“ Für Stubenrauch's Ansicht auch Stepanic, Zur Behandlung der fideikommissarischen Substitution im Grundbuche, in O.M.G.Z. 1906, 214 ff.

<sup>4)</sup> Vgl. O.M. 62.

<sup>5)</sup> Vgl. O.M. 3075, 3158, 3177, 6743; ferner auch E. O.G. v. 20. XII. 1910, Nr. I. 787/10, in Ger. 55, 390 f. (Auf eine mit dem Substitutionsbände behaftete Liegenschaft ist nur die Exekution mittels Zwangsverwaltung zulässig; auch wenn darauf mit Zustimmung der Vor- und Nacherben ein vertragsmäßiges Pfandrecht erworben, und die Vollstreckbarkeit der Schuldburkunde angemerkt worden war).

<sup>6)</sup> So auch O.M. 4217, 6692, 7390, 9457, 10 119, 12 815, 13 842; O.M.N.F. 3079. Nicht widersprechend O.M.N.F. 3879 (Zulässigkeit der Zwangsversteigerung des Substitutionsgutes zur Hereinbringung von Realsteuern). Anders O.M. 13 818; auch O.M.N.F. 1459 (Zulässigkeit der Pfandrechteinverleibung gegen den Vorerben, dessen beschränktes Eigentum im Grundbuche eingetragen ist, mit der Beschränkung: „unbeschadet der Substitution“).

<sup>7)</sup> So auch O.M. 5260, 7958. Anders O.M. 3075.

<sup>8)</sup> Vgl. O.M.N.F. 622.

<sup>9)</sup> Vgl. hierzu O.M.N.F. 3934. Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Der Fiduziar hatte bei der Pupillarinstanz der noch nicht geborenen Fideikommissare den Antrag auf Genehmigung des Verkaufes einer Substitutionsrealität gestellt und diesen Antrag mit wirtschaftlichen Vorteilen des Verkaufes für Vor- und Nacherben begründet. Der Substitutionskurator hatte sich mit Rücksicht auf ein kategorisches Veräußerungsverbot im letzten Willen des Erblassers gegen den Antrag ausgesprochen. Daraufhin wiesen die Unterinstanzen den Antrag des Fiduziars ab. Der O.G. verfügte die Vornahme von Erhebungen über die ökonomische Zweckmäßigkeit des geplanten Verkaufes behufs neuerlicher Entscheidung.

<sup>9)</sup> Das d. BGB. erkennt dem Vorerben — unbeschadet seiner Verantwortlichkeit —

Die hier dargestellten Rechte des Vorerben können, da § 613 nur eine Dispositivvorschrift enthält, vom Erblasser erweitert werden<sup>1)</sup>, und sie sind erweitert, wenn ein fideicommissum eius quod supererit vorliegt<sup>2)</sup>.

V. Erlöschung der fideikommissarischen Substitution. Die fideikommissarische Substitution erlischt:

1. wenn der Fall, für welchen sie errichtet wurde, aufhört (§ 615), z. B. sobald der Erbe, dem für den Fall, daß er keine Kinder bekommen sollte, jemand substituiert wurde, Kinder erhält, also überhaupt im Falle der Vereitelung der Bedingung für die Berufung des Substituten<sup>3)</sup>.

2. wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist (§ 615)<sup>4)</sup>. Die Auslegung dieser Bestimmung ist streitig. An sich, d. h. dem Wortlaute nach, sind zwei Auslegungen möglich. Die Worte „wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist“ in § 615 können bedeuten: wenn der letzte von den berufenen Nacherben den Nachlaß erlangt hat<sup>5)</sup>. „Die Substitution erlischt“ bedeutet alsdann: das beschränkte Eigentumsrecht verwandelt sich in der Hand des letzten Nacherben in ein unbeschränktes; die Substitution hört zu wirken auf. Die Worte: „wenn keiner der berufenen Nacherben mehr übrig ist“ in § 615 können aber auch bedeuten: wenn alle Nacherben vor dem Eintritte des Substitutionsfalles weggefallen sind. „Die Substitution erlischt“ bedeutet alsdann: das beschränkte Eigentum verwandelt sich in der Hand des Vorerben in ein unbeschränktes;

rücksichtlich der Erbschaftsgegenstände grundsätzlich eine unumchränkte Verfügungsmacht zu (§ 2112). Doch sind Verfügungen über zur Erbschaft gehörige Grundstücke und über Rechte an Grundstücken, ferner unentgeltliche Verfügungen über Erbschaftsgegenstände überhaupt, soweit sie nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, grundsätzlich insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden (§ 2113). Ebenso sind Verfügungen über einen Erbschaftsgegenstand, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen, dafern sie nicht infolge der Geltendmachung des Anspruchs eines Nachlassgläubigers oder eines an einem Erbschaftsgegenstand bestehenden und dem Nacherben gegenüber wirksamen Rechtes vorgenommen worden sind, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden (§ 2115). Ferner bestehen noch besondere Vorschriften bezüglich der Einziehung von zur Erbschaft gehörigen Hypothekenforderungen, Grundschulden und Rentenschulden durch den Vorerben (§ 2114) und rücksichtlich der vom Vorerben über zur Erbschaft gehörige Grundstücke geschlossenen Miet- und Pachtverträge (§§ 2135, 1056). — Vgl. hierzu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 180 ff.

<sup>1)</sup> Vgl. § 2136 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. § 2137 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. O.M. 13 947 (Die für den Fall des Versterbens des Erben im unverehelichten Stande angeordnete Substitution erlischt nicht schon mit der Verehelichung des Vorerben).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Strohal, a. a. O. 182 ff.

<sup>5)</sup> So schon Mühlfeld, im Jurist 2, 408 f. (gegen ihn Reich, Gegenbemerkungen, im Jurist 4, 331 f.); ferner u. a. Unger 6, Anm. 12 ad § 20; Steinlechner, a. a. O. 1, 324 ff.; Stubenrauch 1, 819; Krainz 2, 653; Anders 32.

die Substitution ist vereitelt. Nun haben die Worte: „Die Substitution erlischt“ im Sinne der Redaktoren des ABGB. und nach den Regeln der Interpretation gewiß nicht die erste Bedeutung<sup>1)</sup>. Daraus darf aber nicht, wie es insbesondere in der Praxis geschieht, gefolgert werden, daß in allen Fällen der Substitut den Eintritt des Substitutionsfalles erleben und in diesem Zeitpunkte erbfähig sein muß. Vielmehr kommt es in dieser Hinsicht bei der Auslegung einer fideikommissarischen Substitution, und zwar, wie bereits bemerkt wurde, selbst dann, wenn der Substitutionsfall der Tod des Vorerben ist, auf den Willen des Erblassers an, und nur im Zweifel wird die fideikommissarische Substitution als bedingte aufzufassen sein.

3. Ferner sind folgende besondere Erlöschungsgründe der fideikommissarischen Substitution normiert:

a) Die einer Person, welche dem Erblasser als geisteskrank bekannt war, mag sie auch nicht als solche erklärt gewesen sein<sup>2)</sup>, gemachte fideikommissarische Substitution erlischt:

α) wenn erwiesen wird, daß der geisteskranke Vorerbe bei Errichtung seines letzten Willens bei voller Besonnenheit war;

β) wenn die über den Sinnlosen verhängte Kuratel wegen wieder erlangten Verstandesgebrauches gerichtlich behoben wird. In diesem Falle lebt auch die Substitution nicht wieder auf, wenn auch der Sinnlose in der Folge wegen Rückfalls abermals unter Kuratel gesetzt wird und in der Zwischenzeit kein Testament errichtet hat (§ 616).

b) Die vom Erblasser seinem Deszendenten zur Zeit, da dieser noch keine Nachkommenschaft hatte, gemachte fideikommissarische Substitution erlischt, wenn der Deszendent mit Hinterlassung erbfähiger Nachkommen<sup>3)</sup> verstirbt (§ 617)<sup>4)</sup>. „Erbfähig“ heißen solche Nachkommen, die im Verhältnis zum Vorerben ein gesetzliches Erbrecht haben<sup>5)</sup>. Zu beachten ist, daß die Substitution nicht mit der Geburt erbfähiger Nachkommen, sondern erst mit der Hinterlassung solcher Nachkommen erlischt, und daß die erbfähigen Nachkommen des instituierten Deszendenten nicht etwa als diesem still-

<sup>1)</sup> Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 259 f.; Strohal, a. a. O. 188. — Vgl. hier ferner auch § 2142, Abs. 2 d. ABGB. („Schlägt der Nacherbe die Erbschaft aus, so verbleibt sie dem Vorerben, soweit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat“).

<sup>2)</sup> Vgl. III. 16 021.

<sup>3)</sup> Adoptivkinder sind nicht Nachkommen im Sinne des § 617. So auch Schuller, Die Annahme an Kindesstatt 123 ff.; Unger 6, Anm. 4 auf S. 94 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 263; Stubenrauch 1, 820; Krainz 2, 654; Anders 33.

<sup>4)</sup> Vgl. § 2107 d. ABGB.

<sup>5)</sup> Bei der fideikommissarischen Substitution für eine Tochter also auch die von dieser geborenen unehelichen Kinder. So auch Damianitsch, im Jurist 10, 116 f.; Lefisch, im Jurist 12, 170; Gruchot, Preussisches Erbrecht 2, 197; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 263; Stubenrauch 1, 820; Krainz 2, 654; Anders 33. Anders Unger 6, Anm. 4 auf S. 94 f.

schweigend substituiert anzusehen sind<sup>1)</sup>, und zwar auch dann nicht, wenn die Bedingung, daß der Deszendent ohne erbfähige Nachkommen verstirbt, der Substitution eines Dritten ausdrücklich beigelegt ist<sup>2)</sup>.

#### IV. Das Vermächtnis<sup>3)</sup>.

##### § 21.

#### Begriff und Erfordernisse<sup>4)</sup>.

I. Das Vermächtnis ist eine widerrufliche letztwillige Verfügung über einen Vermögenswert<sup>5)</sup> (§§ 653, 535) — nicht über den Nachlaß als Ganzes oder einen aliquoten Teil des Nachlasses — zugunsten einer bestimmten Person, welche der Erblasser damit bedenken will.

Zum Begriffe des Vermächtnisses gehört also in negativer Hinsicht, daß es nicht Anordnung einer Universalzufassung ist<sup>6)</sup> (§ 535), in positiver Hinsicht, daß es eine letztwillige widerrufliche Verfügung (§ 647) über einen Vermögenswert (§ 653) zugunsten einer Person ist, nicht aber, daß es die Anordnung einer Singularzufassung ist<sup>7)</sup>, und auch nicht, daß es eine Gabe aus der Erbschaft und auf Kosten der Erbschaft ist<sup>8)</sup>.

Auch der Gegenstand, womit jemand auf diese Weise letztwillig bedacht wird, heißt Vermächtnis (§ 535).

II. Als letztwillige Verfügung über einen Vermögenswert erfordert das Vermächtnis:

a) einen testierfähigen Erblasser, der das Vermächtnis anordnet (§ 647). Vgl. hierzu weiter oben § 8 dieses Bandes.

b) eine erbfähige Person, zu deren Gunsten das Vermächtnis angeordnet wird<sup>9)</sup> (§ 647). Vgl. hierzu weiter oben §§ 3 und 4 dieses Bandes.

<sup>1)</sup> Das behauptet irriger Weise Winwartter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 131. Dagegen wie der Text Lefisch, im Jurist 12, 170 ff.; Unger 6, Anm. 4 auf S. 94 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 264; Stubenrauch 1, 820 (Note 2); Krainz 2, 654.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 264.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 250 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 386 ff.; dief., Exkurs 2, 316 ff.; Stubenrauch 1, 848 ff.; Krainz 2, 699 ff.; Anders 98 ff.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 250 f.; Schiffner, Der Vermächtnisbegriff (1873) (rez. von Randa, in Grünhutsz. 2, 474; Krasnopolski, in Prager JurMitt. 1873, 130 f.); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 386—394; dief., Exkurs 2, 316 ff.; Stubenrauch 1, 848 ff.; Krainz 2, 699 ff.; Anders 98 ff.

<sup>5)</sup> So auch § 1939 d. ABGB.

<sup>6)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 391.

<sup>7)</sup> So auch Schiffner, Der Vermächtnisbegriff S. 14 f., 40; derf., Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 11; Randa, a. a. O. 474; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 391; dief., Exkurs 2, 318 f.; Krainz 2, 699 f. (Note 3).

<sup>8)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 391 und Note 27.

<sup>9)</sup> Vgl. hier auch § 2160 d. ABGB.

c) eine gültige letzte Willenserklärung<sup>1)</sup> (§ 647). Vgl. hierzu weiter oben §§ 9 ff. dieses Bandes.

d) ein taugliches Objekt (§ 653<sup>2)</sup>).

### III. Subjekte beim Vermächtnisse.

1. Der Bedachte (Honorierter, Legatar, Vermächtnisnehmer). Als Legatar kann insbesondere auch der Alleinerbe<sup>3)</sup> oder ein Miterbe erscheinen; und zwar kann die Anordnung eines Vermächtnisses für einen Miterben entweder in der Art erfolgen, daß das einem Miterben zugedachte Vermächtnis aus der Erbschaft vorweggenommen, vorweg für den Bedachten ausgeschieden und die übrige Erbschaft erst geteilt werden soll (Prälegat im engeren, eigentlichen Sinne), oder so, daß nur eine Vorschrift über die Art der Teilung der Erbschaft gegeben wird, das Vorausbestimmte also in die Erbschaft des bedachten Erben einzurechnen ist. In Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung des Erblassers ist in der Regel (eine Ausnahme normiert § 671, demzufolge das von Eltern einer Tochter vermachte Heiratsgut, wofern es nicht ausdrücklich als ein Vorausvermächtnis erklärt worden ist, in den gesetzlichen oder letztwilligen Erbteil einzurechnen ist<sup>4)</sup>) ein Prälegat im eigentlichen Sinne anzunehmen, d. h. das Vermächtnis ist vorweg aus der Verlassenschaft auszuheben und von allen Miterben, also auch vom Honorierten, zu tragen<sup>5)</sup>. Der mit einem Prälegat bedachte Erbe ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 648 „in Rücksicht desselben nur als Legatar zu betrachten“; er erhält also auch den auf seinen eigenen Erbteil entfallenden Teil des Legats als Legatar, nicht als Erbe<sup>6)</sup>. Diese Behandlung des Prälegats in unserem Rechte ist in mehrfacher Beziehung von Bedeutung; so für den Fall der etwaigen Restitution der Erbschaft, beziehungsweise des Erbteils an einen Nachberufenen (§ 608), für den Fall der Veräußerung des Erbteils (§ 1279), ferner wegen der Möglichkeit, das Legat selbständig zu trans-

<sup>1)</sup> Vgl. Glm. 10 274 (Auch in einem Kaufvertrage, der mit den Erfordernissen einer gültigen letzten Willenserklärung versehen ist, kann ein Vermächtnis gültig angeordnet werden).

<sup>2)</sup> Das ABGB. enthält keine dem § 2156 b. BGB. analoge besondere Norm über die Überlassung der Bestimmung des Gegenstandes eines Vermächtnisses, dessen Zweck vom Erblasser bestimmt worden ist, an andere.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Schuster, in Wagners Z. 1831, II, 120 (Note): „... wenn er Alleinerbe ist, konkurrierend mit anderen Vermächtnisnehmern (§ 802), welchen er nur insoweit zu haften haben wird, als der Nachlaß für ihre und seine eigenen Vermächtnisse hinreichend wird“; Unger 6, Anm. 10 auf S. 256; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 395; Stubenrauch 1, 849 und Note 3; Anders 100.

<sup>4)</sup> Vgl. Schuster, a. a. O. 114.

<sup>5)</sup> Über Prälegate oder Vorvermächtnisse überhaupt vgl. Unger 6, S. 253 und Anm. 9, 10 und 11 auf S. 256 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 394 ff.; Stubenrauch 1, 849 f.; Krausz 2, 701 f.; Anders 99 f.; ferner auch Trjel, Prälegat und Kollation, in Notz. 1904, Nr. 7—9.

<sup>6)</sup> So auch § 2150 b. BGB.

mittieren, und endlich für den Fall, daß die Erbschaft über ihren Betrag hinaus mit Legaten beschwert ist, weil alsdann auch der Prälegatar mit den übrigen Legataren verhältnismäßig mit seinem Legatsanspruch befriedigt wird (§§ 690 ff.)<sup>1)</sup>.

Ein Legat kann auch mehreren Personen als Kollegataren hinterlassen werden<sup>2)</sup>, und zwar entweder nach vom Erblasser bestimmten Anteilen oder unter dem allgemeinen Ausdrucke „zu gleichen Teilen“ oder endlich ohne Teilbestimmung, in welcher letzterem Falle ebenfalls gleiche Teilung sich versteht. Diese Unterscheidung ist für die Frage, ob den Kollegataren das Akkreszenzrecht gebührt, von Bedeutung, da bezüglich des Akkreszenzrechtes der Kollegatäre die gleichen Grundsätze, wie für das Akkreszenzrecht der Miterben, gelten<sup>3)</sup>.

Auch bei Vermächtnissen ist endlich die Anordnung einer gemeinen oder fideikommissarischen Substitution, wie bei Erbeinsetzungen, zulässig. Auf die Substitutionen bei Vermächtnissen finden die oben dargestellten Bestimmungen über die Substitutionen bei Erbeinsetzungen mit einer aus § 651 sich ergebenden Modifikation<sup>4)</sup> Anwendung<sup>5)</sup> (§ 652). Inwiefern sich in dieser Hinsicht weiterhin auch durch die Art, wie Vermächtnisse erworben werden, ein Unterschied ergibt, erhellt aus den späteren Ausführungen über den Vermächtniserwerb.

2. Der Belastete (Onerierter)<sup>6)</sup>. Ein Vermächtnis kann jedem auferlegt werden, der durch den Tod des Erblassers aus dem Nachlasse mittelbar oder unmittelbar wegen der Anordnung des Erblassers etwas erhält, auf dessen Zuwendung durch den Erblasser er keinen Anspruch hat. Daher kann ein Vermächtnis insbesondere dem Erben, und zwar sowohl dem Testaments-, als auch dem gesetzlichen Erben, ferner dem Nacherben, weiterhin einem Legatar oder Substituten des Legatars und endlich demjenigen, der auf Grund einer widerruflichen Schenkung auf den Todesfall satzgebirt (§ 956), auferlegt werden<sup>7)</sup>. Daher kann aber auch anderseits ein Ver-

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Haerdtl, über die verschiedenen Arten der Einrechnung in den Pflichtteil nach dem k. k. österreichischen ABGB. Über die Berechnung der Erbteile unter Testamentserben nach §§ 556—558 des ABGB. 130.

<sup>2)</sup> Dagegen ist unserem Rechte ein alternatives Vermächtnis in dem Sinne, daß mehrere mit einem Vermächtnisse in der Art bedacht werden, daß der Beschwerte oder ein Dritter zu bestimmen hat, wer von den mehreren das Vermächtnis erhalten soll (§§ 2151 f. d. BGB.) fremd.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu §§ 2157 ff. d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. hier auch Daninger, Ist nach österreichischem Rechte eine letztwillige Verfügung gültig, worin der Erblasser ein fideikommissarisches Substitutionslegat einer unbeweglichen Sache errichtet und die Bestimmung des Substituten dem Fideikommisslegatar überläßt?, in Notz. 1910, S. 81 f., wo diese Frage mit Recht verneint wird.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu §§ 2190, 2191 d. BGB.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 251 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 396 ff.; Stubenrauch 1, 850; Krausz 2, 701; Anders 98 f.

<sup>7)</sup> Nach d. BGB. (§ 2147) kann mit einem Vermächtnisse der Erbe oder ein Vermächtnisnehmer beschwert werden.

mächtnis nicht auferlegt werden: dem Noterben bezüglich seines Pflichttheiles, weiter den gesetzlichen Erben bezüglich der ihnen nach § 568 vorbehaltenen Hälfte, endlich demjenigen, der aus dem Nachlasse nur das, was ihm ohnehin gebührt, erhält, bezüglich dieser Werte.

Erscheinen als Onerierte die Erben, so hängt es von der Bestimmung des Erblassers ab, ob alle Erben oder nur einige von mehreren Miterben speziell, und in beiden Fällen auch, in welchem Verhältnisse die mehreren Erben das Vermächtnis entrichten sollen (§ 649). Fehlt es an einer besonderen Anordnung hierüber, so ist das Vermächtnis von allen Miterben nach Maß ihres Erbtheiles zu tragen<sup>1)</sup>, und zwar selbst dann, wenn die einem Miterben gehörige Sache vermacht worden ist (§ 649). Hiermit ist zugleich ausgesprochen, daß das Vermächtnis einer dem Erben oder einem Miterben (oder einem Legatar) gehörigen Sache in vollem Umfange gültig ist, selbst wenn der Erblasser diese Sache irrigerweise für seine eigene gehalten hätte<sup>2)</sup>.

Das dem Erben auferlegte<sup>3)</sup> Vermächtnis erscheint somit als eine auf der Erbschaft, beziehungsweise auf dem Erbteile des Onerierten ruhende Last<sup>4)</sup>, weshalb das einem wegfallenden Erben auferlegte, nicht bloß auf seine Person eingeschränkte Vermächtnis von demjenigen entrichtet werden muß, der den erledigten Erbteil als Substitut oder durch das Akzeszenzrecht erhält, und weshalb ferner Vermächtnisse nach unserem Rechte in der Regel auch von den an die Stelle der Testamentserben tretenden gesetzlichen Erben (§ 726), ja auch von demjenigen, der den Nachlaß als erbloses Gut erhält (§ 760), entrichtet werden müssen<sup>5)</sup>.

Begrifflich kann der Erbe nicht über den Betrag seines Erbtheiles wirksam mit Vermächtnissen beschwert werden. Hat er aber die Erbschaft ohne die Rechtswohltat des Inventars angetreten, so haftet er, wie den Erbschaftsgläubigern, so auch den Legataren unbeschränkt.

Auch der Legatar kann mit einem Vermächtnisse der Regel nach nur so weit, als der Wert des ihm zugedachten Vermächtnisses reicht, beschwert

werden (§ 650)<sup>1)</sup>. Übersteigt nun aber das ihm auferlegte weitere Vermächtnis den Wert des ihm zugedachten, und hat er letzteres angenommen, dann kann er sich der Entrichtung des ersteren nicht ent schlagen<sup>2)</sup> (§ 650). Nimmt er hingegen das ihm zugedachte Vermächtnis nicht an, so muß derjenige, dem es zufällt, den Auftrag (das Sublegat) übernehmen<sup>3)</sup> oder das ihm zugefallene (beziehungsweise in der Erbschaft verbleibende) Vermächtnis dem darauf gewiesenen Vermächtnisnehmer überlassen (facultas alternativa) (§ 650). Derjenige, dem das Vermächtnis zufällt, kann also zwar nur auf Entrichtung des aufgetragenen weiteren Vermächtnisses geklagt werden, sich aber von dieser Verpflichtung dadurch befreien, daß er das ihm zugefallene Vermächtnis dem weiteren Vermächtnisnehmer (Sublegatar) überläßt.

#### IV. Form der Vermächtnisse<sup>4)</sup>.

Ein Vermächtnis kann in einem Testamente oder in einem Kodizille angeordnet werden. Für Kodizille gilt die ausnahmslose Regel, daß sie, mögen sie Intestatkodizille sein oder neben einem Testamente bestehen, und mögen sie im letzteren Falle im Testamente konfirmiert sein oder nicht, denselben Formvorschriften unterworfen sind, denen Testamente entsprechen müssen. Daraus folgt, daß unser Recht das sogenannte Orafideikommiß nicht kennt, und daß die (in Erinnerung an das römische Recht in älteren Testamenten vorkommende) Kodizillar Klausel nach unserem Rechte gar keine Bedeutung hat<sup>5)</sup>.

Während nun aber für die Erbeinsetzung § 564 gilt, kann der Erblasser ein von ihm dem Gesamtbetrage oder Gegenstande nach bestimmtes Vermächtnis von Geld oder anderen Sachen zur Verteilung an eine bestimmte Klasse von Personen, z. B. Verwandte, Arme, Dienstpersonen oder einen ähnlichen Kreis von Personen, in der Art hinterlassen, daß die Verteilung, und zwar sowohl rücksichtlich der Personen aus der betreffenden Klasse, welche, als auch rücksichtlich der Beträge, mit welchen sie beteiligt werden sollen, vom Erben oder einem Dritten vorgenommen werden soll<sup>6)</sup> 7).

<sup>1)</sup> Auch nach d. BGB. (§ 2148) sind, wenn mehrere Erben oder mehrere Vermächtnisnehmer mit demselben Vermächtnisse beschwert werden, im Zweifel die Erben nach dem Verhältnisse der Erbteile, die Vermächtnisnehmer nach dem Verhältnisse des Wertes der Vermächtnisse beschwert. Durch diese Bestimmung des § 2148 werden übrigens die Vorschriften der §§ 2058—2061 über die Haftung mehrerer Erben für die Nachlassverbindlichkeiten nicht berührt. Vgl. hierzu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 202 (Note 5).

<sup>2)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 397; Anders 113.

<sup>3)</sup> Das deutsche BGB. (§ 2147) sagt ausdrücklich: „Soweit nicht der Erblasser ein anderes bestimmt hat, ist der Erbe beschwert“.

<sup>4)</sup> Der onerierte Erbe hat aber die Vermächtnisse im eigenen Namen, nicht als Mandatar des Erblassers zu entrichten. Daher kann er eine ihm persönlich zustehende Forderung gegen den Legatsanspruch aufrechnen. Vgl. GlMZF. 3243.

<sup>5)</sup> Vgl. § 2161 d. BGB.

<sup>1)</sup> Über das Kürzungsrecht des beschwerten Vermächtnisnehmers nach deutschem Rechte vgl. §§ 2187, 2188, 2189, 2322 d. BGB. und dazu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 228 f.

<sup>2)</sup> Hat aber der Legatar erst nach der Annahme von dem ihm auferlegten Sublegat erfahren, so steht wohl auch ihm die im Texte weiter unten dargestellte, durch § 650, zweiter Satz dem mit dem Hauptvermächtnisse beschwerten eingeräumte Befugnis zu. So auch Unger 6, Anm. 5 auf S. 255; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 400; Rainz 2, 701 (Note 11) und wohl auch Anders 99.

<sup>3)</sup> Vgl. § 2161 d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu statt aller Unger 6, 257 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 5 auf S. 259.

<sup>6)</sup> Vgl. hier GlMZF. 1208 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Kurz vor seinem Tode erteilte M. seiner Wirtschaftlerin C., welcher er die Kassenschlüssel anvertraut hatte, den Auftrag, das nach seinem Tode vorhandene Bargeld dem behandelnden Arzte A. behufs Verteilung an Arme auszufolgen. Die Wirtschaftlerin



Hat der Erblasser zwar die Verteilung angeordnet, aber die Person, welche die Verteilung vorzunehmen hat, („hierüber“ in § 651) nicht bestimmt, so bleibt letztere den Erben überlassen (§ 651), soweit hierüber nicht, wie bezüglich der Vermächtnisse an Arme, spezielle Vorschriften bestehen<sup>1)</sup>. Auf ein derartiges sogenanntes distributives oder Verteilungsvermächtnis bezieht sich § 651<sup>2)</sup>, während die §§ 682 und 683 von einem gemeinschaftlichen oder Kollektivvermächtnisse an Verwandte oder Dienstpersonen handeln, wobei die Legatäre nur durch ihr Verhältnis zum Erblasser bezeichnet sind<sup>3)</sup>.

Die Auslegung der Willenserklärung des Erblassers erfolgt nach der allgemeinen Regel, daß der wahre Wille des Erblassers erforscht werden muß. Hierbei müssen die Worte zunächst in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen werden, und darf von dieser Regel nur dann abgewichen werden, wenn bewiesen wird, daß der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigentümlichen besonderen Sinn zu verbinden gewohnt war oder in concreto verband, oder wenn das Vermächtnis sonst ohne Wirkung wäre (§ 655)<sup>4)</sup>.

und der Arzt nahmen den Auftrag an. Der OGH. erkannte auf Wirkungslosigkeit dieses Auftrages, der zu seiner Gültigkeit der Vermächtnisform oder der Form einer unwiderruflichen Schenkung auf den Todesfall bedurft hätte).

<sup>1)</sup> Vgl. hier auch § 2153 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. HfD. v. 3. VI. 1846 (JGS. 964) („Vermächtnisse für Arme, wenn der Erblasser sie nicht näher bezeichnet hat, sind, er mag der Zivil- oder Militärgerichtsbarkeit angehört haben, jederzeit dem Lokalarmenfonds des Erblassers zuzuweisen“, wobei die politische Behörde dafür zu sorgen hat, daß bei der Beteiligung der Sozialarmen auf die dürftigen Militärparteien die nämlichen Verteilungsmaximen wie auf die dürftigen Zivilparteien in Anwendung gebracht werden“); ferner HfD. v. 1. III. 1809 (JGS. 885) und HfD. v. 17. IX. 1812 (JGS. 1006) („Unbestimmte der Geistlichkeit auf fromme Werke legierte Summen sind in Fällen, wo dieselben zur Rettung und Ruhe der Seele überhaupt und nur im allgemeinen bestimmt sind“, der Geistlichkeit zugleich auszufolgen, und zu einem Drittel auf heilige Messen, zu zwei Dritteln zur Verteilung von Almosen an Arme, denen ein angemessenes Gebet für den Erblasser zur Pflicht zu machen ist, zu verwenden; von der früher angeordnet gewesenen fruchtbringenden Anlegung solcher Legate hat es sein Abkommen erhalten); und HfD. v. 30. IX. 1846 (JGS. 21) (Für Militärarme bestimmte Legate sind an alle armen Militärpersonen in dem General-Kommandobezirke in welchem der Erblasser starb, zu verteilen).

<sup>3)</sup> Vgl. auch Pfaff, Zur Entstehungsgeschichte der Marginalrubriken im Österreichischen BGB. (S. aus Notz. 1906) 56 (Note 153).

<sup>4)</sup> Ähnlich Unger 6, Num. 7 auf S. 262; Anders 101; weiters Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 401 ff., 483 ff.; Stubenrauch 1, 853; und Rainz 2, 715, die aber den § 682 auch auf fremde Verwandte beziehen. Vgl. hier ferner Scheidlein, Beitrag zur Erläuterung der §§ 651, 682, 683 BGB., in Wagners Z. 1825, II, 157 ff., der den Widerspruch (?) zwischen § 651 und den §§ 682 und 683 dadurch zu lösen sucht, daß er den § 651 auf den Fall eines Vermächtnisses an Verwandte, Dienstboten im allgemeinen, die §§ 682 und 683 auf den Fall eines Vermächtnisses an Verwandte, Dienstboten des Erblassers für anwendbar erklärt; und Nagel, in OstBZ. 1866, Nr. 46, demzufolge sich sowohl § 651, als auch § 682 nur auf Verwandte des Erblassers bezieht.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 409 ff.; ferner aus der Praxis des OGH.: G.M. 251 (Der Ausdruck „gesetzliche Erben“ kann dem Sprachgebrauche des Erblassers entsprechend, und wenn andernfalls die letztwillige Anordnung

Übrigens stellt, wie das römische Recht, so auch das BGB. — und zwar meist in der Form von Vermutungen — eine Reihe von Interpretationsregeln auf, welche in Ermangelung eines anderweitigen nachweisbaren Willens des Erblassers (§ 683 i. f.) zur Anwendung kommen und die Auslegung des Willens entweder betreffs der bedachten Person (§§ 681—683)<sup>1)</sup> oder betreffs des vermachten Objektes (§§ 656—680)<sup>2)</sup> zum Inhalte haben<sup>3)</sup>.

einen widerspruchsvollen Inhalt hätte, auch auf „Noterben“ bezogen werden); G.M. 1180 (Der Vermächtnisanordnung darf nicht ein Sinn beigelegt werden, welchen sie nur unter der Voraussetzung grammatikalischer Unrichtigkeit haben könnte, selbst dann, wenn eine solche an anderer Stelle der letztwilligen Verfügung vorkommt); G.M. 5883 (Die Anordnung des Erblassers, seine älteste Tochter, der er seine kleine Realität um den Übernahmepreis von 600 fl. zuwies, solle außer der Auszahlung der Erbteile an ihre Geschwister auch noch die Verpflichtung auf sich nehmen, „seine kleinen Kinder zu erhalten“, enthält kein Vermächtnis des Unterhalts nach § 672, sondern hat nur die Bedeutung, daß die älteste Tochter verpflichtet ist, die kleinen Kinder aufzuziehen, bis sie sich selbst zu erhalten vermögen); G.M. 14908 (Wird jemandem ein Fruchtgenuß bis zur erreichten Großjährigkeit der eingesehten Erben legiert, so erlischt dieser Fruchtgenuß erst mit der Volljährigkeit des jüngsten Erben); G.M. 14940 (Hat der Erblasser der Legatarin „sämtliche Gegenstände“ vermacht, „die sich von mir in ihrer Wohnung befinden“, so gehören zu den vermachten Gegenständen auch die Kosbüchel des Erblassers, die sich bei seinem Ableben in der Wohnung der Legatarin vorfinden. Das Legat der Kosvereinsbüchel ist nicht das Legat einer Forderung [§ 664], sondern das Legat des Anteils des Erblassers an einer ihm und anderen gemeinschaftlich zustehenden Sache [§§ 1192, 1215], nämlich an den vom Vereine aus den Beiträgen seiner Mitglieder angeschafften Kosen im Sinne des § 662); G.M. 1525 (Hat der Erblasser im Testamente einem seiner Mieter den halben Mietzins für solange, als er in der betreffenden Wohnung wohnen werde, erlassen, so liegt das Vermächtnis einer Wohnung vor, und diese Wohnung kann dem Legatar durch die Erben nicht aufgekündigt werden). — Vgl. hier weiters auch § 2084 d. BGB.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu § 2066 ff. d. BGB.

<sup>2)</sup> § 674 behandelt die Vermächtnisse der Mobilien und des Hausrates und bestimmt: „Unter Mobilien (Meublen) werden nur die zum anständigen Gebrauche der Wohnung; unter Hausrat oder Einrichtung zugleich die zur Führung der Haushaltung erforderlichen Gerätschaften verstanden. Die Werkzeuge zum Betriebe des Gewerbes sind, ohne eine deutlichere Erklärung, darunter nicht begriffen.“ Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 467 ff.; Stubenrauch 1, 866 (Note 1); Rainz 2, 713. — Die §§ 675—677 behandeln das Vermächtnis eines Behältnisses. § 675 bestimmt: „Ist jemandem ein Behältnis vermacht worden, welches nicht für sich selbst besteht, sondern nur ein Teil eines Ganzen ist; so wird in der Regel vermutet, daß nur diejenigen Stücke zugedacht worden sind, welche sich bei dem Ableben des Erblassers darin vorfinden, und zu deren Aufbewahrung das Behältnis seiner Natur nach bestimmt, oder von dem Erblasser gewöhnlich verwendet worden ist.“ § 676 sagt: „Ist hingegen das Behältnis beweglich, oder doch eine für sich bestehende Sache; so hat der Legatar nur auf das Behältnis, nicht auch auf die darin befindlichen Sachen Anspruch.“ § 677 bestimmt: „Wird ein Schrank, ein Kasten oder eine Kade mit allen darin befindlichen Sachen vermacht; so rechnet man dazu auch Gold und Silber, Schmuck und bares Geld, selbst die vom Legatar dem Erblasser ausgestellten Schuldscheine. Andere Schuldscheine und Urkunden, worauf sich Forderungen und Rechte des Erblassers gründen, werden nur dazu gerechnet, wenn sich außer denselben nichts in dem Behältnisse befindet. Zu einem Vermächtnisse flüssiger Sachen gehören auch die zu ihrer Verführung bestimmten Gefäße.“ Hierzu ist zu bemerken, daß § 676 ungenau und unrichtig gefaßt ist. Es kommt nur darauf an, ob das Behältnis eine selbstständige Sache oder Teil einer solchen ist. Ist das Behältnis eine selbstständige Sache, so nimmt das Gesetz an, daß das Behältnis und nur dieses vermacht ist, wovon nur dann eine Ausnahme zu machen ist, wenn zwar nur das Behältnis als Vermächtnis

## V. Objekt des Vermächtnisses.

Gegenstand des Vermächtnisses können sein: Sachen, und zwar sowohl einzelne als auch sogenannte Gesamtsachen (vgl. §§ 674—679), Forderungen, sonstige Rechte, und zwar auch ein ususfructus am ganzen Nachlasse<sup>1)</sup> oder an einem aliquoten Teile des Nachlasses<sup>2)</sup>, geldwerte Handlungen, insbesondere Leistungen an den Legatar<sup>3)</sup>, wie der Unterhalt, die Erziehung, die Kost (vgl. §§ 672, 673), überhaupt alles, was im gemeinen Verkehre steht und einen Wert hat<sup>4)</sup> (§ 653).

War der Testator, oder ist der onerierte Erbe für seine Person unfähig, die legierte Sache zu erwerben oder zu besitzen, so hat dieser Umstand nach dem ABGB.<sup>5)</sup> auf die Gültigkeit des Vermächtnisses gar keinen Einfluß. Allein auch wenn der Legatar für seine Person unfähig ist<sup>6)</sup>, die legierte Sache zu erwerben, ist das Vermächtnis nicht ungültig, sondern

genannt, dieses aber nur zur Aufnahme individuell bestimmter Sachen eingerichtet ist, ohne diese daher wertlos wäre. Über das Vermächtnis des Behältnisses vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 470 ff.; Stubenrauch 1, 866 ff.; Krausz 2, 713. — § 678 behandelt die Vermächtnisse der Juwelen, des Schmucks und des Putzes. Hiernach werden unter Juwelen in der Regel nur Edelsteine und gute Perlen (nicht die Halbedelsteine. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 475 ff.; Krausz 2, 713 [Note 3]); anders Stubenrauch 1, 868 f. [Note 3]), unter Schmuck auch die unechten Steine und das aus Gold oder Silber verfertigte oder damit überzogene Geschmeide, welches zur Zierde der Person dient, und unter Putz dasjenige verstanden, was außer Schmuck, Geschmeide und Kleidungsstücken zur Verzierung der Person gebraucht wird. — § 679 behandelt die Vermächtnisse des Goldes oder Silbers, der Wäsche und der Equipage. Hiernach begreift das Vermächtnis des Goldes oder Silbers das verarbeitete und unverarbeitete, doch nicht das gemünzte, noch auch dasjenige in sich, was nur ein Teil oder eine Verzierung eines anderen Verlassenschaftsstückes, z. B. einer Uhr oder Dose, ausmacht. Die Wäsche wird nicht zur Kleidung, und Spitzen werden nicht zur Wäsche, sondern zum Putze gerechnet. Unter Equipage werden die zur Bequemlichkeit des Erblassers bestimmten Zugpferde und Wagen samt dem dazu gehörigen Geschirre, nicht auch Reitpferde und Reitzug verstanden. — Zu §§ 678 und 679 vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 475 ff.; Stubenrauch 1, 868 f. (Note 3).

<sup>1)</sup> Über die überflüssige und wertlose Kasuistik dieser zahlreichen Bestimmungen, vgl. Mayer, Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Einft und jetzt. (St. aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB.) 412.

<sup>1)</sup> Vgl. Gll. 5469.

<sup>2)</sup> Vgl. Gll. 248.

<sup>3)</sup> Über das Legat der Dienstbelassung, vgl. Wildner, im Jurist 13, 413 ff., der hierin ein doppeltes Legat — an den Erben und an die Dienstperson — sieht.

<sup>4)</sup> Vgl. § 18 PatG.: „Das Recht aus der Anmeldung eines Patentes und das Patentrecht . . . können . . . durch letztwillige Verfügung auf andere übertragen werden“. Dagegen kann nach § 16 UrhG. nicht das Urheberrecht selbst, sondern nur dessen Ausübung Gegenstand des Vermächtnisses sein. Gegen diese Regelung Mittels, in der Wiener Festschrift für Unger 112 ff.; Rabel, Die Übertragbarkeit des Urheberrechtes nach dem österreichischen Gesetze vom 26. XII. 1895, in Grünhutsz. 27, 71 ff.; Schmidl, Urheberrecht 138 f.

<sup>5)</sup> Über die Redaktionsgeschichte vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 408.

<sup>6)</sup> Unger 6, 267 meint, daß diese Bestimmung auch auf die Fälle auszudehnen sei, in denen dem Legatar wegen anderweitiger rechtlicher oder faktischer Hindernisse der Erwerb des vermachten Gegenstandes unmöglich ist. Ihm folgt Stubenrauch 1, 854 (Note 1). Gegen diese Behauptung mit Recht Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 409; Krausz 2, 701 (Note 8); Anders 100.

dem Legatar der ordentliche Wert der vermachten Sache zu vergüten (§ 654)<sup>1)</sup>.

## Einzelne Arten von Vermächtnissen.

## § 22.

Das Vermächtnis einer Gattungssache<sup>2)</sup>.

Wird eine nicht individuell, sondern nach ihren Gattungsmerkmalen bezeichnete Sache<sup>3)</sup> vermacht, so ist zu unterscheiden, ob sie der Erblasser

1. ausdrücklich nur aus den in der Verlassenschaft vorhandenen Sachen dieser Gattung — „aus seinem Eigentum“ — oder

2. ohne diese Beschränkung, also ohne daß eine Einschränkung auf die im Nachlasse befindlichen Sachen dieser Gattung gemacht wurde — „ohne eine nähere Bestimmung“ —, vermacht hat.

ad 1. In diesem Falle ist das Vermächtnis nur dann und nur insoweit wirksam, wenn und inwieweit Sachen dieser Gattung im Nachlasse vorhanden sind (§ 657). Unter den vorhandenen steht die Auswahl in der Regel dem Erben zu.

ad 2. In diesem Falle sind wieder zwei Möglichkeiten zu unterscheiden: a) der Fall, daß Sachen jener Gattung im Nachlasse vorhanden sind; und

b) der Fall, daß solche Sachen im Nachlasse nicht vorhanden sind.

ad a) In diesem Falle ist das Vermächtnis dem vermutlichen Willen des Erblassers gemäß aus den im Nachlasse vorhandenen Sachen der betreffenden Gattung zu leisten<sup>4)</sup>. Die Auswahl steht in der Regel dem

<sup>1)</sup> Auf andere Fälle der Unmöglichkeit und auf den Fall der Unerlaubtheit der vermachten Leistung finden die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes sinngemäße Anwendung. Vgl. hier auch §§ 2171, 2172 d. ABGB.

<sup>2)</sup> Vgl. Menzel, Über Vermächtnisse überhaupt und insbesondere über den Unterschied zwischen dem Gattungsvermächtnis und dem Vermächtnis einer bestimmten Sache nach österreichischem Rechte, in Wagnersz. 1841, I, 37 ff.; Unger 6, 300 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 414 ff.; Stubenrauch 1, 854 ff.; Krausz 2, 708 ff.; Anders 115 f. — Von dem Gattungsvermächtnis ist das Wahlvermächtnis zu unterscheiden, das dann vorliegt, wenn der Bedachte von mehreren individuell bestimmten Gegenständen nur den einen oder den anderen erhalten soll. Auch auf das Wahlvermächtnis finden die §§ 656 ff. Anwendung. Vgl. hierzu u. a. Stubenrauch 1, 855 f. (Note 1); Krausz 2, 5 ff.; Anders 116 f.; ferner S. 30 ff. im III. Bande dieses Lehrbuches. — Das d. ABGB. behandelt die Gattungsvermächtnisse im § 2155, die Wahlvermächtnisse im § 2154. Vgl. hierzu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 250 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 5788 (Die Legierung von zehn Stück Nordbahnaktien ist nicht als ein Vermächtnis bestimmter Verlassenschaftsstücke, sondern als ein solches von Sachen einer gewissen Gattung anzusehen); Gll. 3909 (Das Vermächtnis einer Anzahl nach Nummern und durch Angabe der Gattung und des Wertes genau bezeichneten Aktien ist ein Vermächtnis bestimmter Sachen).

<sup>4)</sup> Vgl. Zeiller, Kommentar 2, 594; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 416; Anders 115.

Erben zu (§ 656). Dieser muß aber ein Stück wählen, wovon der Legatar nach seinem Stande und seinen übrigen Verhältnissen Gebrauch machen kann (§ 656)<sup>1)</sup>. Hat der Erblasser die Auswahl dem Legatar überlassen, so kann dieser verlangen, daß ihm sämtliche Wahlstücke, die in der Verlassenschaft vorhanden sind, zur Wahl vorgelegt werden<sup>2)</sup>, und darf zwar auch die beste unter den in der Erbschaft vorhandenen Sachen der bezeichneten Gattung wählen (§ 656), ist aber an die einmal vorgenommene, dem Erben bekannt gegebene Wahl gebunden. Auch transmittiert der Legatar sein Wahlrecht nicht auf seine Erben, wenn er vor vorgenommener Wahl verstirbt. In diesem Falle soll vielmehr, wie § 659 anordnet, die Gerichtsbehörde das Legat mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfnis des Legatars bestimmen. Eine derartige gerichtliche Bestimmung findet auch dann statt, wenn die Auswahl einem Dritten überlassen wurde, und dieser deren Vornahme ausschlägt<sup>3)</sup> oder vor deren Vornahme verstirbt (§ 659). Nimmt aber der Dritte die Auswahl vor, so hat er innerhalb der bezeichneten Gattung den freiesten Spielraum, kann also auch die beste Sache wählen<sup>4)</sup>.

ad b) In diesem Falle, d. h. wenn Sachen der bezeichneten Gattung sich in der Verlassenschaft nicht finden, muß der Erbe die vermachten Sachen dem Legatar in einer dessen Stande und Bedürfnissen angemessenen Eigenschaft verschaffen (§ 658). Wird die dem Legatar geleistete species einziert, so steht ihm aus dem Legate eine Klage auf Erfüllung zu<sup>5)</sup>.

Vom Gattungsvermächtnis ist das Summenvermächtnis zu unterscheiden. Das Vermächtnis einer Summe Geldes verbindet, vorausgesetzt, daß das Geld als Summe (eigentliche Geldschuld) vermacht wurde<sup>6)</sup>, den Erben zur Zahlung, ohne Rücksicht, ob bares Geld in der Verlassenschaft vorhanden ist oder nicht (§ 658)<sup>7)</sup>.

Vom Summenvermächtnis ist wieder das Vermächtnis der „Barschaft“ zu unterscheiden. Für dieses stellt § 680 eine Interpretationsregel des Inhalts auf, daß unter der vermachten Barschaft nur das Geld,

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Helfert, Über die Verbindlichkeit zur Gewährleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen, in *Wagners* 3. 1825, I, 122.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Prot. I, 393; Zeiller, Kommentar 2, 594.

<sup>3)</sup> Gleich zu behandeln ist der Fall, wenn das Wahlrecht mehreren Dritten zusteht, und eine Mehrheit nicht zu erzielen ist. Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 420; auch Anders 116.

<sup>4)</sup> So schon Zeiller, Kommentar 2, 598.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Helfert, a. a. O. 121 ff.; Anders 116. — Über die Gewährleistungspflicht des Beschwerten bei einem Gattungsvermächtnis nach deutschem Recht vgl. §§ 2182, Abf. 1, 2183 d. BGB.

<sup>6)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 418 f.; Anders 115.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 418 ff.; Stubenrauch 1, 856 und Note 2; Anders 115.

<sup>8)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 478 f.; Stubenrauch 1, Note auf S. 869.

und zwar sowohl das gemünzte, als auch das in- und ausländische Papiergeld, aber weder andere öffentliche Kreditpapiere, noch ausständige, obgleich auf bares Geld gerichtete Forderungen oder Privatschuldscheine oder Wechsel verstanden werden<sup>1)</sup>.

Von dem Gattungs- und dem Summenvermächtnisse gilt die Regel, daß sie im Zweifel dem Legatar so oft gebühren, als sie in derselben oder in verschiedenen Anordnungen wiederholt sind (§ 660)<sup>2)</sup>.

## § 23.

### Das Vermächtnis einer bestimmten Sache<sup>3)</sup>.

Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1. Gehört die vermachte bestimmte Sache dem Erblasser oder doch in die Verlassenschaft<sup>4)</sup> (§ 1461), so erwirbt der Legatar in der Regel (§ 699) sogleich nach dem Tode des Erblassers eine sofort fällige (§ 685), vererbliche (§ 684) und veräußerliche Forderung<sup>5)</sup> gegen die Verlassenschaft, beziehungsweise gegen den Dnerierten auf Leistung der vermachten Sache. Von diesem Zeitpunkte an trägt der Legatar die auf der vermachten Sache haftenden Lasten<sup>6)</sup> (Steuern, Umlagen, Realschulden), und es trifft ihn der Zufall des gänzlichen Unterganges oder der Verschlechterung der Sache. Andererseits gebühren dem Legatar aber auch von diesem Zeitpunkte an die Früchte und Nutzungen<sup>7)</sup>, sowie der Zuwachs der ver-

<sup>1)</sup> Etwas anderes als das Vermächtnis der „Barschaft“ ist das Vermächtnis des „Geldes“. Vgl. Stubenrauch 1, Note auf S. 869. Aus der Praxis des OGH. vgl. hier Oll. 4364 und 4639 (Das Vermächtnis des „im gerichtlichen Depositenamte erliegenden Geldes“ umfaßt — falls außerdem im Depositem nur ein geringer Barbetrag (Zinsen) erliegt — auch die daselbst befindlichen Grundentlastungsobligationen); Oll. 14057 (Das Vermächtnis allen „Geldes“ umfaßt, wenn sonst keine Barschaft vorhanden ist, auch das in Sparkassenbüchern angelegte).

<sup>2)</sup> Vgl. zu § 660 auch Klug, Zur Lehre der §§ 1248 und 660 BGB., in *Allg. Jur.* 3. 1890, Nr. 33. — Wurden demselben Legatar verschiedene Summen vermacht, so müssen selbstverständlich gleichfalls alle bezahlt werden. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 424; Anders 115.

<sup>3)</sup> Vgl. Unger 6, 289 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 422 ff.; Stubenrauch 1, 856 ff.; Prainz 2, 709 ff.; Anders 111 ff.

<sup>4)</sup> Vermacht der Erblasser eine bestimmte Sache ausdrücklich aus der Verlassenschaft, und findet sich in ihr eine solche nicht, so ist das Vermächtnis unwirksam. So richtig Menzel, in *Wagners* 3. 1841, I, 43 f.; Oll. 3909.

<sup>5)</sup> Kein dingliches Recht. Die Legatsklage ist somit eine persönliche (vgl. Oll. 10 238, 11 775); sie richtet sich bloß gegen die Verlassenschaft, bzw. den Dnerierten, nicht gegen dritte Besitzer der vermachten Sache (vgl. Oll. 5469, 5997).

<sup>6)</sup> Vgl. § 2185 d. BGB.

<sup>7)</sup> So nach Oll. 1812 die Kupons vom Sterbetage des Erblassers an, wenn ein bestimmter Nominalbetrag von Wertpapieren des Testators vermacht wurde (?); nicht aber wenn eine Anzahl von Wertpapieren einer bestimmten Gattung legiert wurde (so richtig Oll. 5788). — Vgl. hier auch Oll. 12547 (Das Recht des Legatars einer Realität auf die Nutzungen vom Tode des Erblassers an wirkt auch gegen dritte Personen. Daher steht dem Legatar der Anspruch auf Rückstellung der von einem Gläubiger des irtümlich als Eigentümer der legierten Realität eingetragenen Erben im Wege der Sequestration bezogenen Nutzungen zu [condictio indebiti]).

machten Sache<sup>1)</sup> (§ 686<sup>2)</sup>). Für Verschulden, und zwar für jedes Verschulden, haftet von dem erwähnten Zeitpunkte an der onerierte Erbe.

Das Eigentum am Legat erwirbt der Legatar nur durch Tradition, beziehungsweise Umschreibung in den öffentlichen Büchern (§§ 684, 688 ABGB.; § 178 AusstreitG.<sup>3)</sup>). Vindikationslegatäre sind dem österreichischen Rechte fremd.

Ist die Sache verpfändet oder sonst belastet, so übernimmt (vgl. § 443) der Legatar die darauf haftenden Lasten (§ 662). Zweifelsohne gehen auf den Legatar mit der Sache die auf ihr haftenden öffentlichen Lasten und jene privatrechtlichen Beschränkungen und Lasten über, die auf jeden Singularerbklassifikator übergehen. Im übrigen ist die Auslegung des zitierten Satzes des § 662 freitragend. Zeiller<sup>4)</sup> u. a.<sup>5)</sup> verstehen ihn dahin, daß der Legatar in allen Fällen die Sache auf seine Kosten von den auf ihr haftenden Lasten frei machen muß. So entscheidet auch das preussische Landrecht<sup>6)</sup> und nunmehr auch der OGH.<sup>7)</sup> Anders legen diese Bestimmung des § 662 Unger<sup>8)</sup>, Pfaff und Hofmann<sup>9)</sup>, Stubenrauch<sup>10)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. § 2184 d. ABGB.

<sup>2)</sup> Vgl. zu § 686 u. a. Zeiller, Kommentar 2, 637; Menzel, in Wagner's Z. 1841, I, 55; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 502 ff.; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 2, 186 ff., der (S. 194) zu folgendem Resultate kommt: „Wir finden u. a. gerade in der Bestimmung des § 686 ABGB. . . einen Beleg dafür, daß auch das Eigentum desselben (des Legatars) ungeachtet des Erfordernisses der „Übergabe“ vom Zeitpunkte des Todes des Erblassers zu datieren sei; und damit ist u. E. auch für die Rückwirkung des Erbschaftserwerbes selbst bis zu dem gleichen Zeitpunkte ein Anhaltspunkt gegeben“; ferner Stubenrauch 1, 873 ff.; Krainz 2, 704 f.; Anders 107 f.

<sup>3)</sup> „Denjenigen, welchen in die öffentlichen Bücher eingetragene unbewegliche Güter, oder auf denselben haftende Forderungen aus einer Verlassenschaft nicht als Erben, sondern als Vermächtnisnehmern, oder durch eine während der Abhandlung an sie erfolgte Veräußerung zufallen, ist von der Abhandlungsbehörde auf ihr Ansuchen die Bestätigung zu erteilen, daß sie in den öffentlichen Büchern als Eigentümer eingetragen werden können. Die in den §§ 177 und 178 enthaltene Vorschrift ist auch dann anzuwenden, wenn die Abhandlungsbehörde in einem Lande ihren Sitz hat, wo Landtafeln, Stadt- oder Grundbücher oder andere öffentliche Bücher dieser Art nicht bestehen, insofern die Erbschaft solche unbewegliche Güter und darauf haftende Forderungen umfaßt, deren Eigentum nach dem Gesetze des Ortes, wo sie liegen, nur durch die Eintragung in das öffentliche Buch erwirkt werden kann. Liegen die unbeweglichen Güter in Ländern, wo andere Vorschriften über die Erwerbungsart der dinglichen Rechte bestehen, so haben sich die Abhandlungsbehörden und die Beteiligten an die darüber bestehenden Normen zu halten.“ Vgl. hierzu auch § 2 G. v. 23. V. 1883 (RGBl. 82) (weiter unten Note 3 auf S. 326 dieses Bandes).

<sup>4)</sup> Kommentar 2, S. 604, 637 f.

<sup>5)</sup> So Winwartner, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 186; und unter Einschränkung der persönlichen Haftung des Legatars auf den Wert der legierten Sache auch Rippel, Erläuterung 4, 312.

<sup>6)</sup> I, 12, §§ 325, 326.

<sup>7)</sup> Vgl. OGH. 14588.

<sup>8)</sup> 6, Anm. 1 auf S. 292.

<sup>9)</sup> Kommentar 2, 435 f.

<sup>10)</sup> 1, 859 und Note 2.

und Anders<sup>1)</sup> aus<sup>2)</sup>. Nach ihrer richtigen Auslegung besagt diese Bestimmung bloß: Der Erbe ist nach österreichischem Rechte, im Unterschiede vom römischen, in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung des Erblassers nicht verpflichtet, die Sache frei von den darauf haftenden Lasten zu übergeben<sup>3)</sup>. Allein in dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Erben als Universalerbklassifikator des Testators und den auf der vermachten Sache sichergestellten Gläubigern des Erblassers wird dadurch nichts geändert. War die vermachte Sache für eine persönliche Schuld des Erblassers verpfändet oder gepfändet, kurz: verhaftet, so bleibt der Erbe Personalschuldner. Hat daher der Legatar eine solche Schuld aus eigenem entrichtet, so steht ihm in der Höhe des gezahlten Betrages ein Regressanspruch gegen die Verlassenschaft, beziehungsweise gegen den oder die Erben nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu (§§ 550, 820, 821, 1358), vorausgesetzt, daß der Erblasser nicht dem Legatar die Bezahlung der Schuld aufgetragen hat. Hat der Legatar die vermachte Sache zur Befriedigung des auf ihr sichergestellten persönlichen Gläubigers des Erblassers im Exekutionsverfahren herausgeben müssen, so steht ihm unter der gleichen Voraussetzung ein Ersatzanspruch in der Höhe des bei der Versteigerung erzielten Erlöses<sup>4)</sup> gegen den Erben zu<sup>5)</sup>.

Ist das Vermächtnis derselben bestimmten Sache in derselben oder in verschiedenen letztwilligen Anordnungen wiederholt worden, so gebührt das Vermächtnis dem Legatar doch nur einmal (§ 660).

Wann das Legat für widerrufen anzusehen ist, bestimmen die §§ 724 und 725. Danach wird das Legat einer bestimmten Sache als widerrufen angesehen, wenn der Erblasser die Sache veräußert und nicht wieder zurückgehalten, oder wenn er sie auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß die Sache ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert. Ist aber die Veräußerung der Sache auf gerichtliche Anordnung<sup>6)</sup> geschehen, beziehungsweise die Sache ohne Einwilligung des Erblassers verwandelt worden, so besteht das Legat<sup>7)</sup>, d. h. es tritt an die Stelle der

<sup>1)</sup> S. 112.

<sup>2)</sup> Der gleichen Ansicht war früher der OGH. Vgl. OGH. 570, 1566, 4205. Unentschieden Krainz 2, 718.

<sup>3)</sup> So auch § 2165 d. ABGB.

<sup>4)</sup> Nicht des Schätzwertes. Vgl. OGH. 1566.

<sup>5)</sup> Ebenso entscheidet das d. ABGB. bezüglich eines Pfandrechtes, anders bezüglich einer Hypothek. Vgl. §§ 2165–2168.

<sup>6)</sup> Oder überhaupt unfreiwillig. Insbesondere gehört auch der Fall der Expropriation hierher. So auch Unger 6, Anm. 4 auf S. 293 f.; Stubenrauch 1, 907; Krainz 2, 660; Anders 112.

<sup>7)</sup> Gegen die Auffassung Ungers (6, Anm. 6 auf S. 295 und Anm. 2 auf S. 309 f.), daß es bei den in den §§ 724 und 725 behandelten Fällen auf den Surrogierungswillen, nicht auf den Abentionswillen ankomme, vgl. die treffenden Ausführungen von Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 662 f., die noch durch folgende Erwägung zu ergänzen sind: Was ist Rechtens, wenn die Rückzahlung, bzw. Spezifi-



veräußerten Sache ein dem Erlöse, beziehungsweise der Entschädigungssumme gleicher Betrag<sup>1)</sup>, an die Stelle des vermachten Gegenstandes die spezifizierete Sache<sup>2)</sup> 3).

Unwirksam wird das Vermächtnis einer bestimmten Sache, wenn diese vor dem Tode des Erblassers untergeht<sup>4)</sup>. War aber die vermachte bestimmte Sache versichert, und hat der Erblasser wegen ihres zufälligen Untergangs die Versicherungssumme erhalten, so verwandelt sich das Vermächtnis der Sache in ein Vermächtnis der Versicherungssumme, erlischt also nicht<sup>5)</sup>.

2. Gehörte die vermachte bestimmte Sache zur Zeit der Errichtung der letzten Anordnung schon dem Legatar, so ist das Vermächtnis ohne Wirkung und bleibt ohne Wirkung, auch wenn der Legatar in der Folge freiwillig oder unfreiwillig das Eigentum an der vermachten Sache verloren hat<sup>6)</sup> (§ 661). Hatte der Legatar zwar zur Zeit der letzten Anordnung die vermachte Sache noch im Eigentum, hat er sie aber vor dem Tode des Erblassers entgeltlich oder unentgeltlich<sup>7)</sup> von einem Dritten<sup>8)</sup> erworben, so wird ihm ihr ordentlicher Wert vergütet (§ 661). Dieser wird ihm auch dann bezahlt, wenn er die vermachte Sache später entgeltlich vom Erblasser erworben hat (arg. e contrario aus § 661, obzwar im Widerspruch mit § 724)<sup>9)</sup>. Hingegen

kation durch einen Dritten zu einer Zeit erfolgte, wo der Erblasser testierunfähig war? Unger's Ansicht würde zu der gewiß unrichtigen Konsequenz führen, daß man mangels eines rechtlich relevanten Surrogierungswillens die Legatsanordnung als unwirksam behandeln müßte. Vgl. auch Krainz 2, 660 (Note 37); Anders 8, 112 f., 118.

<sup>1)</sup> So auch u. a. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 666; Stubenrauch 1, 907 (Note 5); Krainz 2, 660; Anders 113. U. M. Unger 6, Anm. 4 auf S. 294, nach dem sich das legatum rei propriae in ein wirksames legatum rei alienae verwandelt.

<sup>2)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 667; Stubenrauch 1, 907 (Note 7); Krainz 2, 660; Anders 113. Im Resultate übereinstimmend auch Unger 6, Anm. 6 auf S. 295.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu auch §§ 2169, 2172 b. BGB.

<sup>4)</sup> Ebenso auch das Vermächtnis einer zur Zeit der letztwilligen Verfügung im Vermögen des Erblassers vorhandenen bestimmten Sache, wenn sich diese bei Ableben des Erblassers in dessen Nachlasse nicht mehr vorfindet. So auch GUMF. 3909. Anders die Begründung zu GUMF. 2575, nach der in diesem Falle dem Legatar der ordentliche Wert oder das Äquivalent der vermachten Sache zu zahlen ist.

<sup>5)</sup> Vgl. GUMF. 2575. Dagegen Krainz 2, 660.

<sup>6)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 601; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 430 f.; Stubenrauch 1, 857 und Note 1; Krainz 2, 710. Anders Unger 6, S. 291 und Anm. 14 auf S. 298 f., der in diesen Fällen Konvaleszenz des Legates annimmt. Unentschieden Anders 113.

<sup>7)</sup> So auch Schuster, in Wagner's 3. 1831, II, 130 f.; Unger 6, S. 291 und Anm. 15 auf S. 299 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 432; Stubenrauch 1, 856 f. (Note 3); Krainz 2, 710; Anders 114. U. M. Zeiller, Kommentar 2, 601 f., der auch hier den unentgeltlichen Erwerb ausschließt.

<sup>8)</sup> Vgl. hierzu Scheidlein, Beitrag zur Erläuterung des § 661 ABGB, in Wagner's 3, 1826, II, 160.

<sup>9)</sup> Auf diesen Widerspruch machte schon Scheidlein, a. a. O. 188 ff. aufmerksam.

wird die unentgeltliche Überlassung der vermachten bestimmten Sache durch den Erblasser selbst als eine Aufhebung des Vermächtnisses angesehen (§ 661)<sup>1)</sup>.

3. Gehört die vermachte Sache, ganz oder zum Teile, beschränkt oder unbeschränkt, belastet oder unbelastet, dem onerierten Erben oder einem Legatar, der sie einem Dritten leisten soll<sup>2)</sup>, so ist sie dem Bedachten so und insoweit zu leisten, wie und inwieweit sie dem Onerierten gehört, also z. B., wenn Pfandrechte an ihr haften, belastet mit diesen (§ 662). Auf die Früchte und Nutzungen der Sache hat der Legatar in diesem Falle erst vom Eintritte des Verzuges des Onerierten Anspruch, da sich die §§ 685 und 686 nur auf „Verlassenschaftsstücke“ beziehen.

4. Das Vermächtnis einer fremden Sache, d. i. einer Sache, die weder dem Erblasser, noch dem onerierten Erben oder dem Legatar, welcher sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist in der Regel wirkungslos<sup>3)</sup> (§ 662). Allerdings kann das Vermächtnis einer fremden, in der Verlassenschaft befindlichen Sache zur Usukapion führen<sup>4)</sup>. Ist die Sache nur zum Teil eine fremde im oben erwähnten Sinne, so gilt im Zweifel nur der dem Erblasser, dem Erben oder dem onerierten Legatar gehörige Teil als vermacht (§ 662). Steht den gedachten Personen eine Forderung, ein Anspruch auf die Sache, z. B. der Anspruch aus einem Kaufvertrage, oder ein dingliches Recht an der Sache zu, so ist das Vermächtnis als das Vermächtnis dieses Anspruches, dieses Rechtes zu verstehen und insoweit gültig (Konversion) (§ 662)<sup>5)</sup>. Ist zwar auch dies nicht der Fall, hat aber der Erblasser ausdrücklich verordnet, daß eine bestimmte Sache gekauft und dem Legatar geleistet werde, oder erhellt sonst aus der letztwilligen Anordnung, daß der Erblasser wußte, die vermachte Sache sei eine fremde<sup>6)</sup>,

— Der gleichen Meinung, wie der Text, Unger 6, S. 291 und Anm. 16 auf S. 300; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 432; Anders 113. Anders Krainz 2, 710, der den Widerspruch zwischen § 661 und § 724 zugunsten des § 724 entscheidet, weil dieser dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspricht.

<sup>1)</sup> § 661 (und der zweite Fall des § 724) beziehen sich nicht auf ein legatum generis oder quantitatis (vgl. auch Schuster, in Wagner's 3. 1831, II, 120 ff.). Troßdem kann aber unter Umständen auch ein Geldlegat durch Auszahlung der vermachten Summe bei Lebzeiten des Erblassers als aufgehoben (stillschweigend widerrufen) angesehen werden. So richtig GUMF. 15641. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Falle machte nämlich die Erblasserin gelegentlich der Übergabe der Summe die Bemerkung, daß sie dem Legatar das Geld aus dem Legate sofort übergebe, damit er nicht auf ihren Tod warten müsse.

<sup>2)</sup> Vgl. hier GUMF. 1469. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Falle hatte der Erblasser über bestimmte, seinen drei Töchtern und Erbinnen gehörige Sachen (Kreditlose) in der Weise letztwillig verfügt, daß er jeder seiner Erbinnen hinsichtlich der den beiden anderen Miterbinnen gehörigen Kreditlose gewisse in ihrer Erfüllung von künftigen Ereignissen abhängige Rechte und Ansprüche zuwendete.

<sup>3)</sup> Vgl. § 2169, Abf. 1 d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. hier auch § 2169, Abf. 2 d. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. § 2169, Abf. 3 d. BGB.

so muß die vermachte Sache vom Dnerierten dem Legatar verschafft werden (Verschaffungsvermächtnis). Will sie nun aber der Eigentümer um den Schätzungspreis nicht veräußern, so ist dem Legatar dieser Wert zu entrichten (§ 662)<sup>1)</sup> 2).

## § 24.

**Das Vermächtnis einer Forderung<sup>3)</sup>.**

Unter dieser Überschrift, die freilich nicht ganz entsprechend ist, werden im ABGB. folgende Fälle zusammengefaßt:

1. das Vermächtnis einer Forderung, die dem Erblasser gegen einen Dritten zusteht, also das Vermächtnis dessen, was ein Dritter dem Erblasser schuldet (legatum nominis) (§ 664). Dieses Vermächtnis ist nur dann und nur insoweit gültig, wenn und inwieweit die angegebene Forderung gegen einen Dritten wirklich besteht<sup>4)</sup>. Der Erbe wird durch dieses Vermächtnis verpflichtet, die Forderung samt Akzessionen, insbesondere den rückständigen<sup>5)</sup> und weiterlaufenden Zinsen, dem Legatar zu überlassen<sup>6)</sup> und diesem auch alle vorhandenen Sicherstellungsmittel und Behelfe heraus-

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, S. 291 und Anm. 12 auf S. 297 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 426 ff., 435; Pfaff, in JBl. 1884, S. 183; ders., in JBl. 1887, S. 465; Stubenrauch 1, 858 und Note 1; Krainz 2, 709 und Note 8; Anders 114.

<sup>2)</sup> So auch §§ 2169, 2170 d. ABGB.

<sup>3)</sup> Kann der Legatar, wenn ihm die nämliche Sache von zwei Erblassern vermacht worden ist, und er aus einer dieser Anordnungen den Wert bereits empfangen hat, weil der Eigentümer die Sache nicht verkaufen wollte, aus der andern Anordnung noch einmal den Wert fordern? Zeiller, Kommentar 2, 602 verneint diese Frage. Gingegegen wird sie mit Recht bejaht von Schuster, in Wagner's J. 1831, II, 130 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 434; Stubenrauch 1, 857 (Note 3). — Über den Fall, daß die vom Erben gekaufte und dem Legatar geleistete Sache später einzuweisen wird, vgl. Helfert, a. a. O. 124: „Der Erbe hat für den Schätzungswert einzustehen, wenn sie dem entwährenden Eigentümer um denselben nicht feil ist. Dem Erben bleibt nur der Regreß für den schon einmal gegebenen Kaufschilling oder Schätzungswert an den vermeintlichen Eigentümer vorbehalten“. Anders Anders 114: „Wird die dem Vermächtnisnehmer verschaffte Sache eines Dritten entwährt, so muß der Beschwerte seinen Entwährungsanspruch dem Vermächtnisnehmer abtreten“.

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, 307 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 437 ff.; Stubenrauch 1, 860 ff.; Krainz 2, 710 ff.; Anders 117 ff.

<sup>5)</sup> Über den Einfluß der Konvertierung legierter öffentlicher Kreditpapiere auf das Vermächtnis vgl. Harpner, Einfluß der Konvertierung öffentlicher Kreditpapiere auf einzelne Rechtsverhältnisse, in JBl. 1894, S. 233 f.; Krainz 2, 660: Dem Vermächtnisnehmer gebühren die an die Stelle der alten getretenen Papiere.

<sup>6)</sup> Die die Zinsen betreffende zeitliche Beschränkung des § 686 greift hier nicht ein. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 503; Krainz 2, S. 705 (Note 4), 711 (Note 15); Anders 118.

<sup>7)</sup> D. h. wohl: abzutreten; so daß der Legatar die Forderung selbst erst durch Zession seitens des Erben erwirbt, nicht schon kraft der Vermächtnisanordnung. So auch Unger 6, 307; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 443; Stubenrauch 1, 861; Krainz 2, 711 (Note 15); Anders 118. Anders mit Berufung auf § 178 Ausstreit G. Hagenbürl, Das österreichische Obligationenrecht 2, 193 und Note 93, nach dessen Ansicht der Legatar die Forderung schon mit dem Tode des Erblassers erwirbt.

zugeben. Ist eine in die öffentlichen Bücher eingetragene Forderung (eine Hypothekarforderung) vermacht, so ist dem Legatar auf sein Verlangen von der Abhandlungsbehörde die Bestätigungsurkunde zu erteilen, daß er als Eigentümer dieser Forderung in den öffentlichen Büchern eingetragen werden könne (§ 178 Ausstreit G.)<sup>1)</sup>.

Aus dem Vermächtnis einer bestimmten Forderung entspringt für den Erben keine Pflicht zur Haftung für die Richtigkeit und Einbringlichkeit der Forderung<sup>2)</sup>.

Das Vermächtnis einer Forderung gilt als widerrufen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben hat<sup>3)</sup> (§ 724), nicht aber, wenn der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe entrichtet hat (§ 725)<sup>4)</sup>. In letzterem Falle tritt an die Stelle der vermachten Forderung das vom Schuldner Geleistete<sup>5)</sup> 6).

Vermacht der Erblasser jemandem alle ausstehenden Forderungen, so hängt es von dem Wortlaute der Anordnung und den sonstigen Umständen ab, ob die zur Zeit der letztwilligen Anordnung oder alle zur Zeit des Todes des Erblassers ausstehenden Forderungen als legiert zu betrachten sind. Streitig ist, was im Zweifel als Wille des Erblassers anzusehen ist. Nach der Ansicht Zeillers<sup>7)</sup> sollen im Zweifel nur die zur Zeit der Errichtung des letzten Willens schon bestehenden Forderungen unter einem solchen Vermächtnis begriffen sein. Nach Unger's<sup>8)</sup> Ansicht soll im Zweifel der Tatbestand zur Zeit des Todes entscheiden. Diese Ansicht ist wohl die richtige<sup>9)</sup>. Jedenfalls sind aber unter einem Vermächtnis aller ausstehenden Forderungen nicht begriffen: die Forderungen aus öffentlichen

<sup>1)</sup> Vgl. weiter oben Note 3 auf S. 126 dieses Bandes; und hierzu § 2 G. v. 23. V. 1883 (RGBl. 82) (weiter unten Note 3 auf S. 326 dieses Bandes).

<sup>2)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann 2, 443 f.; Stubenrauch 1, 861 (Note 1); Anders 118. — Wohl aber haftet der Erbe, wenn eine Forderung zwar in bestimmtem Betrage, aber ohne spezielle Bezeichnung vermacht wurde. So schon Helfert, über die Verbindlichkeit zur Gewährleistung bei Schenkungen und Vermächtnissen, in Wagner's J. 1825, I, 122.

<sup>3)</sup> Ebenso, wenn er sie erlassen hat. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 664; Stubenrauch 1, 907; Anders 118. Vgl. aber Krainz 2, 660 (Note 36).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu weiter oben Note 1 auf S. 127 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> So auch Unger, Pfaff und Hofmann, Stubenrauch, Krainz und Anders.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu auch § 2173 d. ABGB.: „Hat der Erblasser eine ihm zustehende Forderung vermacht, so ist, wenn vor dem Erballe die Leistung erfolgt und der geleistete Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist, im Zweifel anzunehmen, daß dem Bedachten dieser Gegenstand zugewendet sein soll. War die Forderung auf die Zahlung einer Geldsumme gerichtet, so gilt im Zweifel die entsprechende Geldsumme als vermacht, auch wenn sich eine solche in der Erbschaft nicht vorfindet“.

<sup>7)</sup> Kommentar 2, 612.

<sup>8)</sup> 6, Anm. 3 auf S. 310.

<sup>9)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 445; Stubenrauch 1, 861 (Note 2); Anders 118.

Kreditpapieren, wie Forderungen aus Staats-, Landes- oder städtischen Anleihen, aus Inhaberpapieren überhaupt, wie Renten, Losen, Aktien, ferner die auf einem unbeweglichen Gute haftenden (angelegten) Kapitalien und endlich die aus einem dinglichen Rechte entstehenden Forderungen, worunter nicht allein dingliche Ansprüche (rei vindicatio, actio confessoria und negatoria), sondern auch alle Eigentums-, Servituts- und Pfandrechttitel, ja sogar Ansprüche auf Restitution einer bestimmten Sache (z. B. aus einem depositum, commodatum) zu verstehen sind (§ 668)<sup>1) 2)</sup>.

2. das Vermächtnis dessen, was der Legatar dem Erblasser<sup>3)</sup> schuldet (legatum liberationis)<sup>4) 5)</sup> (§ 663). Auch dieses Vermächtnis ist wirkungslos, wenn und soweit die vom Erblasser angegebene Forderung gegen den Legatar gar nicht besteht. Es erlischt durch Tilgung der Schuld, insbesondere durch freiwillige Zahlung an den Erblasser oder Eintreibung der Forderung durch diesen<sup>6)</sup>. Das legatum liberationis verpflichtet den Erben, den Legatar von seiner Schuld samt rückständigen Zinsen zu befreien, ihm den Schuldschein samt Sicherstellungsmitteln zurückzustellen oder ihm eine Quittung auszustellen und, wenn die Forderung grundbücherlich eingetragen ist, ihn in die Lage zu setzen, die Löschung der Forderung in den öffentlichen Büchern zu erwirken. Das Vermächtnis begreift im Zweifel<sup>7)</sup> nur die Befreiung von der zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses bestehenden Forderung in sich (§ 666) und ist nur soweit auszudehnen, als der Wille des Erblassers reicht. Hieraus folgen die Bestimmungen der beiden letzten Sätze des § 666: „Wird durch ein Vermächtnis das Pfandrecht oder die Bürgschaft erlassen, so folgt daraus nicht,

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 3 auf S. 310; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 445 ff.; Stubenrauch 1, 861 und Note 3; Krainz 2, 711; Anders 118.

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch G.M. 3116 (Das Vermächtnis „aller Kapitalien“ umfaßt auch Legatsforderungen).

<sup>3)</sup> Das legatum liberationis kann auch eine Forderung des Beschwerten oder eines Dritten zum Gegenstande haben. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 441 ff.; Stubenrauch 1, 860 f. (Note 3); Krainz 2, 711 (Note 19); Anders 118 f.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu, insbesondere (die allerdings vielfach sehr unrichtigen Ausführungen von) Prockner, Über den letztwillig angeordneten Schuldverlaß, in Wagner's 3. 1836, II, 30 ff.; Krüger, Die liberatio legata in geschichtlicher Entwicklung, in Grünhuts 3. 21, 289 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. hier auch G.M.Nr. 3220 (Wurde einem Legatar in einem Testamente ein legatum liberationis und eine Geldsumme vermacht, so ist der Denerierte nicht berechtigt, hinsichtlich der vom Legate für den Schuldverlaß bemessenen und von ihm bezahlten Gebühr aus dem Varlegat Regreß zu nehmen. Rücksichtlich dieser Gebühr steht dem onerierten Erben gegen den Legatar nur ein persönlicher Regreßanspruch zu, welche Unterscheidung im konkreten Falle, wo das Varlegat durch Pfändung und Überweisung an einen Gläubiger des Legatars dessen freier Verfügung entzogen war, von Bedeutung war).

<sup>6)</sup> So auch Unger 6, S. 308 und Anm. 6 auf S. 311; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 442; Anders 118; G.M. 11 292.

<sup>7)</sup> Vgl. G.M. 1317 (Lautet die Anordnung: „Alle sich vorfindenden Schuldforderungen erkläre ich für erloschen“, so bezieht sie sich auf den zur Zeit des Ablebens des Erblassers sich ergebenden Schuldenstand).

daß auch die Schuld erlassen worden sei. Werden die Zahlungsfristen verlängert, so müssen doch die Zinsen fortbezahlt werden.“

3. das Vermächtnis der Schuld, „die der Erblasser dem Legatar zu entrichten hat“ (legatum debiti)<sup>1)</sup> (§ 665)<sup>2)</sup>. Ein solches Vermächtnis verpflichtet den Erben, die vom Erblasser dem Betrage nach, wenn auch ohne Angabe der causa<sup>3)</sup>, bestimmt ausgedrückte Schuld oder, wenn der Erblasser den Betrag nicht angegeben hat, die vom Legatar ausgewiesene Schuld anzuerkennen<sup>4)</sup> und ohne Rücksicht auf etwa ihr anhaftende Bedingungen und Zahlungsfristen längstens, d. h. wenn die Schuld als solche nicht schon früher fällig und als solche gefordert wird<sup>5)</sup>, in der zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Frist (§ 685) zu entrichten.

Der Legatar kann das ihm „als Schuld“ Vermachte mit der Legatsklage fordern, sollte gleich die vom Erblasser dem Betrage nach angegebene Schuld gar nicht bestehen; m. a. W.: der Erbe kann vom Legatar den Beweis des Bestandes der vom Erblasser dem Betrage nach als bestehend angegebenen Schuld nicht fordern und muß das Vermächtnis entrichten, selbst wenn eine Schuld gar nicht besteht. Den gefährdeten Gläubigern des Erblassers und den Noterben kann aber die Anerkennung der ver-

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu insbesondere Arndts, Gesammelte zivilistische Schriften 2, 539 ff.; Hartmann, Begriff und Natur der Vermächtnisse 13 ff.; ders., Das Schuldvermächtnis nach römischem und nach modernem Recht, in ArchZivPrax. 70, 169 ff.; Jhering, Die aktive Solidarobligation, in Jherings 3. 24, 165 ff.; auch Seevald-Kezant, Ein interessanter Erbrechtsfall, in NotZ. 1883, Nr. 4, 5. — Das reine römische Recht betrachtete das Schuldvermächtnis, welches keine Verbesserung der alten Schuld enthielt, als unwirksam. Aber schon die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis verhielt sich gegenüber diesem Standpunkte „höchst ungeneigt und ablehnend“. So Hartmann, in ArchZivPrax. 70, 191 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch G.M. 12228 (Die von jemandem in einem Notariatsakte abgegebene Erklärung, daß er einem andern einen bestimmten Betrag schuldig sei, und daß dieser Betrag aus seinem Nachlasse bezahlt werden solle, stellt sich nicht als legatum debiti dar).

<sup>3)</sup> Vgl. G.M. 2461, 4322.

<sup>4)</sup> Gegen die Annahme, daß die Anerkennung als solche für den juristischen Inhalt oder Gegenstand der Vermächtnisverfügung anzusehen ist (vor allem vertreten von Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (2) 220 f.; Arndts, a. a. O. 541); Hartmann, a. a. O. 199 ff.; auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 451; Jhering, a. a. O. 173. Vgl. insbesondere Hartmann, a. a. O. 202: „Das sogenannte Schuldvermächtnis ist stets und ausnahmslos, klebe es sich auch in die äußerliche Gewandung einer Anerkennung, ein richtiges, einfaches Vermächtnis von Sachen oder Leistungen des Beschwerten.“ Vgl. ferner Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes (9) 2, 691: „Das Schuldvermächtnis ist unter keinen Umständen das Vermächtnis einer Obligation, sondern immer das Vermächtnis des geschuldeten Gegenstandes“. Zustimmung Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 438 f., 447; Stubenrauch 1, 861; Krainz 2, 711 (Note 22); Anders 119.

<sup>5)</sup> So auch Arndts, a. a. O. 544; Unger 6, Anm. 7 auf S. 311. Hin- gegen geben Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 448 f. und Anders 119 auch die Legatsklage schon früher, wenn der dies nominis früher, d. h. früher als der dies veniens legati, eintritt. Nach dieser Ansicht enthielte § 665 eine Ausnahme von § 685. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 448 (Note 63) müssen aber selbst zugeben, daß § 665 statt: „ohne Rücksicht auf die . . . Fristen“ sagen sollte: „ohne Rücksicht auf spätere Fristen.“

machten Schuld durch den Erblasser nicht zum Nachteil gereichen (§ 665), weil Gläubiger und Noterben durch Vermächtnisse nicht verkürzt werden können<sup>1)</sup>.

Besteht nun aber die vom Erblasser angegebene Schuld, so kann der Legatar sein Recht sowohl mit der Vermächtnis-, als auch mit der ursprünglichen Schuldlage geltend machen. Tritt er lediglich mit seiner ursprünglichen Schuldforderung auf, so ist er wie ein anderer Gläubiger zu behandeln, muß also seine Forderung beweisen<sup>2)</sup> und darf sie vor Eintritt einer etwaigen Bedingung oder des Fälligkeitstermines nicht einlagern. Macht er hingegen seine ihm vermachte Forderung als Legat geltend, so wird er in jeder Richtung (vgl. z. B. §§ 690 ff.) nur wie ein Legatar angesehen und behandelt<sup>3)</sup>.

Das Vermächtnis eines mit einem geschuldeten gleichen Betrages ist im Zweifel nicht als Vermächtnis der Schuld, richtiger als Vermächtnis zur Abtragung der Schuld, anzusehen (§ 667)<sup>4)</sup>.

## § 25.

### Das Vermächtnis des Heiratsgutes<sup>5)</sup>.

Hier ist zu unterscheiden:

1. das Vermächtnis eines schon bestellten Heiratsgutes, und zwar entweder:

- a) als legatum liberationis (§ 669, 1. Fall) oder
- b) als legatum debiti (§ 669, 2. Fall).

ad a) Vermacht der Restitutionsberechtigte dem zur Rückstellung Verpflichteten (dem Manne<sup>6)</sup>) das Heiratsgut, so liegt das Vermächtnis der Schuldbefreiung vor, auf welches die §§ 663 und 666 Anwendung finden<sup>7)</sup>. Vermacht aber der nicht restitutionsberechtigte Besteller dem zur Restitution verpflichteten Manne das Heiratsgut, so wird das Vermächtnis im Zweifel

<sup>1)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 450 und Note 76; Stubenrauch 1, 862; Krainz 2, 711 f.; Anders 119.

<sup>2)</sup> Vgl. Jhering, a. a. O. 173; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 449 (Note 70), 451; Anders 119: Zum Beweise des Anspruches ist die letztwillige Anordnung ganz untauglich.

<sup>3)</sup> Vgl. Arndts, a. a. O. 543 ff. Vgl. auch weiter oben S. 133 und Note 5 auf S. 133 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. über den Fall, daß der Erblasser dem Manne eine dos versprochen hat und der Frau eine dos vermacht (aktive Solidarobligation) Jhering, a. a. O. 148 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger 6, 315 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 455 ff.; Stubenrauch 1, 862 ff.; Krainz 2, 712.

<sup>6)</sup> Oder dessen Erben. Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 456 (Note 11).

<sup>7)</sup> Unrichtig aber O.M.Z. 485, welche Entscheidung in der Bestimmung der Ehepakte, daß das von der Frau dem Manne bestellte Heiratsgut nach dem Tode der Frau unter gewissen Bedingungen dem Manne verbleiben solle, ein legatum liberationis nach § 669 erblickt.

wegen Irrtums ungültig sein<sup>1)</sup>, weil eine dem Testator nicht zustehende Forderung vermacht wurde.

ad b) Vermacht der restitutionspflichtige Mann der Frau das Heiratsgut, während ein anderer restitutionsberechtigt ist, so ist das Legat im Zweifel als ungültig anzusehen<sup>2)</sup>. Vermacht aber der Mann dem Restitutionsberechtigten das Heiratsgut, so liegt ein legatum debiti vor, und es finden dessen Grundsätze (§§ 665, 667) Anwendung. In diesem Falle ist der Dnerierte insbesondere nicht berechtigt, die auf das Heiratsgut verwendeten Kosten in Abzug zu bringen oder den Beweis der geschehenen Einbringung der vom Erblasser als eingebrachtes Heiratsgut angegebenen Summe oder Sache zu fordern. Er muß vielmehr diese zurückstellen, zurückzahlen, mag auch tatsächlich gar nichts oder nur ein geringerer Betrag als der vom Erblasser angegebene als Heiratsgut eingebracht worden sein<sup>3)</sup>.

2. die Dotierung durch Vermächtnis.

a) Wird letztwillig ein Heiratsgut einem bereits verheirateten Manne oder einem Manne mit Rücksicht auf eine bestimmte, einzugehende Ehe vermacht, so liegt darin zugleich ein Vermächtnis zugunsten der Frau<sup>4)</sup>. Ob ein mit Rücksicht auf eine bestimmte, einzugehende Ehe dem Manne vermachtetes Heiratsgut ein bedingtes Vermächtnis oder ein Vermächtnis sub modo ist, ist eine Interpretationsfrage des erlasserischen Willens. Im Zweifel ist ein legatum sub modo anzunehmen<sup>5)</sup>.

b) Das Vermächtnis zur Bestellung eines Heiratsgutes<sup>6)</sup>. Wird einer verheirateten Frau ein Heiratsgut vermacht, so ist sie verpflichtet, ihrem Manne das Empfangene in dotem zu geben. Wird einer unverheirateten Frau ein Heiratsgut mit Rücksicht auf eine einzugehende bestimmte Ehe vermacht, so ist dieses Vermächtnis im Zweifel als legatum sub modo, als ein Vermächtnis mit einem Auftrage, einer Auflage nach den

<sup>1)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 456 f. Nach Unger 6, Anm. 2 auf S. 317 „ist ein solches Vermächtnis als Vermächtnis der Befreiung von der Schuld an einen Dritten (die Gattin) wirksam und verpflichtet die Erben zur Bezahlung der Dotalschuld, dafern nicht etwa der Erblasser über die Berechtigung zur Rückforderung im Zweifel war.“

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, Anm. 1 auf S. 316 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 457; Stubenrauch 1, 862 (Note 3).

<sup>3)</sup> Über das Vermächtnis der aus der promissio dotis entstandenen Forderung vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 458.

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, 316; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 458; Stubenrauch 1, 863; auch Jhering, Die aktive Solidarobligation, in Jherings Z. 24, 151 ff.: „Das legatum dotis begründet, einerlei ob es dem Manne oder der Frau hinterlassen ist, für beide Teile einen selbstständigen, als aktive Solidarobligation zu beurteilenden Anspruch.“

<sup>5)</sup> So auch Unger 6, 316 und Anm. 4 auf S. 317; Stubenrauch 1, 863.

<sup>6)</sup> Vgl. auch hier Jhering, a. a. O. 163 f.



§§ 709 und 710 zu behandeln<sup>1)</sup>. Wird aber einer Person ganz allgemein eine Summe oder Sache mit dem Beifuge „zum Heiratsgut“ vermacht, so ist dieses Verhältnis im Zweifel weder als ein bedingtes, noch als Vermächtnis sub modo, noch endlich als ein betagtes zu behandeln; es liegt lediglich ein Wunsch des Erblassers (§ 711) vor<sup>2)</sup>.

Hat der Erblasser, der nicht der Vater der Honorierten ist, einer dritten Person („dritte Person“ ist hier nur im Gegensatz zu § 669, der als honoriert den Gatten voraussetzt, genommen) ein Heiratsgut ohne Bestimmung des Betrages vermacht, so greift die Interpretationsregel des § 670<sup>3)</sup> Platz, derzufolge ohne Rücksicht auf das eigene Vermögen der Honorierten ein solches Heiratsgut „als der Vater dieser Person (scil. der Honorierten) bei mittelmäßigem Vermögen nach seinem Stande<sup>4)</sup> abzureichen schuldig wäre“, angenommen wird. Ist die Legatarin ein uneheliches Kind, so gilt das im § 670 vom Vater Gesagte von der Mutter (vgl. §§ 165, 1220)<sup>5)</sup>.

Haben Eltern (auch Großeltern) ihren Töchtern (beziehungsweise Enkelinnen) ein Heiratsgut vermacht und es nicht ausdrücklich<sup>6)</sup> als Vorausvermächtnis bezeichnet, so ist es sowohl in den gesetzlichen als auch in den testamentarischen Erbteil einzurechnen (§ 671)<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> So auch Unger 6, 316 und Anm. 4 auf S. 317; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 459; Stubenrauch 1, 863. Zeiller, Kommentar 2, S. 614, 615 wendet auf Dotalvermächtnisse schlechthin die Bestimmung des § 711 an. Dagegen behauptet Schuster, in Wagners Z. 1831, II, 145 ff. und ihm folgend Pachmann, in Haimers Mag. 16, 1 ff., daß ein vermachtetes Heiratsgut nach eben denselben Vorschriften, wie ein unter einer aufhebenden Bedingung hinterlassenes Vermächtnis, zu behandeln sei (arg. §§ 1216, 1225, 1247).

<sup>2)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, S. 614, 615; Unger 6, 316 und Anm. 5 auf S. 317; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 459 und Noten 26—30; Stubenrauch 1, 863.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu insbesondere Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 460 f.

<sup>4)</sup> Pachmann, in Haimers Mag. 16, 10 ff. will auch noch den Stand des Mannes in Rechnung gebracht sehen. Dagegen Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 460 ff.

<sup>5)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 614 f.; Damianitsch, Nach welchem Maßstabe wird das einer unehelichen Tochter von einem Dritten unbestimmt vermachte Heiratsgut vermessen?, im Jurist 10, 114 f.; Unger 6, Anm. 6 auf S. 318; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 461 f. Anders Stubenrauch 1, 863 f. (Note 3), nach dessen Ansicht die Bestimmung des § 670 auf Personen von unehelicher Geburt nicht unmittelbar zur Anwendung kommen kann, da eine uneheliche Tochter nach § 1220 nur von ihrer Mutter ein Heiratsgut verlangen kann und nach § 165 auf deren Standesrechte keinen Anspruch hat. Es müsse also zur Analogie des § 673 Zuflucht genommen, und das Heiratsgut in der Art ausgemessen werden, daß es dem Stande entspricht, welcher der Legatarin eigen ist, oder zu welchem sie durch die genossene Erziehung vorbereitet wurde.

<sup>6)</sup> Darüber, daß dieses „ausdrücklich“ nicht buchstäblich zu nehmen ist, vielmehr § 671 nur eine Auslegungsregel gibt, die überall ziffert, wo ein gegenteiliger Wille des Erblassers überhaupt erkennbar ist, vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 396; Stubenrauch 1, 864 und Note 1.

<sup>7)</sup> Zu § 671 vgl. Unger 6, Anm. 2 auf S. 206; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 396, 462; Stubenrauch 1, 864 und Note 1; Krainz 2, 685 f.

## § 26.

**Das Vermächtnis wiederkehrender Leistungen<sup>1)</sup>.**

I. Wird jemandem ein in wiederkehrenden Fristen zu leistender Betrag (als Rente) vermacht, so bildet jede einzelne Terminzahlung, jede einzelne Rente ein selbständiges Vermächtnis, so daß jedes für sich mit dem Beginne des jeweilig wiederkehrenden Termines selbständig anfällt<sup>2)</sup>. Der Legatar muß also, um jede einzelne jeweilige Terminzahlung zu erwerben, den Beginn des Termins erleben und in diesem Zeitpunkte erbfähig sein. Mit dem Beginne der Frist fällt die Rente für den ganzen Termin an, weshalb der Legatar jeweilig die Rente für den ganzen Termin erwirbt, mag er auch vor dessen Ablauf sterben (§ 687). Der Anfallstag für die erste Rente ist in der Regel der Todestag des Erblassers (§ 687). Gefordert werden kann aber der Betrag erst mit dem Ablaufe des jeweiligen Termines, wenn der Erblasser nichts anderes verordnet hat (§ 687). Jede einzelne Rente verjährt in drei Jahren, gerechnet vom Fälligkeitstage<sup>3)</sup>, das Recht auf die Rente in ihrer Totalität in dreißig Jahren (§ 1480).

Zu den Vermächtnissen wiederkehrender Leistungen gehören insbesondere die Vermächtnisse des Unterhaltes, der Erziehung und der Kost (§§ 672, 673). Rückfichtlich dieser enthält § 672 die Bestimmungen darüber, was unter den Vermächtnissen des Unterhaltes, der Erziehung und der Kost zu

der im § 671 die Worte „oder letztwilligen“ streichen will, um die Antinomie mit § 790 zu vermeiden; Anders 79. Über die Kodifikationsgeschichte vgl. Prot. I, 400; Prot. II, S. 390, 545. Vgl. ferner Winivarter, in Pratoberas Mat. 5, 280 ff., welcher in § 671 lediglich eine Ausnahme von der Regel des § 648 erblickt — eine Auslegungsregel, welche den bei Auslegungen sonst geltenden Grundätzen (namentlich § 914) widerspricht; Schuster, in Wagners Z. 1831, II, 107 ff., der gegen Zeiller (Kommentar 2, 615 f.) die Bestimmung des § 671 auf den Fall, daß Töchter, welchen von den Eltern ein Heiratsgut vermacht worden ist, nicht mit Töchtern konkurrieren, welche von ihren Eltern ausgestattet worden sind, einschränkt; und Haerdtl, Über die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichtteil usw. S. 137 ff. (Polemik gegen Schusters und Rippels Ansicht, daß § 671 nur in dem Falle seine Anwendung findet, daß das Heiratsgut nach bereits errichtetem Testamente in einem späteren Kodizille vermacht worden ist: „die Absicht des § 671 dürfte bloß darin bestehen, über den Willen des Erblassers, ob die Einrechnung (in die Erbschaft) geschehen soll oder nicht, einen höheren Grad von Gewißheit herbeizuführen“) und S. 142 f. (über die vermutlichen Gründe der Abweichung des § 671 von § 648).

<sup>1)</sup> Vgl. Unger 6, 313 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 508 ff., 463 ff.; Stubenrauch 1, S. 878 f., 865; Krainz 2, S. 702 f., 712 f.; Anders 120 f.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, 313; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 508 f.; Stubenrauch 1, 877; auch Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin 426. Dagegen vertreten Stupeckv, in OstUzG 3, 1905, Nr. 30 und Krainz 2, 702 f. die Anschauung, daß auch das Rentenvermächtnis nur ein einziges einheitliches Vermächtnis sei und demnach auch nur einen Anfallstag habe. Unentschieden Anders 120.

<sup>3)</sup> Anders Glm. 4227, welche Entscheidung die dreijährige Verjährungsfrist des § 1480 von dem Tage berechnet, an welchem der Legatar vom Anfalle des Vermächtnisses Kenntnis erlangt.

verstehen ist, und § 673 eine Norm über den Maßstab, nach welchem diese Vermächtnisse zu entrichten sind. Und zwar bestimmt § 672: „Das Vermächtnis des Unterhaltes begreift Nahrung, Kleidung, Wohnung und die übrigen Bedürfnisse, und zwar auf Lebenslang, wie auch den nötigen Unterricht in sich. Alles dieses wird auch unter Erziehung verstanden. Die Erziehung endigt sich mit der Volljährigkeit. Unter Kost wird Speise und Trank auf Lebenslang begriffen<sup>1)</sup>.“ § 673 sagt: „Das Maß der im vorhergehenden Paragraph angeführten Vermächtnisse, wenn es weder aus dem ausdrücklichen, noch aus dem stillschweigenden, durch die bisherige Unterstützung erklärten Willen des Erblassers erhellet, muß nach dem Stande bestimmt werden, welcher dem Legatar eigen ist, oder wozu er durch die genossene Verpflegung vorbereitet worden ist.“ Betreffend die Zeit der Entrichtung bestimmt § 691, daß das Legat des Unterhaltes (der Erziehung, der Kost) von dem Tage des Erbanfalles, richtiger vom Todestage des Erblassers an<sup>2)</sup>, gebühre, und § 1418, daß Alimente, wenn nichts anderes bestimmt ist, mindestens auf einen Monat im vorhinein<sup>3)</sup> entrichtet werden müssen. Ferner bestimmt § 691 noch, daß das Legat des Unterhaltes (der Erziehung, der Kost) vor allen anderen Vermächtnissen zu entrichten ist.

Von dem Rentenvermächtnisse ist das Ratenvermächtnis zu unterscheiden. Das Ratenvermächtnis ist ein Vermächtnis, fällt nur einmal an, wird auf einmal erworben und daher transmittiert, wenn der Legatar den Anfallstag erlebt hat und in diesem Zeitpunkte erbfähig war. Nur die Leistung des Ratenvermächtnisses ist eine geteilte.

## § 27.

### Der Vermächtnisanspruch<sup>4)</sup>.

I. Grund des Vermächtnisanspruches ist der letzte Wille des Erblassers<sup>5)</sup>. Entstanden ist der Vermächtnisanspruch in der Regel gleich nach

<sup>1)</sup> Mangels ausdrücklicher Verfügung des Erblassers hat wohl der Onerierte die Wahl zwischen Natural- und Geldprästation. So auch Stubenrauch 1, 865 (Note 3); Anders 121.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, Anm. 6 auf S. 315. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 525 verstehen unter „Tag des Erbanfalles“ den dies cedens des Vermächtnisses. Übereinstimmend Anders 121.

<sup>3)</sup> Auch wenn unter dem Titel des Unterhaltes eine bestimmte Rente vermacht wird, findet in dieser Hinsicht § 1418, nicht § 687 Anwendung. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 526; Stubenrauch 1, 878; Krainz 2, 713 (Note 26). Anders Sargl, Eine alte Quelle des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in Grünhutsz. 24, 448 f.

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, S. 272 ff., 277 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 486 ff.; Stubenrauch 1, 872 ff.; Krainz 2, S. 702 ff., 716 ff.; Anders 105 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. GUMF. 4117 (Die Klage auf eidliche Angabe der tatsächlichen Umstände bei der behaupteten Errichtung eines Vermächtnisses durch einen Dritten gegen eine angeblich davon Kenntnis habende Person ist unzulässig und läßt sich insbesondere nicht auf Art. XLII G3B. stützen).

dem Tode des Erblassers<sup>1)</sup>; d. h., von aufschiebend bedingten<sup>2)</sup> Vermächtnissen abgesehen<sup>3)</sup> (§§ 669, 703), erwirbt der Legatar gleich nach dem Tode des Erblassers ipso jure, ohne Zutun von seiner Seite<sup>4)</sup>, eine in der Regel vererbliche und veräußerliche<sup>5)</sup>, daher auch dem Zugriffe der Gläubiger unterliegende Forderung<sup>6)</sup> gegen den Beschwerten, also in der Regel (§ 649) gegen den Erben<sup>7)</sup>, auf das Vermächtnis (Anfall des Vermächtnisses) (dies cedens) (§ 684). Die Erwerbung des Vermächtnisanspruches ist auch nicht durch den Antritt der Erbschaft durch den eingesetzten Erben bedingt, es wäre denn, daß eine dem eingesetzten Erben gehörige Sache vermacht worden ist, oder das Vermächtnis in einer persönlichen Handlung des onerierten Erben besteht, da in diesen Fällen die gesetzliche Bedingung: wenn der Eingesetzte Erbe wird, stillschweigend in dem Vermächtnisse enthalten ist<sup>8)</sup>. Die Erwerbung des Vermächtnisanspruches kann nun aber allerdings durch Ausschlagung des Vermächtnisses wieder rückgängig gemacht werden, solange der Legatar nicht ausdrücklich oder stillschweigend von seiner Forderung Gebrauch machen zu wollen erklärt

<sup>1)</sup> Ebenso § 2176 d. BGB.

<sup>2)</sup> Nach § 2177 des BGB. erfolgt der Anfall des Vermächtnisses bei suspensiv bedingten und bei unter Bestimmung eines Anfangstermines angeordneten Vermächtnissen erst mit dem Eintritte der Bedingung oder des Termines, wenn die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall eintritt. Vgl. auch §§ 2178, 2179 d. BGB.

<sup>3)</sup> Über die zeitliche Begrenzung suspensiv bedingter oder unter einem dies a quo angeordneter Vermächtnisse im deutschen Rechte vgl. §§ 2162, 2163 d. BGB.

<sup>4)</sup> So auch Randa, Erwerb der Erbschaft 37 (Note); Strohal, Transmissio pendente condicione 1 ff.; Meißels, Zur Lehre vom Verzichte, in Grünhutsz. 19, 43; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 488; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 23 und Note 1; Stubenrauch 1, 872 und Note 3; Krainz 2, 703 und Note 8; Anders 105 f.; GUM. 15368; auch schon Menzel, in Wagnersz. 1841, I, 42 und Wendler, Über die Erklärung des Vermächtnisnehmers in betreff der Legatsannahme, in Ger. 1877, Nr. 102, 105. U. M. Unger 6, 272 und Anm. 1 auf S. 273. Über die Unterschiede in den praktischen Konsequenzen der beiden Ansichten vgl. Strohal, a. a. O. 27. Besondere praktische Bedeutung gewinnt die Frage, ob ipso jure-Erwerb des Legats oder nicht, in dem Falle, daß für das Legat eine gemeine Substitution angeordnet, und der Legatar vor der Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses gestorben ist.

<sup>5)</sup> Vgl. GUM. 12128; GUMF. 4769 (Wirksamkeit der Zession eines angefallenen Vermächtnisses).

<sup>6)</sup> Vgl. GUM. 9046, 10238, 11775. — Vgl. hier auch GUMF. 4705 („Das österreichische Recht ordnet die Nachlassabhandlung durch das Gericht an (§ 797 ABGB.) und verweist den Legatar an den Erben (§ 685 ABGB.). Nimmt der Legatar die ihm zugebachte Sache ohne Gericht und ohne Erben in Besitz, so ist, auch wenn dem Legatar vom Erblasser die Ermächtigung erteilt worden ist, die Sache sogleich nach seinem Ableben in Besitz zu nehmen, die Besitzförderungs-Klage, falls deren sonstige Voraussetzungen vorliegen, am Plage“).

<sup>7)</sup> Vgl. GUM. 11982 (Ein Geldlegat kann nicht gegen den Nachlassgläubiger, sondern nur gegen die Erben eingeklagt werden). Vgl. hier auch GUMF. 3243 (Aufrechnung einer Forderung des Erben gegen den von Gläubigern des Legatars gepfändeten Legatsanspruch).

<sup>8)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 2 auf S. 279; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 490; Anders 107.

hat<sup>1)</sup>. Über die Anfechtung der Ausschlagung eines Vermächtnisses vgl. § 13, Z. 1 und § 37 AufG.<sup>2)</sup>; über das Recht der Gläubigerschaft, ein dem Kridatar angefallenes Vermächtnis anzunehmen, vgl. § 4 R.D.<sup>3)</sup>.

Subjekt der Legatsforderung ist der Legatar. Ist der Legatar nicht individuell bestimmt, so greifen, falls als Legatäre die Kinder eines anderen oder die des Erblassers oder des Erblassers Verwandte oder Dienstpersonen benannt sind, die Auslegungsregeln der §§ 681—683 Platz. Und zwar bestimmt § 681: „Unter dem Worte: Kinder werden, wenn der Erblasser die Kinder eines anderen bedenkt, nur die Söhne und Töchter<sup>4)</sup>; wenn er aber seine eigenen Kinder<sup>5)</sup> bedenkt, auch die an deren Stelle tretenden Nachkömmlinge begriffen, welche bei dem Ableben des Erblassers schon erzeugt waren.“<sup>6)</sup> § 682 sagt: „Ein ohne nähere Bestimmung für die Verwandten ausgesetztes Vermächtnis wird denjenigen, welche nach der gesetzlichen Erbfolge die nächsten sind, zugewendet, und die oben in dem § 559 über die Verteilung einer Erbschaft unter solchen Personen, welche für Eine Person angesehen werden, aufgestellte Regel ist auch auf Vermächtnisse anzuwenden.“ § 683 endlich normiert: „Hat der Erblasser seinen Dienstpersonen ein Vermächtnis hinterlassen und sie bloß durch das Dienstverhältnis bezeichnet, so wird vermutet, daß es diejenigen erhalten sollen, welche zur Zeit seines Ablebens in dem Dienstverhältnisse stehen.“<sup>7)</sup><sup>8)</sup>

Von dem zugefallenen Vermächtnisse hat der Erbe den Legatar gerichtlich oder außergerichtlich zu verständigen. Hierüber hat er sich beim Ver-

<sup>1)</sup> Vgl. Unger 6, 272 und Anm. 6 auf S. 274; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 488; Stubenrauch 1, 872 (Note 3); Krausz 2, 703; Anders 106. — Vgl. auch §§ 2176, 2180 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu statt aller Kráznopolski, Studien zum Gesetze über die Anfechtung von Rechts-handlungen zahlungsunfähiger Schuldner, in Grünhutsz. 15, 112 f.; Kintelen, Das österreichische Konkursrecht 176 und Note 2; ferner S. 504 im III. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Kintelen, a. a. O. 163 und Note 1.

<sup>4)</sup> Doch weicht diese, wie alle übrigen Auslegungsregeln, wenn „entgegengesetzte stärkere Vermutungsgründe“ vorliegen (§ 683). Vgl. z. B. Gl. 15 753 (Diese Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Der Erblasser hatte verfügt: „Ich erkläre, daß ich unter dem Ausdrucke ‚gesetzliche Erben‘ nur die Kinder und Enkel der Geschwister meiner verstorbenen Mutter verstehe, nicht aber entferntere Verwandte“. Der OGH. fand in dieser Verfügung auch die Urenkel mitbegriffen, „weil unter ‚entfernteren Verwandten‘ nach allgemeinem Sprachgebrauche in der Regel nur Verwandte der Seitenlinie, nicht auch Enkelkinder verstanden werden.“)

<sup>5)</sup> Auch Stiefkinder. Vgl. Gl. 10 274.

<sup>6)</sup> Diese Schlüsselworte des § 681 sind auch auf den ersten Fall (Honorierung fremder Kinder) zu beziehen. So auch Staubinger, in Wagnersz. 1829, II, 299; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 482; Stubenrauch 1, 870 und Note 1; Krausz 2, 714 und Note 3.

<sup>7)</sup> Eine besonders bedachte Dienstperson wird bei einem Vermächtnis an Dienstpersonen im Sinne des § 683 nicht berücksichtigt. So Gl. Nr. 1225.

<sup>8)</sup> Zu den §§ 682 und 683 vgl. auch Note 3 auf S. 120 dieses Bandes; ferner Unger 6, Anm. 6, 7 und 8 auf S. 262 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 479 ff.; Stubenrauch 1, 870 f.; Krausz 2, 714 f.

lassenschaftsgerichte auszuweisen (§ 817 ABGB.; § 161 AusstreitG.). Doch wird die Einantwortung des Nachlasses bis zur Bezahlung der Vermächtnisse nicht verschoben. Ausnahmen, in welchen das Gericht für die Legatäre zu sorgen hat, enthalten die §§ 159<sup>1)</sup> und 160<sup>2)</sup> AusstreitG. Außer den in diesen Bestimmungen genannten Fällen hat das Gericht für den Legatar nicht weiter zu sorgen<sup>3)</sup>. Auch hat der Legatar zur Sicherung seiner Legatsforderung kein gesetzliches Pfandrecht, wohl aber

a) das Recht, in allen Fällen, in denen ein Gläubiger vom Schuldner Sicherstellung fordern kann, die Sicherstellung seines Legats zu verlangen (§ 688). Die Geltendmachung dieses Rechtes kann nicht im Verfahren außer Streitfachen erfolgen<sup>4)</sup>.

b) ferner das Recht, auch ohne die für andere Gläubiger erforderlichen Voraussetzungen, also ohne Nachweis oder Beseinigung einer Gefahr, sowohl vor als auch nach Einantwortung der Erbschaft für fortlaufende jährliche Zahlungen (z. B. Pensionen<sup>5)</sup>, Renten<sup>6)</sup>) und andere wegen noch nicht verstrichener gesetzlicher (§ 685) oder vom Erblasser im letzten Willen angeordneter Zahlungsfrist noch nicht fällige<sup>7)</sup>, sowie für bedingte Ver-

<sup>1)</sup> Vor ausgewiesener Bezahlung oder Sicherstellung der für Arme, Stiftungen, Kirchen, Schulen, geistliche Gemeinden, öffentliche Anstalten, oder sonst zu frommen oder gemeinnützigen Zwecken bestimmten Legate darf die Einantwortung der Verlassenschaft nicht erfolgen. — Die Ausfertigung des Stiftbriefes über solche Legate kann jedoch auch erst nach der Einantwortung geschehen.“ Vgl. hierzu weiter unten S. 318.

<sup>2)</sup> „Ist ein Legatar minderjährig oder pflegebefohlen, oder ist dessen Person noch ungewiß, so ist das Legat entweder gerichtlich zu hinterlegen oder gehdrig zu versichern. Einem Legatar, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, ist die erfolgte gerichtliche Deponierung oder Sicherstellung des Vermächtnisses durch Edikt bekannt zu machen.“ Vgl. hierzu weiter unten S. 318 f.

<sup>3)</sup> Vgl. hier Gl. Nr. 2105 (Verweigerung der Ausfolgung der Vermächtnisse an die Legatäre ex deposito wegen fehlender Zustimmung des Erben, bzw. des Nachlasspfurators unter Verweisung auf den Rechtsweg); Gl. Nr. 3874 (Wird die Gültigkeit eines äußerlich formgerechten Vermächtnisses bestritten, so hat sich das Abhandlungsgericht nicht in die Entscheidung der Gültigkeitsfrage einzulassen, diese Entscheidung vielmehr für den ordentlichen Rechtsweg vorzubehalten und bloß die Legatäre zu benachrichtigen); Gl. Nr. 4207 (Die Geltendmachung von streitigen, von der Auslegung des letzten Willens abhängigen Legatsansprüchen kann nicht im offiziellen, sondern nur im kontentiosen Verfahren erfolgen).

<sup>4)</sup> Vgl. Gl. Nr. 841.

<sup>5)</sup> Vgl. Gl. 11 201.

<sup>6)</sup> Vgl. Gl. Nr. 219.

<sup>7)</sup> Auf Grund des § 161, Abs. 2 AusstreitG. kann nicht nur die Sicherstellung von in fortlaufenden Geldzahlungen, sondern auch von in anderen wiederkehrenden Leistungen bestehenden Vermächtnissen gefordert werden. Vgl. z. B. Gl. Nr. 4504 (Zu dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Falle war dem A. eine Realität zum lebenslänglichen Fruchtgenuß vermacht, und zugleich den Erben die Verpflichtung auferlegt worden, alle zur Realität gehörigen Grundstücke für die Dauer des Fruchtgenusses kostenfrei und ordnungsgemäß zu düngen und zu bestellen und ebenso kostenfrei die Fehung für den A. alljährlich einzubringen. Der OGH. erkannte, daß in die hinausgebende Einantwortungsurkunde auch aufgenommen werde, daß bei der betreffenden Realität zugunsten des A. auch die Einverleibung der Realität der dargestellten Verpflichtung der Erben [Eigentümer der Realität] zu erfolgen habe).

mächtnisse<sup>1)</sup> gesetzliche Sicherstellung<sup>2)</sup> zu fordern (§ 161 AusstreitG.) (also einen gesetzlichen Titel zum Pfandrechte<sup>3)</sup>); endlich

c) das Recht, unter den Voraussetzungen und Folgen des § 812, aber nur vor der Einantwortung der Erbschaft, die Absonderung des Nachlasses von dem Vermögen des Erben — *separatio bonorum* — zu begehren<sup>4)</sup>.

II. Betreffs des Zahlungstages der Vermächtnisse (*dies veniens*)<sup>5)</sup> ist zu bemerken: In der Regel kann die Zahlung eines Vermächtnisses erst nach einem Jahre von dem Tode des Erblassers gefordert werden<sup>6)</sup> (§ 685). Der Todestag wird bei der Berechnung des Sterbejahres nicht eingerechnet<sup>7)</sup>. Vom Tage nach der Fälligkeit des Vermächtnisses behandelt die Praxis<sup>8)</sup> den Dnerierten als *ipso facto* in Verzug befindlich und verpflichtet ihn insbesondere auch ohne vorhergehende Mahnung zur Entrichtung von Verzugszinsen. Gegen diese Praxis hat sich aber mit Recht Unger<sup>9)</sup> ausgesprochen.

Der erwähnten gesetzlichen Bestimmung über den Fälligkeitstag unterliegen nicht und können also sogleich — d. i. ohne unnötigen Aufschub (§ 904) — nach dem Tode des Erblassers gefordert werden:

a) Vermächtnisse einzelner Verlassenschaftsstücke (§ 685) (das Spezieslegat im Unterschiede vom Gattungsvermächtnisse). Streitig ist, ob zu den sogleich zu leistenden Sachen auch der Gattung nach ohne nähere Bezeichnung vermachte Sachen, die aus der Verlassenschaft zu entnehmen sind, gehören. Diese Frage wird von Winiwarter<sup>10)</sup>, Unger<sup>11)</sup> und

<sup>1)</sup> Auch das bedingte Legat von nicht in den Nachlaß, sondern den Erben gehörigen Wertpapieren ist durch gerichtlichen Erlag sicherzustellen. So OMMZ. 1469.  
<sup>2)</sup> Vgl. OMM. 5376 (Auch die nur der Kategorie nach bezeichneten Legatäre [Dienstpersonen] können grundbücherliche Sicherstellung [Pränotation] begehren).

<sup>3)</sup> Vgl. OMM. 11 201. — In dem sub b behandelten Falle müssen also die Legatäre vor der Einantwortung nicht erst auf Sicherstellung klagen. So Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 95 und die Praxis. N. W. Krainz 2, 719 (Note 3).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu weiter unten S. 293 ff. dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Vgl. hier auch Winiwarter, Von dem Zahlungstage der Vermächtnisse, in WagnersZ. 1831, I, 171 ff.

<sup>6)</sup> Das ist altes Recht in Österreich. Vgl. Stubenrauch 1, 873 (Note 1). — Anders entscheidet § 2181 d. BGB., demzufolge die Leistung, wenn die Zeit der Erfüllung eines Vermächtnisses dem freien Belieben des Beschwerten überlassen ist, im Zweifel mit dem Tode des Beschwerten fällig wird.

<sup>7)</sup> Vgl. Winiwarter, a. a. O. 173; Unger 6, Anm. 5 auf S. 280; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 500; Stubenrauch 1, 873 (Note 2); Krainz 2, 717 (Note 9); Anders 107.

<sup>8)</sup> Vgl. OMM. 2357, 2704, 4230, 4748 (SprM. 28), 4766.

<sup>9)</sup> 6, Anm. 5 auf S. 280. Der gleichen Ansicht Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 506 f.; Stubenrauch 1, 874 (Note 2); Wroblewski, Zur Anrechnungslehre, in OstZBl. 23, 964 und Note 15; Anders 108. Dagegen für den Standpunkt der Praxis Krainz 2, 705.

<sup>10)</sup> a. a. O. 186 f.

<sup>11)</sup> 6, Anm. 3 auf S. 279 f.

Krainz<sup>1)</sup> bejaht<sup>2)</sup>, ist aber mit Rücksicht auf die historische Entwicklung dieser Frage in Österreich zu verneinen<sup>3)</sup>.

b) Vermächtnisse von Rechten an einzelnen Verlassenschaftssachen (§ 685), wie Servituten (Fruchtgenuß), Pfandrechte an Verlassenschaftssachen.

c) Vermächtnisse kleiner Belohnungen des Dienstgefindes (§ 685). Welche Belohnungen für kleine zu halten sind, bleibt dem vernünftigen richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung der Größe des Nachlasses vorbehalten<sup>4)</sup>.

d) fromme Vermächtnisse, die sogenannten *legata pia* des gemeinen Rechtes (§ 685). Welche Vermächtnisse hierher gehören, ist streitig. Unger<sup>5)</sup>, Pfaff und Hofmann<sup>6)</sup> und Anders<sup>7)</sup> rechnen mit Recht hierher Vermächtnisse an die Kirche (insbesondere auf Messen und zur Ruhe der Seele), an die Armen und an alle Wohltätigkeitsanstalten (wie an Armen-, Waisen- und Krankenhäuser), nicht aber Vermächtnisse an Schulen, Universitäten und andere gemeinnützige Anstalten<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> 2, 716.

<sup>2)</sup> So auch OMMZ. 1812 (exzerpiert in Note 7 auf S. 125 dieses Bandes).

<sup>3)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 634 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 499; Stubenrauch 1, 873 f. (Note 5). Vgl. auch OMM. 5788 (exzerpiert in Note 7 auf S. 125 dieses Bandes).

<sup>4)</sup> Vgl. Winiwarter, a. a. O. 177; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 500; Stubenrauch 1, 875 und Note 4; Krainz 2, 716.

<sup>5)</sup> 6, Anm. 6 auf S. 281.

<sup>6)</sup> Kommentar 2, 500 und Note 29.

<sup>7)</sup> 107.

<sup>8)</sup> Vgl. über den Begriff des frommen Vermächtnisses nach österreichischem Rechte u. a. noch Zeiller, Kommentar 2, 634, der unter frommen Vermächtnissen alle Vermächtnisse begreift, welche unmittelbar zu religiösen Zwecken oder für Stiftungen und Arme bestimmt sind; Winiwarter, a. a. O. 179: „Fromme Vermächtnisse im Sinne des § 685 werden also nur diejenigen sein, welche im Verhältnisse der Verlassenschaftsmasse nicht beträchtlich und für die Armen zur Verteilung oder zu religiösen, sogleich zu realisierenden Zwecken, z. B. Messen zu lesen oder gewisse Gebete zu verrichten, oder endlich zu solchen zur Versorgung hilfbedürftiger Personen bestimmten Instituten hinterlassen werden, zu welchen keine gesetzliche Beiträge bestehen“; Prockner, Über den Begriff „fromme Vermächtnisse“ nach österreichischen Gesetzen, in WagnersZ. 1837, II, 33 ff. (hier S. 33—36 die verschiedenen Begriffsbestimmungen), der (S. 46) mit Berufung auf verschiedene alte Gesetze, speziell auf das Erbsteuerpatent vom Jahre 1810, als „fromme Legate“ diejenigen definiert, welche „vermöge der Bestimmung des Erblassers oder des Gesetzes zunächst zu gottesdienstlichen Funktionen; für die zur Übung der Andacht gewidmeten Orte; für die Geistlichkeit; auf Gegenstände des Kultus und der allgemeinen Verehrung; zur Befestigung und Ausbreitung der Religion; zur Unterstützung der hilflosen und leidenden Menschheit, zur Bildung der Jugend, mittelbar oder unmittelbar angeordnet werden“; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 208 (Note 30), nach dem § 685 nur wohlthätige Vermächtnisse betrifft; Stubenrauch 1, Note 5 auf S. 876: „Uns scheinen unter die frommen Vermächtnisse folgende zu gehören: a) alle diejenige, welche der Erblasser selbst als solche, oder unter dem Ausdrucke zu frommen Werken, zu frommen Absichten ohne nähere Bestimmung bezeichnet; b) jene, welche der Erblasser zur Rettung und Ruhe seiner Seele aussetzt. Unbestimmte, der Geistlichkeit auf fromme Werke legierte Summen sind in Fällen, wo dieselben zur Rettung und Ruhe der Seele des Erblassers und nur im allgemeinen bestimmt sind, simpliiter, der Betrag besterhe, worin er wolle, der Absicht des Erblassers gemäß sogleich auszufolgen (HfD. v. 1. III. 1809 [JG. S. 885]); c) Vermächtnisse auf heilige Messen und andere religiöse Zwecke.“



- e) das Vermächtnis des Unterhaltes (der Erziehung, der Kost) (§ 691)<sup>1)</sup>;  
 f) das Vermächtnis des Pflichtteils (§ 774)<sup>2)</sup>.

Daraus, daß diese Vermächtnisse sogleich nach dem Tode des Erblassers gefordert werden können, folgert die Praxis<sup>3)</sup> mit Unrecht, daß nicht nur von den Vermächtnissen einzelner Verlassenschaftstücke, bezüglich deren § 686 dies ausdrücklich vorschreibt<sup>4)</sup>, sondern auch von den sub b—f genannten Vermächtnissen, insbesondere von den frommen Vermächtnissen,

Vgl. HfD. v. 17. IX. 1812 (JGS. 1006); d) Vermächtnisse an Arme. Vgl. HfD. v. 22. XII. 1788 (JGS. 938). Dagegen dürften nicht hierher zu zählen sein: die Vermächtnisse zu öffentlichen (gemeinnützigen) Anstalten, welche sich nicht mit der Armenpflege beschäftigen, wie z. B. Schulen, Krankenhäuser, Blinden- und Taubstummeninstitute u. dgl.; Krauz 2, 716, nach dem zu den frommen Vermächtnissen nicht nur Vermächtnisse zu religiösen Zwecken, sondern auch Vermächtnisse, die mittelbar oder unmittelbar für Arme bestimmt sind, nicht auch Vermächtnisse für dürftige, aber erwerbsfähige Personen, oder für gemeinnützige, aber nicht der Armenpflege oder dem Kultus dienende Anstalten gehören. Aus der Judikatur des OGH. vgl.: G.M. 11 558 (Ein Legat für ein Spital ist kein frommes Vermächtnis im Sinne des § 685); G.M. 13 561 (Ein Legat für eine Schule, respektive eine Lehrmittelftiftung, ist ein frommes Vermächtnis im Sinne des § 685); G.M. 16 014 (Ein Legat für eine Stipendienstiftung zugunsten armer Studenten ist kein frommes Vermächtnis im Sinne des § 685, da die eben zur Zeit des Erscheinens des ABGB. ergangenen HfD. v. 1. III. 1809 [JGS. 885] und v. 17. IX. 1812 [JGS. 1006] erkennen lassen, daß unter den in den §§ 685 und 778 ABGB. gedachten frommen Vermächtnissen oder zu frommen Absichten bestimmten Vermächtnissen nur Vermächtnisse zum Zwecke von gottesdienstlichen, bzw. Andachtsübungen oder zu Zwecken der Armenpflege zu verstehen seien, übrigens auch § 159 AusstretG. in Übereinstimmung mit § 2 HfD. v. 6. IX. 1836 [JGS. 592] neben frommen auch von gemeinnützigen Vermächtnissen handle, also letztere unter den ersteren nicht begreife“); G.M. 16 096 (Ein Legat für „die zwei ältesten katholischen Bürgerfrauen des Ortes“ ist, „weil es einen wohlthätigen Zweck verfolgt“, als frommes Vermächtnis im Sinne des § 685 anzusehen); G.M.N. 1159 (Ein Legat zur Errichtung einer „wohlthätigen“ Stiftung für arme, fleißige israelitische Handwerkslehrlinge oder Handwerksgehilfen ist trotz der Beschränkung auf Israeliten, ferner trotz der Bestimmung, daß die Zinsen jährlich an des Erblassers und seiner Gattin Sterbebedenttage zu verteilen sind, endlich trotzdem das Legat nur für Arme bestimmt ist, kein frommes Vermächtnis im Sinne des § 685. Gründe: Es ist nicht für die eigentliche Armenpflege bestimmt. Ferner: „Schon nach dem natürlichen Sprachgebrauche und nach dem natürlichen Sinne des Wortes ist unter dem Ausdruck „fromm“ nur dasjenige zu verstehen, was in irgendeiner Weise mit der Religion im Zusammenhange steht. Als fromme können also auch im Sinne der §§ 685 und 778 ABGB. nur solche Vermächtnisse angesehen werden, welche mit der Religion irgendwie in Verbindung gebracht werden können, aus deren Zweck und Ziel die Betätigung religiöser Gefühle, die Ausübung von gottesdienstlichen Handlungen oder Andachtsübungen hervorleuchtet“); G.M.N. 1236 (Ein Legat zur Errichtung einer Studienstiftung ist ein frommes Vermächtnis im Sinne des § 685); G.M.N. 1350 (Legate für Schulen und Kindergärten sind, wenn aus den Bestimmungen des Testaments hervorgeht, daß die Zinsen zunächst und vorzugsweise für die armen Kinder verwendet werden sollen, als fromme Vermächtnisse im Sinne des § 685 anzusehen).

<sup>1)</sup> Vgl. Zeiller, Kommentar 2, S. 635, 648; Winiwarter, a. a. O. 185 ff.; Unger 6, 278; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 501; Stubenrauch 1, 877 und Note 1; Krauz 2, 717 und Note 12; Anders 107.

<sup>2)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 635; Unger 6, 278 und Anm. 8 auf S. 281; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 502; Stubenrauch 1, 877 (Note 1); Krauz 2, 717; Anders 108.

<sup>3)</sup> Vgl. G.M. 1190, 6823, 14 401; G.M.N. 1236.

<sup>4)</sup> Hierüber vgl. weiter oben S. 125 f. dieses Bandes.

auch ohne Mahnung vom Todestage an kraft Gesetzes Zinsen zu entrichten sind. Diese Anschauung ist bezüglich der frommen Stiftungen auch im HfD. vom 27. VI. 1822, kundgemacht mit HfD. v. 12. VII. 1822 (JGS. 1880), zum Ausdruck gelangt<sup>1)</sup>.

Von dem Rechte auf das Vermächtnis ist das vermachte Recht, die vermachte Sache zu unterscheiden<sup>2)</sup>. Das Eigentum an der vermachten Sache, sowie ein vermachtes Recht an einer Sache wird nur nach den allgemeinen Bestimmungen über die Erwerbung des Eigentums und sonstiger dinglicher Rechte erworben (§§ 684, 688 ABGB.; § 178 AusstretG.<sup>3)</sup>).

### § 28.

#### Die Verkürzung des Vermächtnisanspruches<sup>4)</sup>.

Ist der ganze Nachlaß durch Vermächtnisse erschöpft, so kann der Erbe, wenn er den Nachlaß verwaltet und die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten hat, wie ein anderer Verwalter, Ersatz seiner zum Besten der Masse gemachten Auslagen und eine seinen Bemühungen angemessene Belohnung fordern und ist bezüglich dieser Forderungen als Verlassenschaftsgläubiger zu behandeln. Er kann aber auch die Verwaltung des Nachlasses ablehnen und um Aufstellung eines Kurators zur Verwaltung des Nachlasses ansuchen (§ 690). Auf eine bestimmte Erbportion, auf die falsidische Quart, hat der Testamentserbe keinen Anspruch.

Reicht die Verlassenschaft nach Bezahlung der Schulden, worunter sowohl die Schulden des Erblassers als auch die des Nachlasses verstanden werden (hierher gehören auch die Verbindlichkeiten gemäß §§ 171, 795, 796, 1243), nach Berichtigung der auf der Verlassenschaft haftenden Lasten („pflichtmäßigen Auslagen“ [§ 692]) (vgl. §§ 549, 690, 694, 802, 818 ABGB.; § 111 AusstretG.<sup>5)</sup>), sowie nach Entrichtung des Pflichtteils (§ 786) zur Befriedigung aller Legatare nicht hin und liegt auch keine unbedingte Erbserklärung vor, so ist das Legat des Unterhaltes (der Erziehung, der

<sup>1)</sup> Gegen diese Ansicht und insbesondere gegen die Beweisraft des zit. Hofdekretes für diese Ansicht schon Winiwarter, a. a. O. 182—184; Prockner, in Jurist 3, S. 361 ff., 372, wo richtig ausgeführt wird, daß „fordern können“ nicht gleichbedeutend ist mit „zahlen müssen“; ferner Unger 6, Anm. 7 auf S. 281; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 504 ff.; Stubenrauch 1, 874 (Note 2). Dagegen für den Standpunkt der Praxis Krauz 2, 705; Anders 108.

<sup>2)</sup> Vgl. auch § 2174 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. weiter oben Note 3 auf Seite 126 dieses Bandes. Vgl. hiezu auch § 2 G. v. 23. V. 1883 (RGBl. 82) (weiter unten Note 3 auf S. 326 dieses Bandes).

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, 284 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 520 ff.; Stubenrauch 1, 881 ff.; Krauz 2, 705 ff.; Anders 109 ff. — Über die Kürzung des Vermächtnisanspruches nach deutschem Recht vgl. §§ 1975 ff. (Spez. § 1992), 2187, 2188, 2189, 2318 Abs. 1 und 3, 2322 d. BGB. und dazu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 226 ff.

<sup>5)</sup> Also insbesondere: Begräbniskosten, Inventurkosten, Kuratorkosten, Steuern, fromme Gebühren.

Kost) vor allen anderen — selbstverständlich soweit der erübrigende Nachlaß reicht — zu entrichten (§ 691<sup>1)</sup>). Alle anderen Legatäre müssen sich aber einen verhältnismäßigen Abzug, d. h. einen Abzug nach dem Verhältnisse des Wertes der Vermächtnisse zu dem durch Schätzung ermittelten Gesamtwerte des zur Befriedigung der Legatäre erübrigenden Nachlasses, gefallen lassen<sup>2)</sup>. Solange die Gefahr obwaltet, daß der reine Nachlaß zur Befriedigung aller Legatäre nicht ausreichen werde, ist der Erbe, wenn er die Erbschaft bedingt, cum beneficio inventarii, angetreten hat, nicht verpflichtet, die Legate ohne Sicherstellung auszusahlen (§ 692). Können nun die Vermächtnisse wegen Unzulänglichkeit der Verlassenschaft nur zum Teile befriedigt werden, was im Bestreitungsfall der Erbe zu beweisen hat<sup>3)</sup>, so hat der Erbe, der die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten hat, eine Berechnung des reinen Verlassenschaftsvermögens und des verhältnismäßigen Abzugs an jedem Legate der Abhandlungsbehörde vorzulegen (§ 163 AusfretG.). Die Feststellung des Abzugs kann aber nur im ordentlichen Rechtswege erfolgen<sup>4)</sup>. Kontrovers ist die Frage, ob Legatäre, die sich einen Abzug an ihren Legaten gefallen lassen müssen, zum Zwecke der Ermittlung des reinen Wertes des Nachlasses auf dessen gerichtliche Feilbietung dringen können. Richtig ist es, diese Frage per argumentum a majori ad minus aus § 784 zu verneinen<sup>5)</sup>. Sind die

<sup>1)</sup> Und zwar, soweit die Einkünfte des Nachlasses nicht ausreichen, aus dem Stammvermögen selbst (§ 34 R.D.; § 226 E.D.). So auch Stubenrauch 1, 882 (Note 2); Krainz 2, 706 (Note 11); Anders 110.

<sup>2)</sup> Über die Frage, wie die verhältnismäßige Herabminderung beim Zusammenreffen von Renten- und Fruchtgenußvermächtnissen mit Kapitalsvermächtnissen zu erfolgen hat, vgl. u. a. Zeiller, Kommentar 2, 649 (Note); Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 227; Unger 6, Anm. 7 auf S. 287; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 528 f.; Stubenrauch 1, 883 f. (Note 5); Krainz 2, 706 und Note 2; Anders 110. Richtig ist wohl die insbesondere von Winiwarter, Stubenrauch und Krainz (in der jetzigen Auflage) vertretene Ansicht, daß unter analoger Anwendung der Vorschriften der R.D. die Rente ohne Rücksicht auf die Lebensdauer zu kapitalisieren, durch zinstragende Anlegung der darauf entfallenden Kapitalsquote (Bedeckungskapital) sicher zu stellen und durch Anweisung des Zinsbezuges zu berichtigen ist (vgl. § 182 R.D.).

<sup>3)</sup> Vgl. G.M. 8930; ferner G.M. 6433 (Die Unzulänglichkeit der Verlassenschaft erscheint nicht schon ohne weiteres durch das Nachlaßinventar darzulegen); schließlich G.M.F. 1007 (Die Legatäre sind zur Klage auf Feststellung von Nachlaßforderungen aktiv legitimiert. Das rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung ist in der Norm des § 692 gegründet).

<sup>4)</sup> Vgl. G.M. 3308, 7352; G.M.F. 1599.

<sup>5)</sup> So u. a. auch Menzel, Auch eine Ansicht über die Frage, ob dem Legatar das Recht zustehe, im Nichtzureichungsfalle des Schätzungswertes des mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Nachlasses die Veräußerung desselben zur Erhebung des wahren Wertes zu verlangen? im Jurist 8, 143 ff.; Petisch, im Jurist 12, 336 ff.; Unger 6, Anm. 3 auf S. 286; Krainz 2, 706. Bejaht wird die Frage von Würth, Rechtsfall mit Abhandlung über die Frage, ob bei einer von Vermächtnissen überlegenen Verlassenschaft die Legatäre auf den Schätzungswert derselben angewiesen sind?, im Jurist 3, 453 ff.; Wildner, im Jurist 4, 182 ff.; Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 228; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 529 f.; Stubenrauch 1, 883 und Note 2; Anders 110.

Legate bereits ausbezahlt worden, bevor die Unzulänglichkeit des Nachlasses konstatiert war, so wird bei Legaten, die nicht in barem Gelde bestehen, der Abzug nach dem Werte des Legats zur Zeit des Empfanges mit Hinzurechnung der aus dem Legate bezogenen Nutzungen berechnet. Auf den so berechneten Betrag steht gegen den Legatar eine Klage zu (condictio ex lege). „Doch steht dem Legatar auch nach empfangenem Vermächtnisse noch immer frei, zur Vermeidung des Beitrages das Vermächtnis oder den oben erwähnten Wert und die bezogenen Nutzungen in die Masse zurückzustellen“<sup>1)</sup> (§ 693) (facultas alternativa). In Rücksicht der auf das empfangene Legat gemachten Verwendungen (Verbesserungen), sowie der in der Zwischenzeit erfolgten Verschlimmerungen (daher auch rücksichtlich des Unterganges des Legats) wird der Legatar als ein redlicher Besitzer behandelt (§ 693).

## § 29.

Der Richterwerb des Vermächtnisses<sup>2)</sup>.

Ein Vermächtnis, welches der Legatar nicht annehmen kann oder will, fällt zunächst an den etwa nachberufenen Legatar (§ 652) (§ 689).

Ist keine Substitution angeordnet, und ist dasselbe Legat mehreren Legatären ungeteilt oder unter dem allgemeinen Ausdruck einer gleichen Teilung zugebracht, so wächst der erledigte Teil den Kollegatären zu<sup>3)</sup> (§ 689).

<sup>1)</sup> Die Auslegung dieser Bestimmung, insbesondere der Worte „oben erwähnten Wert“ ist zweifelhaft. Es fragt sich nämlich, ob unter dem „oben erwähnten Wert“ der „abstrakte Wert“ des Vermächtnisses zur Zeit des Empfanges oder der „Vermögenswert“, der beim Legatar zur Zeit der Rückforderung noch vorhanden ist, zu verstehen ist. Im ersteren, dem Wortlaute entsprechenden Sinne werden diese Worte von Unger (6, Anm. 12 auf S. 288), sowie von Pfaff und Hofmann (Kommentar 2, 532 ff.) genommen. Diese Autoren müssen aber zugeben, daß auf Basis dieser Ansicht die dem Legatar im § 693 gewährte facultas alternativa, den Wert zurückzustellen, ganz „unpraktisch“ ist. Daher wird denn auch von Grenzweig, Der Wert als Gegenstand der Bereicherung („Wertbesitz“), in ÖstArch. 1892, S. 34 mit überzeugenden Gründen die zweite Auslegung als die allein „praktische, gerechte und harmonische“ verteidigt. — Zu diesen Fragen und zu § 693 überhaupt vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 532 f.; Stubenrauch 1, 883 und Note 3; Krainz 2, 707; Anders 110 f.

<sup>2)</sup> Vgl. Unger 6, 274 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 514 ff.; Stubenrauch 1, 880; Krainz 2, 703; Anders 106.

<sup>3)</sup> Hingegen tritt nach unserem Rechte (anders nach römischem) keine Akkrezienz ein, wenn mehreren Personen der Fruchtgenuß an einer Sache hinterlassen wurde, und dieser bezüglich der einen oder der andern durch den Tod erlischt. U. M. Unger 6, Anm. 5 auf S. 306 f.; Stubenrauch 1, 880 (Note 2); G.M. 4681. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 519 betonen zutreffend, daß in dem fraglichen Falle Akkrezienz, wenn sie auch kraft Gesetzes nicht eintritt, doch meistens als dem mutmaßlichen Willen des Erblassers gemäß anzunehmen sein werde. Vgl. auch Scherh, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen Rechts 50 (Note 32); Krainz 2, 703 (Note 9).

Tritt keiner dieser beiden Fälle ein, so wird der Onerierte<sup>1)</sup> von der Entrichtung des Vermächtnisses frei. So ist der Schlusssatz des § 689 zu verstehen, der deshalb viel zu eng gefaßt ist, weil er nur den regelmäßigen Fall, daß der Erbe oneriert und der Gegenstand eine Erbschaftssache ist, im Auge hat<sup>2)</sup>. Ist aber von dem erledigten Vermächtnisse ein Sublegat angeordnet, so muß derjenige, dem das Hauptlegat zufällt, das Sublegat entrichten oder das Vermächtnis dem weiteren Vermächtnisnehmer überlassen (*facultas alternativa*) (§ 650)<sup>3)</sup>.

Die im § 694 angeführten gesetzlichen Beiträge zu öffentlichen Anstalten, nämlich zur Unterstützung der Armen-, Invaliden- und Krankenhäuser und des öffentlichen Unterrichtes werden mit Unrecht häufig gesetzliche Vermächtnisse genannt. Tatsächlich sind sie, wie § 694 richtig bemerkt, aus öffentlichen Rücksichten gemachte Staatsauslagen<sup>4)</sup> (vgl. §§ 149, 159 *AusfreitG.*).

<sup>1)</sup> Vgl. *GM.* 15277 (Daß nicht erworbene Sublegat fällt nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 649 und 689 nicht der Erbschaftsmasse, sondern dem damit onerierten Legatar heim).

<sup>2)</sup> Vgl. *Stubenrauch*, *Zivilrechtsfall* als Beitrag zur Erläuterung des § 698, in *WagnersZ.* 1840, 325 ff.; *Unger* 6, *Anm.* 1 auf *S.* 275; *Pfaff* und *Hofmann*, *Kommentar* 2, 515; *Stubenrauch* 1, 880 f. (*Note* 3); *Krainz*, 2, 703.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu weiter oben *S.* 118 f. dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu *Pfaff* und *Hofmann*, *Kommentar* 2, 534 f.; *Schiffner*, *Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse* (insbesondere 203 ff.); *Stubenrauch* 1, 884 und *Note* 3; *Krainz* 2, 700. — Von neueren Entscheidungen des *OG.* vgl. hier: *GMZ.* 879, 982, 1421, 1733, 2764, 2773, 2836, 2850, 2860, 2867, 2873, 2876, 2913, 3054, 3210, 3212, 3451, 3453, 3473, 3735, 3910, 4330, 4695, 4822, 4850; ferner *E. OGH.* v. 7. II. 1900, *Z.* 1442, in *Notz.* 1900, *S.* 103; *E. OGH.* v. 20. II. 1900, *Z.* 2077, in *Notz.* 1900, *S.* 142 f.; *E. OGH.* v. 19. III. 1901, *Z.* 3417, in *Notz.* 1901, *S.* 134 f.; *E. OGH.* v. 2. X. 1907, *Z.* 11975, in *Notz.* 1907, *S.* 392; *E. OGH.* v. 18. I. 1910, in *DftZBl.* 28, *Nr.* 213.

### Dritter Abschnitt.

## Die Einschränkung, Aufhebung und Unwirksamkeit letzter Willenserklärungen<sup>1)</sup>.

### § 30.

#### Die Einschränkung des letzten Willens<sup>2)</sup>.

Unter dieser Überschrift behandelt das *ABGB.* die einer letzten Willenserklärung, sei es der Erbeinsetzung oder der Anordnung eines Vermächtnisses, zugefügte Bedingung, Zeitbestimmung oder Auflage (§§ 695 ff.). Sowohl eine Erbeinsetzung, als auch ein Vermächtnis kann nämlich erfolgen:

- a) unter einer aufschiebenden Bedingung; ferner
- b) mit einer auflösenden Bedingung, da der Satz: *semel heres, semper heres* nach unserem Rechte nicht gilt<sup>3)</sup>; weiterhin
- c) mit einem *dies a quo* oder einem *dies ad quem*; endlich
- d) mit einem Auftrage (Auflage).

Über die Behandlung der Bedingung und des *dies* bei Erbeinsetzungen und Legaten enthalten für den Fall, daß vom Erblasser für die Dauer des Schwebens der Suspensivbedingung, beziehungsweise bis zum Eintritte des *dies a quo* nichts anderes bestimmt ist<sup>4)</sup>, § 707, und für den Fall, daß der Erblasser für die Zeit bis zum Eintritte der Resolutivbedingung, beziehungsweise des *dies ad quem* nichts anderes bestimmte, § 708 folgende Anordnungen: Der unter einer bejahenden Suspensivbedingung und der mit einem *dies a quo* eingefetzte Erbe wird als Nacherbe (*Fideikommissar*) der gesetzlichen Erben, beziehungsweise des ohne Teilbestimmung eingefetzten Miterben (der Legatar bezüglich des Vermächtnisses als Substitut dem Onerierten gegenüber) behandelt. Hingegen wird der unter einer Reso-

<sup>1)</sup> Vgl. *Pfaff* und *Hofmann*, *Kommentar* 2, 535 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. *Unger* 6, *S.* 66 ff., 263 ff.; *Pfaff* und *Hofmann*, *Kommentar* 2, 539 ff.; *Stubenrauch* 1, 884 ff.; *Krainz* 2, 640 ff.; *Anders* 26 ff.

<sup>3)</sup> *Anders* *Lutwak*, *Zum Wesen des Nacherbrechts nach österreichischem Recht*, in *DftZBl.* 25, *S.* 893 ff., 989 ff.

<sup>4)</sup> Vgl. *GM.* 4601 (Ist durch die letztwillige Anordnung für die Zwischenzeit Vorsorge getroffen worden, so kommt § 707 nicht zur Anwendung).

lutobedingung oder verneinenden Suspensivbedingung oder mit einem Enttermine eingesezte Erbe als Vorerbe (Fiduziar), der gesetzlichen Erben, beziehungsweise des ohne Teilbestimmung eingesezten Miterben behandelt (und analog ist bezüglich eines derart bedingten oder beschränkten Vermächtnisses das Verhältnis des Legatars zum Dnerierten).

Auf eine besondere Art der Auflagen bezieht sich § 720: Verbietet der Erblasser einem Erben oder Legatar unter Androhung der Entziehung eines Vorteils, seinen letzten Willen zu bestreiten (kassatorische Klausel), so soll sich dieses Verbot nicht auf die Bestreitung der Echtheit oder des Sinnes der letztwilligen Anordnung beziehen<sup>1)</sup>.

Im übrigen vgl. hier die Ausführungen über Bedingungen, Beschränkungen und den modus im I. Bande dieses Lehrbuchs<sup>2)</sup>.

### § 31.

#### Die Aufhebung letzter Willenserklärungen<sup>3)</sup>.

Der Erblasser kann seine letztwillige Anordnung jederzeit abändern oder aufheben (§ 695<sup>4)</sup>).

Daran wird er auch durch den in einem Testamente oder Kodizille gemachten Weisatz, daß das Testament oder Kodizill überhaupt oder innerhalb einer gewissen Zeit<sup>5)</sup> nicht solle widerrufen werden können, nicht gehindert<sup>6)</sup>. Hat aber der Erblasser bestimmt, daß jede spätere<sup>7)</sup> An-

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 648 ff.; Stubenrauch 1, 903 f.; Krainz 2, 644; Anders 29; ferner Gl. 1347 (Anfechtung wegen Mangels der Form des § 579 fällt unter die cassatorische Klausel).

<sup>2)</sup> Von neueren Entscheidungen des OGH. seien hier genannt: Gl. 1179 (Die Anerkennung des Wunsches des Erblassers [§ 711] kann durch den Erben zurückgenommen werden, so lange die Erklärung von den Bedachten nicht angenommen ist); Gl. 1777 (Freiwillige Anerkennung der Bedingung schließt die Berufung auf § 700 aus); Gl. 2070 (Das dem Erben im eigenen Interesse auferlegte Veräußerungsverbot kann nicht als Auftrag im Sinne des § 709 angesehen werden); Gl. 2466 (Die für den Fall der Wiederverheiratung der instituierten Gattin mit einem andern als einem Blutsverwandten des Erblassers angeordnete Substitution ist ungültig); Gl. 2606 (In der letztwilligen Anordnung: „Für das nach Begleichung der vorstehend aufgezählten Legate erübrigte Nachlassvermögen bestimme ich als Universalerin die Ortskirche in X, mit der ausdrücklichen Weisung, daß dieser Vermögensgrundstock zur Gründung einer eigenen selbständigen Ortsseelsorgerstation in X verwendet werden soll“, liegt nicht die Anordnung einer fideikommissarischen Substitution der Ortsseelsorgerstation in X, sondern nur eine Erbeinsetzung der Ortskirche in X sub modo); Gl. 3256 (Die letztwillige Anordnung: „Den Rest meines Vermögens soll meine Frau nach meinem Tode zu Stiftungen nach ihrem Gutdünken verwenden, jedoch sollen dieselben N. 'sche Stiftungen für immerwährende Zeiten heißen“ ist eine Erbeinsetzung der Frau sub modo).

<sup>3)</sup> Vgl. Unger 6, S. 106 ff., 267 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 625—648, 653—668; Stubenrauch 1, 899 ff.; Krainz 2, 655 ff.; Anders 35 ff., 104 f.

<sup>4)</sup> Vgl. auch § 2253, Abs. 1 b. BGB.

<sup>5)</sup> Vgl. Gl. 183.

<sup>6)</sup> Vgl. § 2302 b. BGB.

<sup>7)</sup> Vgl. Gl. 1225 (Die Erklärung, jede andere Anordnung solle ungültig

ordnung überhaupt oder, wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale bezeichnet ist, null und nichtig sein solle<sup>1)</sup> (derogatorische Klausel), so wird er zwar auch dadurch an der Veränderung seines letzten Willens nicht behindert. Allein durch eine spätere letztwillige Anordnung wird die frühere, mit der derogatorischen Klausel versehenen nur dann aufgehoben, und die spätere letztwillige Anordnung ist nur dann gültig, wenn entweder in dieser der erwähnte allgemeine oder besondere Weisatz, d. i. die derogatorische Klausel, ausdrücklich aufgehoben, oder das spätere Testament oder Kodizill genau mit dem bestimmten Merkmale versehen ist (§ 716<sup>2)</sup>). Die bloße Erklärung in dem späteren Testamente oder Kodizille, daß dieses das allein gültige, oder daß jedes frühere Testament, beziehungsweise Kodizill null und nichtig oder aufgehoben sein soll, ist nicht Aufhebung der derogatorischen Klausel, wie sie der Wortlaut des § 716 fordert, und genügt diesem Wortlaute nach nicht, um dem späteren Testamente, beziehungsweise Kodizille dem mit der derogatorischen Klausel versehenen gegenüber Wirksamkeit zu verleihen<sup>3)</sup> 4).

Im einzelnen sind folgende Aufhebungsfälle zu unterscheiden:

1. die Aufhebung einer letztwilligen Anordnung durch Errichtung einer neuen (§§ 713—716). Durch ein späteres gültiges

sein, ist keine wirksame derogatorische Klausel; es müssen ausdrücklich alle späteren Anordnungen für nichtig erklärt werden.

<sup>1)</sup> Die bloße Bezeichnung einer letztwilligen Anordnung als unwiderruflich, bildet noch keine derogatorische Klausel. So auch Stubenrauch 1, 901 (Note 2); Gl. 72, 2428. Anders Krainz 2, 659.

<sup>2)</sup> § 116 RevEntw. ändert den § 716 ABGB. dahin ab, daß er den in einem Testamente oder Kodizille angehängten Weisatz: daß jede spätere Anordnung überhaupt, oder, wenn sie nicht mit einem bestimmten Merkmale bezeichnet ist, null und nichtig sein solle (die derogatorische Klausel), als unwirksam („nicht beigelegt“) erklärt. Hierzu bestimmt § 117, daß die Bestimmung des § 116 zugunsten einer nach Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes errichteten letztwilligen Anordnung auch dann Anwendung finden soll, wenn die einen derartigen Weisatz enthaltende Anordnung noch vor diesem Tage errichtet wurde.

<sup>3)</sup> So Gl. 147, 6013. Vgl. aber auch Gl. 11849 (Der derogatorischen Klausel: „Keine spätere letztwillige Anordnung von mir soll gültig sein, wenn nicht in demselben das heute verfaßte Testament ausdrücklich aufgehoben und widerrufen wird“, ist genügt, wenn der Erblasser in der späteren Anordnung verfügt, der in dem älteren Testamente Bedachte solle keinerlei Anspruch haben); Gl. 14143 (Ein älteres Testament, das die Klausel enthält: „Jede spätere letztwillige Anordnung soll null und nichtig sein“, wird durch ein späteres auch dann aufgehoben, wenn dieses keine ausdrückliche Aufhebung der derogatorischen Klausel, wohl aber die Worte: „Es soll nur folgende Verfügung nach meinem Ableben Gültigkeit haben“ enthält); Gl. 15294 (Der derogatorischen Klausel: „Ich erkläre freiwillig, auf den Widerruf dieser letztwilligen Verfügung Verzicht leisten zu wollen, und bestimme dann, daß jede anderweitige letztwillige Verfügung über mein Vermögen, welche mit dieser letztwilligen Anordnung nicht übereinstimmen sollte, nur dann als gültig anzusehen ist, wenn dieselbe mit eben denselben Worten, wie dieselben hier wörtlich angeführt sind, den Widerruf dieser Erbeinsetzung verfügt“, ist schon genügt, wenn der Erblasser in dem späteren Testamente das frühere Testament ausdrücklich widerruft).

<sup>4)</sup> Nach dem d. BGB. ist die derogatorische Klausel bedeutungslos.



Testament<sup>1)</sup> wird ein früheres Testament<sup>2)</sup> seinem ganzen Inhalte nach, also nicht bloß rückfichtlich der Erbeinsetzungen, sondern auch rückfichtlich der übrigen Anordnungen aufgehoben<sup>3)</sup>, und zwar selbst dann, wenn in dem späteren Testamente nur über einen aliquoten Teil des Nachlasses testiert ist (§ 713)<sup>4)</sup>. In welcher Form das spätere Testament errichtet ist, d. h. ob in derselben, wie das frühere, oder in einer anderen, ist gleichgültig. Erforderlich ist nur, daß das spätere Testament gültig ist<sup>5)</sup>. Daraus allein, daß in dem späteren Testamente nur einzelne Anordnungen ungültig sind, mögen sie auch Erbeinsetzungen betreffen, folgt noch nicht, daß das frühere Testament gültig bleibt. Auch wird ein früheres Testament nicht wieder gültig, wenn ein späteres gültiges Testament unwirksam wird. Doch tritt die Aufhebung des früheren Testamentes nicht ein, wenn der Erblasser in dem späteren Testamente das frühere ausdrücklich aufrecht erhalten oder in diesem oder überhaupt seinen Willen deutlich zu erkennen gegeben hat, daß das frühere Testament ganz oder zum Teile neben dem neuen fortbestehen solle<sup>6)</sup> (§ 713).

Durch ein späteres gültiges Kodizill werden frühere testamentarische Vermächtnisse oder Intestatkodizille nur soweit aufgehoben, als sie mit dem späteren Kodizill im Widerspruch stehen<sup>7)</sup> (§ 714).

Läßt sich nicht ermitteln, welches Testament oder Kodizill das spätere sei, oder sind beide vom gleichen Datum, so gelten beide, als wären sie eines (§ 715)<sup>8)</sup>; m. a. W.: die in beiden Testamenten enthaltenen Erb-

<sup>1)</sup> Auch durch einen Erbvertrag? Hierüber vgl. weiter unten S. 165 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Aber auch die in einem Erbvertrage enthaltenen Erbeinsetzungen dritter Personen (vgl. G.M. 1838, 3812) und Vermächtnisanordnungen (vgl. G.M. 3651). Vgl. hier auch § 2289 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. G.M. 15382 (Unzulässigkeit der Bedachtnahme auf das frühere Testament zur Auslegung des späteren).

<sup>4)</sup> Nach d. BGB. (§ 2258, Abs. 1) wird durch die Errichtung eines Testamentes ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 1 auf S. 100, Anm. 13 auf S. 12; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 633; Stubenrauch 1, 899 f. (Note 3); Krainz 2, 658 (Note 18).

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Staudinger, Zivilrechtsfall zur Erläuterung der §§ 582, 713 BGB., in Wagners Z. 1829, I, 207 ff.; Unger 6, Anm. 13 auf S. 111 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 628 ff.; Stubenrauch 1, 900 und Note 1; Krainz 2, 658 (Note 20); Anders 36 f.; auch Pfaff, in JBl. 1887, S. 466: „Für das richtige Verständnis des § 713 ist gewiß nicht unwichtig, daß noch Horten II, 14, § 12 die Bestimmung enthält: „Hätte aber ein Erblasser in der späteren letztwilligen Anordnung die vorher errichtete . . . nicht ausdrücklich widerrufen, so bestehen selbe alle zusammen.“

<sup>7)</sup> Vgl. G.M. 11292.

<sup>8)</sup> Vgl. hierzu Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen BGB. 88, der den § 715 als einen der verfehltesten Paragraphen des BGB. bezeichnet.

einsetzungen, die in beiden letztwilligen Anordnungen angeordneten Vermächtnisse werden so behandelt, als ständen sie in einer Urkunde.

Sehr bestritten ist die Frage, ob durch ein späteres gültiges Testament auch ein früheres Intestatkodizill ipso jure, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob ein Widerspruch vorliegt oder nicht, aufgehoben wird. Diese Frage wird u. a.<sup>1)</sup> von Zeiller<sup>2)</sup>, Pfaff und Hofmann<sup>3)</sup>, Stubenrauch<sup>4)</sup>, Krainz<sup>5)</sup> und Anders<sup>6)</sup>, sowie in mehreren Entscheidungen des OGH.<sup>7)</sup> verneint, hingegen von Unger<sup>8)</sup> mit der Begründung bejaht, daß nicht einzusehen sei, warum ein späteres Testament zwar ein in einem früheren Testamente, nicht aber ein in einem Intestatkodizille angeordnetes Vermächtnis aufheben soll. Richtig erscheint aber doch die verneinende Ansicht, weil die dem § 713 zugrunde liegende ratio auf ein früheres Intestatkodizill nicht paßt.

2. die Aufhebung einer letztwilligen Anordnung durch Widerruf (§§ 717—725). Eine letztwillige Anordnung kann nur von einer testierfähigen Person und nur in einem solchen Zustande<sup>9)</sup> widerrufen werden, in welchem man eine letztwillige Anordnung zu errichten fähig ist (§ 718). Daher kann z. B. eine Ordensperson eine letztwillige Anordnung überhaupt nicht gültig widerrufen, eine Person unter achtzehn Jahren nur vor dem Gericht oder dem Notar. Eine Ausnahme besteht nur rückfichtlich des gerichtlich erklärten Verschwenders, der sein vor oder nach der Prodigalitäts-erklärung errichtetes Testament gültig widerrufen kann (§ 718)<sup>10)</sup>.

Das BGB. unterscheidet mehrere Arten des Widerrufs:

a) den ausdrücklichen Widerruf. Der ausdrückliche Widerruf kann mündlich oder schriftlich erklärt werden (§ 717). Der mündliche Widerruf „erfordert so viele und solche Zeugen, als zur Gültigkeit eines mündlichen Testamentes nötig sind; ein schriftlicher aber eine von dem Erblasser

<sup>1)</sup> Vgl. auch W. Tr., Zur Frage, ob durch eine spätere Testamenterrichtung ein früheres Intestatkodizill ipso jure aufgehoben wird?, in ÖstA.G.Z. 1873, Nr. 1, 2; Menoušek, Einige Bemerkungen über die letzte Willenserklärung, in Gerh. 51, 543.

<sup>2)</sup> Kommentar 2, 690.

<sup>3)</sup> Kommentar 2, 632 f.

<sup>4)</sup> 1, 899 (Note 2).

<sup>5)</sup> 2, 658 f.

<sup>6)</sup> S. 104.

<sup>7)</sup> Vgl. G. OGH. v. 16. I. 1851, 3. 7213, in ÖstA.G.Z. 1855, S. 140; G.M. 335, 10889; G.M.N. 4180. Nicht widersprechend G.M. 11292, weil hier die Aufhebung des Intestatkodizilles durch das spätere Testament daraus bezugiert wird, daß das letztere mit dem ersteren im Widerspruche stünde. Aus dem gleichen Grunde nicht widersprechend G.M.N. 1715.

<sup>8)</sup> 6, Anm. 7 auf S. 270 f.

<sup>9)</sup> Vgl. hierzu Zeiller, Kommentar 2, 697; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 645.

<sup>10)</sup> Nach dem d. BGB. (§ 2253, Abs. 2) steht die Entmündigung des Erblassers wegen Geisteschwäche, Verschwendung oder Trunksucht dem Widerruf eines vor der Entmündigung errichteten Testamentes nicht entgegen.

eigenhändig geschriebene und unterschriebene oder wenigstens von ihm und den zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Zeugen unterfertigte Erklärung" (§ 719); m. a. W.: ein ausdrücklicher Widerruf muß durchaus in der nämlichen Form geschehen, welche für die Erklärung des letzten Willens vorgeschrieben ist (§§ 577—596)<sup>1)</sup>. Geringer ist nicht erforderlich, daß der Widerruf in derselben Form erklärt werde, in welcher das widerrufene Testament oder Kodizill errichtet worden war<sup>2)</sup> (§ 719). Beim Vorhandensein der erforderlichen Voraussetzungen genügt zur Gültigkeit des Widerrufs eines jeden Testaments die Beobachtung der für begünstigte letztwillige Erklärungen vorgeschriebenen Form (§§ 597, 598). Selbstverständlich erlischt die Wirksamkeit des Widerrufs nicht mit Ablauf der im § 599 bestimmten Frist<sup>3)</sup>. Über den notariellen Widerruf bestimmt § 75 N.D.: „Die Vorschriften der §§ 70—73 finden auch dann Anwendung, wenn die Partei eine letztwillige Anordnung mit der Kraft einer gerichtlichen letztwilligen Anordnung widerrufen will. — Ist die widerrufene letztwillige Anordnung vor dem Notare errichtet worden, so ist der Widerruf auf dem ursprünglich aufgenommenen Protokolle, und wenn der Widerruf eine dem Notar übergebene schriftliche letztwillige Anordnung betrifft, auf dieser selbst und nicht bloß auf dem Umschlage anzumerken. — Die gleiche Anmerkung hat der Notar dann vorzunehmen, wenn er über den Widerruf einen Notariatsakt aufnimmt, oder wenn eine letztwillige Anordnung widerrufen wird, über welche er einen Notariatsakt aufgenommen hat“<sup>4)</sup>.

b) den stillschweigenden Widerruf. Wenn der Erblasser (oder ein Dritter in seinem Auftrage<sup>5)</sup>) in dem Zustande, in welchem er einen letzten Willen zu erklären fähig ist<sup>6)</sup> (§ 718), mit Wissen und Willen und in der Absicht, die letztwillige Anordnung aufzuheben, mit oder bezüglich der schriftlichen Urkunde gewisse Handlungen vornimmt, welche den Willen, die letzte Willenserklärung zu widerrufen, an den Tag legen, so, wenn er seine Unterschrift oder in einem allographen Testamente die Unterschriften<sup>7)</sup> der

<sup>1)</sup> So auch § 2254 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. Renoussé, a. a. O. 542.

<sup>3)</sup> So auch Unger 6, Anm. 10 auf S. 110; Anders 36.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 647 f.

<sup>5)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 656; Stubenrauch 1, 905; Krainz 2, 656; Anders 36. Der nicht ausgeführte Auftrag des Testators allein ist aber noch nicht als stillschweigender Widerruf anzusehen. So richtig G.M.B. 3637. — Nach Pfaff und Hofmann, a. a. O. ist auch eine Ratihabition nicht gerade undenkbar.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Graffl, Einige Bemerkungen zur Lehre vom stillschweigenden Widerruf einer letztwilligen Anordnung, in Wagner's 3. 1833, I, 36 ff.

<sup>7)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 655 (Note 8) (gegen Zeiller, Kommentar 2, 701); Stubenrauch 1, 904 f. (Note 5); Krainz, 2, 656.

Zeugen durchschneidet oder durchstreicht, wenn er die Urkunde vernichtet, wenn er den ganzen Inhalt unleserlich macht, auslöscht oder durchstreicht<sup>1)</sup>, so vertilgt, widerruft er die letztwillige Anordnung (§ 711)<sup>2)</sup>. Werden nur einzelne Anordnungen vertilgt — ausgelöscht, durchstrichen, unleserlich gemacht —, so bleiben die übrigen bestehen<sup>3)</sup>. Wird von mehreren gleichlautenden Urkunden nur eine vertilgt, so kann man daraus noch auf keinen Widerruf schließen (§ 721).

Durch zufällige<sup>4)</sup> Verletzungen der Urkunde oder dadurch, daß die Urkunde zufällig in Verlust gerät, verliert der letzte Wille seine Wirksamkeit nicht. Allein sowohl der Zufall<sup>5)</sup>, als auch der Inhalt der letztwilligen Anordnung, wenn dieser nicht aus der Urkunde ersichtlich ist, muß von demjenigen bewiesen werden, der sich auf die letztwillige Anordnung beruft, aus ihr Rechte ableitet<sup>6)</sup>. Doch ist nach § 722 zu unterscheiden: Die Behauptung, daß die Urkunde nur durch Zufall verletzt worden oder in Verlust geraten ist, kann durch jedes nach der ZPD. zulässige Beweismittel erwiesen werden. Der nicht aus der Urkunde ersichtliche<sup>7)</sup> Inhalt der letztwilligen Anordnung hingegen kann nur durch die übereinstimmende eidliche Aussage der drei auf der Urkunde unterschriebenen Testamentzeugen oder, wofern einer von ihnen nicht vernommen werden kann, der zwei übrigen erwiesen werden (§ 586)<sup>8)</sup>. Die fortdauernde Geltung dieser Bestimmung nach Beginn der Wirksamkeit der neuen ZPD. ist nun aber mindestens zu bezweifeln und arg. e contrario aus Art. VI, 3. 1 ZPD. doch wohl zu verneinen<sup>9)</sup>.

<sup>1)</sup> Mag auch die Anordnung leserlich bleiben. Der gleichen Ansicht, deren Richtigkeit auch die Vorarbeiten zum BGB. ergeben (vgl. Pfaff, in ZBl. 1887, S. 465); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 655 f.; Stubenrauch 1, 904 (Note 5); Krainz 2, 656; G.M. 10302 („Den Eigentümlichkeiten des in unserer Gesetzgebung eingebürgerten Sprachgebrauches entspricht es vollkommen, das Löschen als ein Mittel der Aufhebung einer urkundlichen Feststellung und das Durchstreichen als ein zum Ersichtlichmachen einer Löschung geeignetes Mittel zu würdigen“), 12643. Anders G.M. 1240, 4716.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu § 2255 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. G.M. 10302, 12643.

<sup>4)</sup> „Jede Verletzung ist eine zufällige“ die nicht vom Testator in Widerrufsabsicht und in testierfähigem Zustande gesetzt worden ist.“ So Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 655.

<sup>5)</sup> Vgl. G.M. 11545.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 657 ff.

<sup>7)</sup> So auch Dworzak, in Haimers WJSchr. 16, 108 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 658; Stubenrauch 1, 905; Krainz 2, 657; Anders 36.

<sup>8)</sup> Auf die Feststellung des Inhalts einer letztwilligen Anordnung, welche nach dem Tode des Erblassers vernichtet wurde, bezieht sich die Norm des § 722 nicht. Vgl. G. OGH. v. 27. III. 1900, 3. 4209, in OStRichter 3. 1, sub Nr. 67.

<sup>9)</sup> So auch Wehlt, in ZBl. 1887, Nr. 8; Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozessgesetze auf das materielle Recht (2) 182 ff.; Stubenrauch 1, 905; Mayer, Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Einfl. und jetzt. (S.M. aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des BGB.) 423. A. M. Randa, im Právník 1898, S. 293; Renoussé, a. a. O. 542; und wohl auch Krainz 2, 657. Unentschieden Anders 36.

Hat ein Erblasser eine spätere Anordnung vernichtet (d. h. vertilgt im Sinne des § 721<sup>1)</sup>), die frühere schriftliche Anordnung aber unverfehrt gelassen, so kommt die frühere schriftliche wieder zur Kraft. Eine mündliche frühere Anordnung lebt dadurch nicht wieder auf (§ 723<sup>2)</sup>).

c) den sogenannten vermuteten<sup>3)</sup> Widerruf. Einen solchen kennt das ABGB. nur bei Vermächtnissen, speziell beim Vermächtnis einer dem Erblasser gehörigen Sache, sowie beim Vermächtnis einer Forderung. Einzelne Fälle werden in § 724 demonstrativ — nicht taxativ — aufgezählt<sup>4)</sup>. Hiernach wird ein Legat für widerrufen angesehen, „wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben; wenn er die jemandem zuge dachte Sache veräußert, und nicht wieder zurück erhalten; oder wenn er sie auf eine solche Art in eine andere verwandelt hat, daß die Sache ihre vorige Gestalt und ihren vorigen Namen verliert.“ „Wenn aber der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtigt hat; wenn die Veräußerung des Legats auf gerichtliche Anordnung geschehen; wenn die Sache ohne Einwilligung des Erblassers verwandelt worden ist; so besteht das Legat<sup>5)</sup>.“

Über die Wirkung der durch den Erblasser erfolgten Zurücknahme eines schriftlichen öffentlichen Testaments aus der Verwahrung des Gerichtes oder des Notars vgl. weiter oben S. 79 und 82 dieses Bandes.

## § 32.

**Die Unwirksamkeit eines Testamentes<sup>6)</sup>.**

Ein Testament wird durch den Wegfall sämtlicher eingesetzter Erben und Nacherben, sei es, daß diese die Erbschaft nicht annehmen können oder nicht annehmen wollen, unwirksam. Das Erbrecht fällt alsdann

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 660: „Das Wort „vernichten“ ist gleichbedeutend mit „vertilgen“, also nicht buchstäblich zu nehmen; die im § 721 erwähnten Verletzungen stehen auch hier der Zerstörung (durch Verbrennen usw.) gleich.“ — Steht der Vernichtung der Verbalwiderruf gleich? Dafür Krausz 2, 661; Anders 37. Dagegen mit Recht im Hinblick auf den Ausnahmeharakter der Regel des § 723 Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 661; Stubenrauch 1, 906 (Note 1).

<sup>2)</sup> Weiter gehen die Bestimmungen der §§ 2257 und 2258, Abs. 2 d. ABGB.: „Wird der durch Testament erfolgte Widerruf einer letztwilligen Verfügung widerrufen, so ist die Verfügung wirksam, wie wenn sie nicht widerrufen worden wäre.“ — Wird das spätere Testament widerrufen, so ist das frühere Testament in gleicher Weise wirksam, wie wenn es nicht aufgehoben worden wäre.“

<sup>3)</sup> Zu diesem Sprachgebrauche vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 662.

<sup>4)</sup> So auch Gll. 15641 (Widerruf des Vermächtnisses einer Geldsumme durch Auszahlung einer gleichen Summe an den Legatar mit dem Beisatze: „damit er nicht auf den Tod des Erblassers warten müsse“).

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 127 f. samt Note 6 auf S. 127 und Noten 1—4 auf S. 128, sowie S. 131 samt Noten 3—6 auf S. 131 dieses Bandes.

<sup>6)</sup> Vgl. Unger 6, 113 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 668 ff.; Stubenrauch 1, 907 f.; Krausz 2, 662 f.; Anders 34.

auf die zur gesetzlichen Erbfolge berufenen Erben, welche aber verpflichtet sind, die übrigen Verfügungen des Erblassers zu befolgen (§ 726<sup>1)</sup>). Hierin liegt eine wesentliche Abweichung vom römischen Rechte<sup>2)</sup>, da nach unserem Rechte der Bestand der Vermächtnisse in der Regel weder vom aufrechten Bestande der Erbeinsetzung, noch an sich vom Antritte der Erbschaft durch den Erben<sup>3)</sup> bedingt ist.

Fallen auch die gesetzlichen Erben weg — d. h. nicht nur, wenn die gesetzlichen Erben nicht Erben werden wollen, woran in § 726 (arg. „entfagen“) zunächst gedacht ist<sup>4)</sup>, sondern auch, wenn sämtliche präsumtiv zur gesetzlichen Erbfolge Berufenen nicht Erben werden können (arg. die Überschrift zu § 726 in Verbindung mit dem ersten Satze und das Wort „auch“ im dritten Satze), oder keine vorhanden sind<sup>5)</sup> —, so werden die Legatäre nach Verhältnis ihrer Vermächtnisse als Erben betrachtet (§ 726), müssen aber, wenn sie die Erbschaft annehmen, eine förmliche Erbschaftserklärung überreichen (§ 121 AusstreitG.)<sup>6)</sup>. Erst wenn auch diese die Erbschaft nicht annehmen, wird sie erbloßes Gut und gelangt an den Fiskus (§ 760).

Über die Entkräftung (Ruption) eines letzten Willens dadurch, daß ein kinderloser Erblasser einen Noterben erhält (§ 778), wird später gehandelt werden.

Über das Unwirksamwerden begünstigter letztwilliger Anordnungen durch Zeitablauf vgl. weiter oben S. 76 f. dieses Bandes.

Endlich vgl. hier auch die Bestimmung des § 121 ABGB.

<sup>1)</sup> Vgl. schon Bossius, Legum et consuetudinum Austriacarum cum jure Romano collatio 421: „Si vero heres adire hereditatem detrectet, aut illam repudiet, illa proximo ab intestato venienti defertur, qui tamen legata praestare ceteraque onera subire debet.“

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Zeiller, Kommentar 2, 709 (Note).

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 139 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. Zeiller, Kommentar 2, 709.

<sup>5)</sup> So auch Unger 6, 113 und Anm. 3 auf S. 114; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 670 ff.; Stubenrauch 1, 908 und Note 2; Krausz 2, 662; Louailon, Die erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes einer Novelle zum ABGB, in Notz. 1908, S. 234; Anders 34.

<sup>6)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 672 (gegen Zeiller, Kommentar 2, 709 f.); Stubenrauch 1, 908; Krausz 2, 663 und Note 10.

## II. Der Erbvertrag<sup>1)</sup>.

### § 33.

#### Begriff und Erfordernisse.

I. Den Erbvertrag definiert § 1249 als einen Vertrag, wodurch der künftige Nachlaß oder ein (aliquoter) Teil des künftigen Nachlasses versprochen und dieses Versprechen angenommen wird (vgl. auch § 602). Trotz dieser Definition darf aber auch nach unserem Rechte der Erbvertrag keineswegs den obligatorischen Verträgen beigezählt werden. Er ist vielmehr ein Vertrag besonderer Art, und zwar ein erbrechtlicher Vertrag.

Inhalt des Erbvertrages ist die in gesetzlicher Form einer anderen Person gegenüber abgegebene und von dieser angenommene — daher unwiderrufliche — Erklärung, daß man sie<sup>2)</sup> zum Erben einsetze<sup>3)</sup>. Dadurch unterscheidet sich der Erbvertrag von dem übrigens unverbindlichen Versprechen, den Promissar zum Erben künftig einzusetzen<sup>4)</sup>, sowie von dem verbotenen Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten (§ 879).

Der Erbvertrag ist ein einheitlicher Vertrag, nämlich vertrags-

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu u. a. Winiwarter, Von dem Erbvertrag und dem Aditalitätsrecht, in *WagnersZ.* 1825, 1, 345 ff.; Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten (1860); Unger 6, 114 ff.; Hofmann, Wesen und Wirkung des Erbverzichts und des Erbvertrages, in *GrünhutsZ.* 3, 649 ff., insbesondere S. 665 ff.; Fried, Zum Kapitel der Erbverträge und wechselseitigen Testamente, in *NotZ.* 1893, Nr. 47; Semata, Nochmals zum Kapitel der Erbverträge und wechselseitigen Testamente, in *NotZ.* 1894, Nr. 29; Schiffner, Erbverträge im Zusammenhange mit Adoptionsverträgen, in *GrünhutsZ.* 25, 267 ff.; Stubenrauch 2, 552 ff.; Krainz 2, 663 ff.; Anders 38 ff. Vgl. auch Schiffner, Erbverträge zugunsten Dritter nach dem BGB. für das Deutsche Reich, in *JheringsZ.* 40, 88 ff.; ders., Der Erbvertrag nach dem BGB. für das Deutsche Reich (1899).

<sup>2)</sup> Nach dem d. BGB. kann als Erbe oder als Vermächtnisnehmer auch ein Dritter vertragsmäßig bedacht werden (§ 1941, Abs. 2).

<sup>3)</sup> Weiter geht der Begriff des Erbvertrages nach dem d. BGB., nach welchem auch vertragsmäßige Verfügungen von Todeswegen, die nur Vermächtnisse oder Auflagen enthalten, Erbverträge sind (§§ 1941, 2278).

<sup>4)</sup> Vgl. § 2302 d. BGB.

mäßige Erbeinsetzung, nicht aber, wie Hartmann<sup>1)</sup>, Unger<sup>2)</sup> und Arndts<sup>3)</sup> annehmen<sup>4)</sup>, eine Verbindung zweier Geschäfte, nämlich einer Erbeinsetzung und des Verzichtes auf deren Widerruf, oder, wie Zeiller<sup>5)</sup> und Scheidlein<sup>6)</sup> sagen, ein gemischtes Geschäft.

Der Erbvertrag schafft, wie das Testament, einen Delationsgrund, aber, im Unterschiede vom Testamente, einen einseitig nicht widerruflichen Delationsgrund; d. h. dem Begriffe eines Vertrages gemäß kann der Erbvertrag, die vertragsmäßige Erbeinsetzung, weder unmittelbar noch mittelbar<sup>7)</sup> einseitig widerrufen, noch durch letztwillige Verfügungen<sup>8)</sup> wieder aufgehoben, beseitigt oder geschmälert werden. Der Institutent kann also insbesondere weder durch eine einseitige Erklärung oder Rechts-handlung inter vivos, noch durch eine einseitige letztwillige Verfügung die Wirkung herbeiführen, daß der vertragsmäßig Instituierte überhaupt nicht oder zu einer geringeren als der im Verträge bestimmten Quote des Nachlasses Erbe werden soll<sup>9)</sup>.

II. Erbverträge können nur zwischen Ehegatten, d. h. Personen, die durch das Band einer gültigen Ehe verbunden sind (§§ 602, 1249), oder zwischen Brautpersonen errichtet werden<sup>10)</sup>. Wird aber der Erbvertrag

<sup>1)</sup> A. a. O.

<sup>2)</sup> 6, 114 f.

<sup>3)</sup> in Haimers *VSchr.* 7, Nr. 10.

<sup>4)</sup> Für diese Lehre auch Ogonowski, Erörterungen zur Theorie des Tabular-eigentums, in *StAGZ.* 1875, 349 (Note); und Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 598 ff. — Gegen sie u. a. Hofmann, a. a. O. 666 ff.; Schiffner, Der Vermächtnisvertrag nach österreichischem Recht 67 ff.; Steinhach, Die Wirkung vertragsmäßiger und letztwilliger Veräußerungsverbote (St. aus *StAGZ.* 1877) 42; Stubenrauch 2, 552 f. (Note 6); Krainz 2, 664 f.; Anders 39 f.

<sup>5)</sup> Kommentar 3, 632.

<sup>6)</sup> *Miszellen* 4, Heft, S. 41.

<sup>7)</sup> Vgl. *GM.* 2627 (Ist die Erbeinsetzung im Erbvertrage unter der Bedingung, daß der eine oder der andere Ehegatte ohne Kinder versterben sollte, erfolgt, so kann nicht einer der Ehegatten durch eine nach Abschluß des Erbvertrages einseitig vorgenommene Adoption die Rechte des anderen aus dem Erbvertrage vereiteln oder schmälern).

<sup>8)</sup> Mögen sie auch im Erbvertrage selbst enthalten sein. Vgl. *GMNf.* 2481 (Das im Erbvertrage zugunsten des Vertragserben angeordnete Legat belastet das freie Viertel).

<sup>9)</sup> An der Vornahme unwiderruflicher Schenkungen auf den Todesfall hindert aber der Erbvertrag den Institutenten nicht. Vgl. *GM.* 8887. U. M. Anders 42; Ehrenzweig, Die Schenkung auf den Todesfall, in der *Festschrift zur Jahreshundertfeier des ABGB.* 2, 668 f.

<sup>10)</sup> Das d. BGB. kennt diese Einschränkung nicht (§ 1941). Doch sind auch nach dem Rechte des d. BGB. die Erbverträge zwischen Ehegatten und Verlobten insofern privilegiert, als im allgemeinen einen Erbvertrag als Erblasser nur derjenige schließen kann, der unbeschränkt geschäftsfähig ist, während ein Ehegatte oder ein Verlobter als Erblasser mit seinem Ehegatten oder Verlobten einen Erbvertrag auch dann schließen kann, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Er bedarf in diesem Falle der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters; ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so ist auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§ 2275). Eine weitere Privilegierung der Erbverträge zwischen Ehegatten und Verlobten besteht be-



unter Brautpersonen geschlossen, so trägt er die selbstverständliche *conditio juris* in sich: dafern die Abschließung einer gültigen Ehe zwischen den Brautpersonen wirklich nachfolgt. Dies ist eine Suspensivbedingung für die Wirksamkeit des Vertrags (HfD. v. 25. VI. 1817 [JGS. 1310]). Der Erbvertrag gelangt also nicht zu seiner Kraft, wenn eine gültige Ehe zwischen den Kontrahenten nicht geschlossen wird. Wird die zwischen den Kontrahenten scheinbar bereits bestandene oder später geschlossene Ehe für ungültig erklärt, so ist gemäß § 1265 der Erbvertrag, und zwar der ganze Erbvertrag — nicht, wie Unger meint, lediglich sein vertragsmäßiges Element — ungültig: der Erbvertrag behält auch nicht als Testament seine Wirksamkeit<sup>1)</sup>. In einem Erbvertrage können entweder die Ehegatten sich wechselseitig, oder es kann bloß der eine Ehegatte den anderen zum Erben unwiderruflich einsetzen<sup>2)</sup>. Man unterscheidet daher wechselseitige oder zweiseitige<sup>3)</sup> und einseitige Erbverträge.

Zur Gültigkeit des Erbvertrages ist ferner erforderlich:

1. in der Person des Instituirenden (Erblassers) — und zwar im Zeitpunkte der Errichtung des Erbvertrages —

a) Testierfähigkeit (§§ 566 ff.);

b) volle Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen<sup>4)</sup>. Ist der instituirende Ehegatte nicht eigenberechtigt (pflegebefohlen), so muß der Erbvertrag, um als solcher gültig zu sein, vormundschafts- oder kuratelsbehördlich genehmigt werden. Wird die Genehmigung versagt<sup>5)</sup> oder nicht angefordert, so kann der beabsichtigte Erbvertrag nur als widerrufliche Erbeinsetzung, aber auch als solche natürlich nur dann und nur insofern gültig sein, als sich die Verfügung als ein gültiges Testament darstellt (§ 1250)<sup>6)</sup>.

gültig der Form, indem für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten oder zwischen Verlobten, der mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wird, die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form genügt (§ 2276, Abs. 2).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu §§ 2077, 2279 d. BGB.

<sup>2)</sup> Nach d. BGB. kann auch ein Dritter vertragsmäßig als Erbe eingesetzt werden.

<sup>3)</sup> Eine besondere Bestimmung über die Aufhebung gegenseitiger Erbverträge enthält § 2298 d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. auch § 2275 d. BGB. und dazu Note 3 auf S. 159 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Vgl. GlM. 1199 (Einem Erbvertrage, in welchem über das ganze Vermögen, also auch über das der freien Verfügung vorbehaltene Viertel verfügt ist, ist die obervormundschaftliche Genehmigung zu versagen).

<sup>6)</sup> Bei der ersten Lesung wurde beschlossen, daß ein nicht genehmigter Erbvertrag auch nicht als einseitige Willenserklärung bestehen solle. Zeiller begründete dies mit den Worten: „quod voluit non potuit, et quod potuit non voluit“ (Prot. I, 438). Die jetzige Fassung des § 1250 wurde erst bei der zweiten Lesung gegen Zeiller und Pratobervera über Antrag des Präsidiums beschlossen (Prot. II, 395). — Nichtig behauptet Rippel, Darstellung der Rechte der Ehegatten 156, daß ein von einer gerichtlich als wahnsinnig erklärten, unter Kuratel stehenden Person in einem lichten Zwischenraume abgeschlossener Erbvertrag zwar nicht als solcher, aber als Testament gültig sei.

2. Da der Erbvertrag eine Erbeinsetzung enthält, so muß er stets vom Institutenten persönlich errichtet werden. Stellvertretung in der Errichtung des Erbvertrages, sei es auch durch den Vormund des minderjährigen Ehegatten, ist unzulässig<sup>1)</sup> (§ 564).

3. In der Person des instituirten Ehegatten ist im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses lediglich die natürliche Handlungsfähigkeit, d. i. die Fähigkeit, ein zu seinem Vorteile gemachtes Versprechen anzunehmen, erforderlich (§ 1250). Die Erbfähigkeit muß erst im Zeitpunkte des Erbansalles vorhanden sein<sup>2)</sup>.

4. Als zur Gültigkeit des Erbvertrages erforderliche Form schreibt § 1249 vor, daß der Erbvertrag schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werden muß. Da nun aber der Erbvertrag auch unter den Begriff der Ehepakte fällt, so ist seine Gültigkeit im Geltungsgebiete des G. v. 25. VII. 1871 (RGBl. 76) ausnahmslos durch die Aufnahme eines Notariatsaktes über den Erbvertrag bedingt<sup>3)</sup>. Bei der Aufnahme des Notariatsaktes über den Erbvertrag ist die Vorschrift des § 56 Ad. zu beobachten, d. h. der Erbvertrag muß entweder vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Aktzeugen errichtet werden<sup>4)</sup><sup>5)</sup>.

## § 34.

### Der Inhalt des Erbvertrages.

Der Erbvertrag muß nicht allein die Erbeinsetzung (§ 564), sondern auch entweder die ausdrückliche oder aus dem Inhalte des Erbvertrages mit Sicherheit erkennbare (nicht zu vermutende<sup>6)</sup>) Erklärung der Unwiderruflich-

<sup>1)</sup> So auch § 2274 d. BGB.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, Anm. 7 auf S. 118; Krausz 2, 666; Anders 40. U. M. Rippel, a. a. O. 166, der Erbfähigkeit auch im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses fordert.

<sup>3)</sup> Abschließung vor Gericht ersetzt nicht die Notariatsform. Vgl. GlM. 10591, 11112. — Wurde der Formvorschrift des Notariatszwangsgesetzes nicht genügt, dann ist der Erbvertrag überhaupt — nicht etwa nur als Erbvertrag — ungültig. So auch Fernbach, Noch einmal zur Kollision eines Erbvertrages mit dem Gesetze, in Notz. 1909, S. 371 f.

<sup>4)</sup> Vgl. über die Formvorschrift des Notariatszwangsgesetzes S. 151 f. im IV. Bande und die Ausführungen über die Form der Rechtsgeschäfte im I. Bande dieses Lehrbuches; ferner Raska, Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall nach österreichischem Rechte 194 ff.

<sup>5)</sup> Nach d. BGB. kann ein Erbvertrag nur vor einem Richter oder vor einem Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden. Die Vorschriften der §§ 2233–2245 finden Anwendung; was nach diesen Vorschriften für den Erblasser gilt, gilt für jeden der Vertragsschließenden (§ 2276, Abs. 1). Über die Form von Erbverträgen zwischen Ehegatten und zwischen Verlobten (§ 2276, Abs. 2) vgl. Note 3 auf S. 159 dieses Bandes. Über die Verschließung und Verwahrung der über einen Erbvertrag aufgenommenen Urkunde vgl. § 2277 d. BGB.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 97 und Note 7 auf S. 97 dieses Bandes; ferner E. in Haimers Mag. 15306 ff.: „Die bloße Bezeichnung der Urkunde als Erbvertrag, die Auf-

keit der Erbeinsetzung<sup>1)</sup> (§ 1254) oder der Annahme der Erbeinsetzungserklärung seitens des Instituierten (§ 1249) enthalten.

Außer der unwiderruflichen Erbeinsetzung des Kontrahenten kann der Erbvertrag auch eine widerrufliche Erbeinsetzung des Vertragsgenossen (darüber später!) und Vermächtnisse an diesen<sup>2)</sup>, ferner letztwillige Verfügungen zugunsten dritter Personen, wie Erbeinsetzungen Dritter, Vermächtnisse für Dritte, enthalten. Diese Verfügungen sind aber jederzeit, wie Anordnungen in einem Testamente oder Kodizille, widerruflich<sup>3)</sup>, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob auch diese Verfügungen als unwiderruflich bezeichnet wurden oder nicht, und ob der Dritte von ihnen verständigt wurde oder nicht<sup>4)</sup>.

Die unwiderrufliche Erbeinsetzung des Vertragsserben unterliegt bezüglich ihres Umfangs einer Beschränkung (§ 1253). Die Erbeinsetzung kann nämlich als eine unwiderrufliche nur drei Viertel des Nachlasses umfassen. Ein reiner Viertel, worauf weder der jemandem gebührende

nahme der Erbeinsetzung in die Ehepakte ist für sich allein ebenso wenig hinreichend, wie der Umstand, daß die die Erbeinsetzung des anderen Ehegatten enthaltende Urkunde von diesem unterfertigt ist.“ Winiwarter, a. a. O. 349 (Note) gegen Rippel, Darstellung der Rechte der Ehegatten 145 ff., dessen Ausführungen vielfach irrig sind; weiters K. g., Zur Lehre der §§ 1248, 1249 und 1253 BGB., in Notz. 1882, Nr. 40; K. l., Etwas über Vertragskäufeln, in Notz. 1885, Nr. 31; Platte, Einige Worte über bürgerliche Ehepakte, in Notz. 1889, Nr. 12 (hiez. J. B., in Notz. 1889, Nr. 14; Platte, in Notz. 1889, Nr. 17; P., in Notz. 1889, Nr. 18); Stubenrauch 2, 554 (Note 1); Krausz 2, 666. — Praktisch sehr wichtig ist die Frage, ob die Aufnahme der Erbeinsetzung in die Ehepakte für sich allein schon geeignet ist, die Erbeinsetzung zu einer vertragsmäßigen zu gestalten. Diese Frage wird vom OGH. mit Recht meistens verneint. So OGH. 1662, 2627, 8887, 12580. Nicht widersprechend OGH. 3200 (Hier hieß es in den Ehepакten: „Es ist das wechselseitige Übereinkommen getroffen, festgesetzt und bestimmt worden, daß der überlebende Teil Anverwahrer sein soll“, und der OGH. nahm somit richtig einen Erbvertrag und nicht bloß ein wechselseitiges Testament an). Anders und unrichtig OGH. 8242, 8631.

<sup>1)</sup> Nach d. BGB. kann sich der Erblasser den Rücktritt im Verträge vorbehalten (§ 2293). Vgl. auch §§ 2296, 2297. Über weitere Fälle des Rücktritts des Erblassers nach d. BGB. vgl. §§ 2294, 2295.

<sup>2)</sup> Vgl. OGH. 2481 (exzerpiert in Note 1 auf S. 159 dieses Bandes). — Vgl. hier auch OGH. 1715 (Ist im Erbverträge für einen bestimmten Fall auf die gesetzliche Erbfolge verwiesen und dem überlebenden Gatten das Recht der Einlösung des Nachlasses vorbehalten, so ist dies nur ein widerruflicher kodizillarischer Auftrag an die gesetzlichen Erben).

<sup>3)</sup> Nach d. BGB. können in einem Erbverträge sowohl vertragsmäßig als auch einseitig (widerruflich) Erbeinsetzungen Dritter, Vermächtnisbestellungen und Auflagenanordnungen erfolgen (§§ 1941, 2278, 2279, 2280, 2299).

<sup>4)</sup> So auch Rippel, a. a. O. 174; Scheidlein, Mitteilungen 4. Heft, S. 56; Unger 6, 115; Steinbach, Die Wirkungen vertragsmäßiger und letztwilliger Veräußerungs- und Belastungsverbote (S. l. aus OGH. 1877) 42; Stubenrauch 2, 554; Krausz 2, 665; OGH. 1838, 3812, 3651. Dagegen behauptet Schiffner, Der Vermächtnisvertrag nach österreichischem Recht 100 ff., daß, wenn in einem Erbverträge bezüglich der zugunsten Dritter angeordneten Vermächtnisse dem anderen Kontrahenten gegenüber eine Bindung wirklich gewollt und erklärt worden ist, derartige Vermächtnisse nur durch beiderseitiges Einverständnis beider Kontrahenten gegenüber den Dritten als solchen (d. i. insofern letztere nicht etwa dem Verträge gültig beigetreten sind) widerrufen werden können. Vgl. auch Anders 102 f.

Pflichtteil, noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft des Gesetzes der freien letztwilligen Verfügung des Erblassers immer vorbehalten. Die Auslegung dieser Bestimmung, beziehungsweise die Art der Berechnung des erwähnten Viertels ist nun freilich streitig. Nach der herrschenden Ansicht müssen vom Nachlasse zunächst alle Schulden und Erbschaftsklasten (so Begräbniskosten, Kosten der Inventarisierung, Erbgebühren) abgezogen werden; von dem so festgestellten reinen Nachlasse ist dann der jemandem etwa gebührende Pflichtteil zu berechnen und abzuziehen<sup>1)</sup>. Erst der vierte Teil des so berechneten frei vererblichen, reinen Nachlasses ist der der freien letztwilligen Disposition vorbehaltene Viertel<sup>2)</sup>. Daraus folgt: Sind pflichtteilsberechtigzte Deszendenten vorhanden, so kann, da deren Pflichtteil die Hälfte des Nachlasses beträgt, unwiderruflich nur über  $\frac{3}{4}$  von der verbleibenden Hälfte, also über  $\frac{3}{8}$  verfügt werden, und es beträgt der der freien letztwilligen Verfügung vorbehaltene Teil  $\frac{1}{8}$  des Nachlasses nach Abzug aller Passiven. Sind pflichtteilsberechtigzte Ascendenten vorhanden, so beträgt, da deren Pflichtteil  $\frac{1}{3}$  ihrer Intestatportion ist, der Teil, über welchen unwiderruflich verfügt werden kann,  $\frac{3}{4}$  von  $\frac{2}{3}$  des Nachlasses, somit der der freien letztwilligen Verfügung vorbehaltene Teil  $\frac{1}{6}$ . Der der freien letztwilligen Verfügung vorbehaltene Teil beträgt also ein Viertel des ganzen Nachlasses nur, wenn keine Noterben vorhanden sind. Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann, da die Hälfte des Nachlasses seinen gesetzlichen Erben gehört, nur über  $\frac{3}{8}$  des Nachlasses durch einen — natürlich der gerichtlichen Genehmigung bedürftigen — Erbvertrag verfügen<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. hiez. Prot. I, 440: „2. bedürfte es wohl keiner Erklärung, daß der Erblasser nach geschlossenem Erbverträge (dazu Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 148 f. und Note 12) durch eine letzte Anordnung den Pflichtteil, oder die Schulden auf das ihm freigelassene Viertel anweisen könne.“

<sup>2)</sup> So wird diese Bestimmung des § 1253 von den meisten österreichischen Schriftstellern verstanden, u. a. von Winiwarter, a. a. O. 358; Unger 6, 116; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 151 f.; Stubenrauch 2, 558 und Note 1; Krausz 2, 667; Anders 41. Von einer anderen Auffassung gehen Rippel, Darstellung der Rechte der Ehegatten 167 und die Praxis des OGH. (vgl. OGH. 3200, 3686) aus. Nach dieser Ansicht ist vom ganzen (reinen) Nachlasse ein Viertel, ferner der von dem ganzen Nachteile berechnete Pflichtteil abzuziehen. So wird der Rest gefunden, über den unwiderruflich verfügt werden kann. Daher kann z. B., wenn pflichtteilsberechtigzte Deszendenten vorhanden sind, nach Abzug von  $\frac{1}{4}$  und  $\frac{1}{2}$  des Nachlasses (Pflichtteil) nur über  $\frac{1}{4}$ , wenn pflichtteilsberechtigzte Ascendenten vorhanden sind, nach Abzug von  $\frac{1}{4}$  ( $= \frac{2}{12}$ ) und  $\frac{1}{3}$  ( $= \frac{4}{12}$ ) des Nachlasses nur über  $\frac{5}{12}$  des reinen Nachlasses durch Erbvertrag verfügt werden.

<sup>3)</sup> So auch u. a. Zeiller, Kommentar 3, 634; Scheidlein, Mitteilungen 4. Heft, S. 45 f.; Unger 6, Anm. 17 auf S. 122; Stubenrauch 2, 556 und Note 2; Krausz 2, 667 f.; Anders 41. Dagegen meinen u. a. Graßl, Erörterung der Frage: über welchen Betrag seiner künftigen Verlassenschaft ein gerichtlich erklärter Verschwender einen Erbvertrag gültig schließen kann?, in Wagners J. 1829, I, 270 ff.; Winiwarter, a. a. O. 350; Rippel, Darstellung der Rechte der Ehegatten 153 f., daß der gerichtlich erklärte Verschwender mit obervormundschaftlicher Genehmigung auch über  $\frac{3}{4}$  seines Nachlasses vertragsmäßig verfügen könne. Diese Behauptung ist aber irrig, da auch die Genehmigung des Erbvertrages eines gerichtlich erklärten Ver-

Der Erblasser kann nun allerdings auch über den seiner freien Verfügung vorbehaltenen Viertel im Erbvertrage selbst<sup>1)</sup> verfügen, ja ihn auch dem Vertragserben zuwenden. Allein einerseits muß die Zuwendung dieses Viertels, damit ihn der Vertragserbe erhalte, ausdrücklich geschehen, d. h. der Vertragserbe muß ausdrücklich und speziell auch in den der freien letztwilligen Verfügung vorbehaltenen Viertel zum Erben eingesetzt werden, damit er den ganzen Nachlaß erhalte, widrigens, also auch wenn der Vertragserbe allgemein auf den ganzen Nachlaß eingesetzt wäre, dieser Viertel, falls über ihn nicht anderweitig verfügt wurde, den Intestaterben zufällt<sup>2)</sup> (§ 1253); und andererseits ist die Verfügung über den freien Viertel, mag auch über ihn im Erbvertrage zugunsten des Vertragserben verfügt und auch diese Verfügung als unwiderrufliche erklärt worden sein, jederzeit widerruflich.

Auch die vertragsmäßige Erbeinsetzung kann eine bedingte sein. § 1251 bestimmt diesfalls, daß dasjenige, was von Bedingungen bei Verträgen überhaupt gesagt worden ist, auch auf Erbverträge zwischen Ehegatten Anwendung finde (§§ 897—899). Daher machen Bedingungen, die bei einer testamentarischen Erbeinsetzung propter favorem testamenti für nicht beigelegt gelten, eine vertragsmäßige Erbeinsetzung ungültig, und findet rückichtlich solcher Potestativbedingungen, die in einer wiederholbaren Handlung des Vertragserben bestehen, die Bestimmung des § 899, nicht die des § 701 Anwendung, so daß also Wiederholung nach dem Abschlusse des Erbvertrages genügt<sup>3)</sup>. Selbstverständlich muß aber auch der Vertragserbe, um Erbe zu werden, den Eintritt der positiven Suspensivbedingung, unter welcher er eingesetzt wurde, erleben und in diesem Zeitpunkte erbfähig sein; auch auf

schwenders durch die Kuratelsbehörde die zugunsten seiner gesetzlichen Erben in § 568 statuierte Beschränkung nicht beheben, beziehungsweise die ihm fehlende testamenti factio activa nicht ergänzen kann.

<sup>1)</sup> So schon Winiwarter, a. a. O. 359 f. gegen Nippel, a. a. O. 175 ff. Vgl. ferner Unger 6, Anm. 17 auf S. 122; Schiffner, a. a. O. 148 f.; Stubenrauch 2, 558 f.; Anders 41. — Vgl. hier auch Fernbach, Kollision des Vertragserbrechtes mit dem gesetzlichen Erbrechte, in Notz. 1907, S. 345; Kronegg, Kollision des Vertragserbrechtes mit dem gesetzlichen Erbrechte, in Notz. 1907, S. 368; Schwarz, Zur Kollision des Vertragserbrechtes mit dem gesetzlichen Erbrechte, in Notz. 1907, S. 385 f.; Fernbach, Kollision eines Erbvertrages mit einem Testamente, in Notz. 1908, S. 283 ff.

<sup>2)</sup> Die ganz allgemein, auch in der Praxis (vgl. Glm. 1208, 3686, 11646), herrschende Ansicht betrachtet und behandelt das Recht der gesetzlichen Erben auf den Viertel als Erbrecht, die gesetzlichen Erben bezüglich des reinen Viertels als Erben. Im Gegensatz zu dieser Meinung steht aber Schiffner, a. a. O. 150 ff. den den gesetzlichen Erben vorbehaltenen Viertel nicht als Erbteil, sondern als gesetzlichen Vermächtnis, unter Umständen als ein Vorausvermächtnis, die gesetzlichen Erben bezüglich des Viertels nicht als Erben, ihr Recht nicht als Erbrecht, sondern als Forderungsrecht, Eigentumsanspruch an. Zweifelnd Anders 41.

<sup>3)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 14 auf S. 121; Stubenrauch 2, 556; Krainz 2, 669; Anders 41.

Vertragserben findet also die Bestimmung des § 703, nicht die des § 900 Anwendung<sup>1)</sup>.

### § 35.

#### Die Wirkungen des Erbvertrages.

I. Durch den Erbvertrag ist der Erblasser in der freien Disposition über sein Vermögen durch Geschäfte inter vivos nicht beschränkt<sup>2)</sup> 3). Der Vertragserbe hat bei Lebzeiten des Erblassers an und auf dessen Vermögen gar kein Recht, also auch nicht das Recht, Sicherstellung für sein künftiges Erbrecht zu begehren (§ 1252). Sein Recht ist das unwiderrufliche Recht, Erbe zu werden, setzt daher zu seinem Wirksamwerden den Tod des Erblassers voraus, kann bei Lebzeiten des Erblassers weder auf andere übertragen, noch auch, wenn der im Vertrage eingesetzte Erbe vor dem Insituenten verstirbt, vererbt werden. Daran wird auch durch eine, übrigens gegenwärtig unzulässige Eintragung eines Erbvertrages in die öffentlichen Bücher nichts geändert (§ 1252), d. h. diese jetzt unzulässige Eintragung hat und hätte gar keine Wirkung<sup>4)</sup>.

Auf frühere Testamente hat ein gültiger Erbvertrag dieselbe Wirkung, welche ein späteres gültiges Testament auf ein früheres Testament hat; m. a. W.: ein früher errichtetes Testament wird durch einen später errichteten gültigen, über den ganzen Nachlaß oder über einen aliquoten Teil des Nachlasses verfügenden Erbvertrag, wenn der Erblasser nicht in diesem seinen Willen deutlich zu erkennen gegeben hat, daß das frühere Testament neben dem Erbvertrag fortbestehen solle, aufgehoben<sup>5)</sup> (§ 713). Um-

<sup>1)</sup> So schon Zeiller, Kommentar 3, 635; Scheidlein, a. a. O. 47; ferner Stubenrauch 2, 556; Krainz 2, 669; Anders 41. U. M. Strohal, Transmissio pendente condicione 53 f., der auf bedingte vertragsmäßige Erbeinsetzungen § 900, nicht § 703 für anwendbar hält.

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch Note 2 auf S. 159 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Auch nach dem d. BGB. wird durch den Erbvertrag das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu verfügen, grundsätzlich nicht beschränkt (§ 2286). Doch erkennt das d. BGB. zwei Ausnahmen von dieser Regel an. Die eine richtet sich gegen Schenkungen, die der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, macht (§ 2287). Die andere schützt den Vertragsvermächtnisnehmer im Falle einer vom Erblasser absichtlich herbeigeführten Beeinträchtigung des Vermächtnisanspruchs (§ 2288).

<sup>4)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 16 auf S. 121; Stubenrauch 2, 557; Krainz 2, 669 f.; Anders 41.

<sup>5)</sup> So auch schon Winiwarter, a. a. O. 361. Ganz anders Stubenrauch 2, 558 und Note 2; Krainz 2, 670; Anders 42, nach deren Meinung ältere letztwillige Anordnungen, selbst wenn der Erbvertrag auf den ganzen Nachlaß lautet, im Zweifel nicht entkräftet werden, vielmehr für das vorbehaltene Viertel gelten, so lange der Erblasser darüber nicht eine andere Verfügung trifft. Ebenso Glm. 11646. Vgl. auch Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 149 (Note 13). — Nach d. BGB. (§ 2289) wird durch den Erbvertrag eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers insoweit unwirksam, als sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde.

gekehrt kann aber das Erbrecht des Vertragserben weder durch eine spätere letztwillige Verfügung widerrufen, noch auch überhaupt durch spätere letztwillige Verfügungen vereitelt oder geschmälert werden<sup>1)</sup>. Richtig heißt es daher im Westgalizischen Gesetzbuch (II. § 522): „Gegen einen Erbvertrag findet keine letztwillige Verordnung statt.“

II. Beim Tode des Erblassers bildet der Erbvertrag für den Vertragserben einen Delationsgrund der Erbschaft, und zwar den stärksten in dem Sinne, daß bei einer Kollision von Erbsklärungen, d. h. wenn zu demselben Nachlasse Erbsklärungen, die in dem geltend gemachten Umfange nicht nebeneinander bestehen können, abgegeben werden, gegen denjenigen, der sein Erbrecht auf einen äußerlich formgerechten und hinsichtlich seiner Echtheit unbestrittenen (d. h. nicht mit Grund bestrittenen) Erbvertrag gründet, jeder andere erbserklärte „Erbe“, der sein Erbrecht auf Testament oder Gesetz gründet, im Erbrechtsstreite mit der Erbrechtsklage — zu unterscheiden von der gegen den Besitzer der Erbschaft anzustellenden Erbschaftsklage — als Kläger auftreten muß (§ 126 AusstreitG.). Doch gilt dies nur, insoweit der Vertragserbe als solcher, d. h. auf Grund der unwiderruflichen Erbeinsetzung, sich erbserklärt hat<sup>2)</sup>. Der vertragsmäßige Erbe muß nämlich, wie jeder andere Erbe, wenn er die Erbschaft annimmt, sich erbserklären. Er kann aber auch die Erbschaft ausschlagen, und zwar selbst dann, wenn er im Erbvertrage sich zur Entrichtung von Vermächtnissen an Dritte verpflichtet hätte<sup>3)</sup>. Nimmt er die Erbschaft an, so kann die Annahme bedingt oder unbedingt erfolgen. Das Recht des Vertragserben, die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten, kann auch vertragsmäßig nicht beschränkt werden; ein Verzicht auf dieses Recht in einem Erbvertrage ist ohne rechtliche Wirkung (§ 803).

III. Der Erbvertrag kann schon ursprünglich ungültig sein:

- wegen Ungültigkeit der Ehe zwischen den Kontrahenten;
- aus denselben Gründen, aus denen ein Testament ungültig ist; und
- wegen Mangels der für den Erbvertrag insbesondere vorgeschriebenen Form.

Der Erbvertrag kann aber ferner auch ungültig, beziehungsweise unwirksam werden; und zwar:

- aus denselben Gründen, aus welchen ein Testament ungültig, beziehungsweise unwirksam wird<sup>4)</sup>. Insbesondere wird auch ein Erbvertrag

<sup>1)</sup> Vgl. hier auch § 2289 d. BGB.; aber auch §§ 2291 und 2292 d. BGB. und dazu weiter unten Note 9 auf S. 167 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. GlMStF. 1730.

<sup>3)</sup> Es kann auch nicht etwa der Begatar den die Erbschaft ausschlagenden Vertragserben auf Grund des § 1019 zur Zahlung des Vermächtnisses verhalten. So auch Krainz 2, 670; GlM. 3451.

<sup>4)</sup> Auch durch Defektion gemäß § 203 MitStG. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt ohne jede Begründung Krainz 2, 671. — Unrichtig ist die Ansicht Rippels

dadurch, daß ein kinderloser Erblasser nach Errichtung des Erbvertrages einen Noterben erhält und hinterläßt, für welchen im Erbvertrage keine Vorsorge getroffen ist, entkräftet<sup>1)</sup> (§§ 778, 1254). Allerdings ist dem widersprochen und die Bestimmung des § 778 auf Erbverträge für unanwendbar erklärt worden<sup>2)</sup>; allein, wie sich aus § 1254 ergibt, ganz mit Unrecht. Denn nach § 1254 bleiben den Noterben ihre Rechte gegen einen Erbvertrag, wie gegen eine andere letzte Anordnung vorbehalten, wie denn überhaupt die Anfechtung eines Erbvertrages unter denselben Voraussetzungen, in denselben Fällen und in derselben Frist (§ 1487), wie die eines Testaments<sup>3)</sup>, zulässig ist<sup>4)</sup>.

b) Wenn die Trennung der Ehe auf Verlangen beider Ehegatten bewilligt wird, so ist der Erbvertrag, soweit darüber kein Vergleich geschlossen wird, für beide Teile erloschen (§ 1266); und zwar ist der Erbvertrag selbst erloschen, nicht bloß, wie Unger<sup>5)</sup> behauptet, der Verzicht auf die Widerruflichkeit der Erbeinsetzung<sup>6)</sup>. Wird auf Trennung der Ehe aus Verschulden eines Teiles erkannt, so bleibt dem schuldlosen Ehegatten das Recht aus einem Erbvertrage auf den Todesfall vorbehalten (§ 1266<sup>7)</sup>). Wird auf Scheidung der Ehe durch richterliches Urteil erkannt, so kann, wenn kein Teil, oder wenn beide Teile Schuld an der Scheidung tragen, jeder Teil, ist aber ein Teil schuldlos, nur der schuldlose Teil die Aufhebung der Ehepakte, also auch des Erbvertrages, durch gerichtlichen Ausspruch begehren (§ 1264<sup>8)</sup> 9).

c) Selbstverständlich kann weiter ein Erbvertrag, wie Ehepakte überhaupt, mutuo dissensu<sup>10)</sup> jederzeit aufgehoben werden. Auch der mutuo dissensus hebt den ganzen Erbvertrag, d. h. die vertragsmäßige Erbeinsetzung überhaupt<sup>11)</sup>, nicht etwa bloß deren vertragsmäßiges Element<sup>12)</sup> auf<sup>13)</sup>.

(a. a. O. 179 gegen Scheidlein, a. a. O. 57 f.), daß der Erbvertrag auch durch eine in der Zeit zwischen der Errichtung und dem Tode des Instituenten eintretende, im letzteren Zeitpunkte wieder behobene Erbsunfähigkeit oder Erbsunwürdigkeit des Vertragserben ungültig wird.

<sup>1)</sup> So auch Unger 6, 116; Stubenrauch 2, 561 und Note 2; Anders 42 und jetzt Krainz 2, 671.

<sup>2)</sup> Von Krainz in den früheren Auflagen.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu weiter unten S. 279 und Noten 1—4 auf S. 279 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu §§ 2078, 2079, 2080, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285 d. BGB.

<sup>5)</sup> 6, Anm. 19 auf S. 122 f.

<sup>6)</sup> So auch Krainz 2, 671; Anders 43.

<sup>7)</sup> Vgl. S. 212 im IV. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>8)</sup> Vgl. S. 209 ff. im IV. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>9)</sup> Vgl. zu den hier behandelten Fragen auch §§ 2077, 2279 d. BGB.

<sup>10)</sup> In der Form eines Notariatsaktes, wenn es sich nicht um die im Ehescheidungs- oder Ehetrennungsverfahren durch gerichtlichen Vergleich gemäß §§ 1264, 1266, 108, 117 vorgenommene Aufhebung des Erbvertrages handelt. Vgl. S. 152 im IV. Bande dieses Lehrbuchs und GlMStF. 2102.

<sup>11)</sup> Richtig Rippel, a. a. O. 176: „Kommen aber in dem Erbvertrage Dispositionen zugunsten dritter Personen vor, so hatten selbe gleich ursprünglich die Eigen-



d) Endlich kann ein Erbvertrag durch die vorzeitige Verheiratung der Witwe gemäß § 121 unwirksam werden.

## § 36.

## Der Vermächtnisvertrag.

Sehr bestritten<sup>1)</sup> ist die Frage, ob es nach österreichischem Rechte, wie einen Erbvertrag, auch einen gültigen Vermächtnisvertrag gebe<sup>2)</sup>. Von mancher Seite wird die Frage entschieden und unbedingt verneint<sup>3)</sup>. Andererseits wird behauptet, daß der Vermächtnisvertrag mit denselben subjektiven und objektiven Beschränkungen, denen der Erbvertrag im engeren Sinne unterliegt<sup>4)</sup>, ja sogar, daß er ohne jede Beschränkung zulässig sei<sup>5)</sup>. Richtig

ist letzter Willensanordnungen; es muß daher bei deren Widerruf alles dasjenige beobachtet werden, was hinsichtlich des Widerrufs einer letzten Willensanordnung überhaupt vorgeschrieben ist.“

<sup>12)</sup> So Unger 6, 116 und Anm. 20 auf S. 123; Schiffner, Der Erbvertrag nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich § 41. Dagegen — für die Ansicht des Textes — u. a. Krainz 2, 671; Anders 43; Krüger, in Grünhutsz. 32, 426 f.

<sup>13)</sup> Vgl. hierzu § 2290 d. BGB. — Neben der Aufhebung des Erbvertrages durch Vertrag kennt das d. BGB. auch die Aufhebung einer vertragsmäßigen Verfügung, durch die ein Vermächtnis oder eine Auflage angeordnet ist, durch ein Testament des Erblassers, dessen der andere Vertragschließende durch eine gerichtlich oder notariell beurkundete (unwiderrechtliche) Erklärung zustimmt (§ 2291), und die Aufhebung eines Erbvertrages zwischen Ehegatten durch ein gemeinschaftliches Testament der Ehegatten (§ 2292).

<sup>1)</sup> Vgl. hierüber Schiffner, Der Vermächtnisvertrag nach österreichischem Recht 3 ff.

<sup>2)</sup> Nach d. BGB. fällt der Vermächtnisvertrag unter den Begriff des Erbvertrages (§§ 1941, 2278).

<sup>3)</sup> So insbesondere von Winowarter, in Wagnersz. 1825, I, 346; Unger 6, Anm. 4 auf S. 270.

<sup>4)</sup> So Schiffner, Der Vermächtnisbegriff nach österreichischem Recht unter Bezugnahme auf das gemeine Recht (1873) 19 f. Zustimmung (früher) Krainz polski, in Prager JurMitt. 1873, S. 131; Ofner, in Grünhutsz. 19, 527 f.

<sup>5)</sup> Vgl. schon Nippel, Erläuterung 4, 254 ff.; Dolliner, in Wagnersz. 1833, I, 161 ff., der per argumentum e contrario aus § 602 Erbverträge über einen nicht in Beziehung auf das Ganze, sondern auf eine andere Art, z. B. durch Benennung der Summe oder Sache, bestimmten Teil des Nachlasses, und zwar nicht bloß unter Personen, die keine Ehegatten sind, sondern auch unter Ehegatten zuzulassen scheint. Neuestens nimmt endlich Schiffner, Der Vermächtnisvertrag usw. (vgl. auch derf., Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 152 ff.), indem er von seiner früheren Ansicht abgeht, nicht nur Vermächtnisverträge als vorliegend an im Advitalitätsverträge, ferner, wenn dem Manne auf den Fall des Überlebens das Heiratsgut verschrieben ist, und endlich unter Umständen in der Bestellung einer Widerrufe oder eines Witwengehaltes und in einem Singularfideikommissverträge auf den Todesfall, sondern findet auch in den §§ 603 und 956 eine allgemeine Zulassung des Vermächtnisvertrages, also eine Zulassung ohne die objektiven und subjektiven Beschränkungen des Erbvertrages. Der Vermächtnisvertrag soll nach dieser Ansicht als eine Art der im § 956 normierten Schenkungen auf den Todesfall anerkannt sein. Diese Ansicht wird aber von Schiffner selbst nicht konsequent durchgeführt (vgl. z. B. die Ausführungen über die Form des Vermächtnisvertrages auf S. 757) und ist gewiß unrichtig. Der Ansicht Schiffners hat sich Anders 102 f. angeschlossen.

ist wohl die zuerst von Arndts<sup>1)</sup> aufgestellte Meinung, daß das österreichische Recht allerdings eine, aber auch nur eine Art des Vermächtnisvertrages kennt, nämlich den sogenannten Advitalitätsvertrag<sup>2)</sup>, d. i. den Vertrag, in welchem ein Ehegatte dem anderen die Fruchtnießung seines Vermögens oder eines aliquoten Teiles seines Vermögens auf den Fall des Überlebens einräumt (§ 1255). Denn auch durch diesen Vertrag wird der den Fruchtgenuß einräumende Ehegatte in Dispositionen über sein Vermögen unter Lebenden nicht gehindert. Objekt dieses Vertrages ist die Fruchtnießung des freivererblichen Nachlasses. Nur wenn die eingeräumte Fruchtnießung auf ein ihr unterworfenen unbewegliches Gut den öffentlichen Büchern einverleibt wird, erhält der bedachte Ehegatte ein auch durch Rechtsgefächte unter Lebenden unentziehbares Recht auf den Fruchtgenuß an diesem Gute (§ 1256<sup>3)</sup>).

## § 37.

Die Schenkung auf den Todesfall<sup>4)</sup>.

Das BGB. definiert im § 956 die Schenkung auf den Todesfall als eine Schenkung, „deren Erfüllung erst nach dem Tode des Schenkenden erfolgen soll“. Ihre Eigentümlichkeit besteht also darin, daß sie aus dem Nachlasse des Geschenkgebers zu erfüllen ist<sup>5)</sup>. Aber auch die so definierte Schenkung wird nicht als ein eigentümliches, einheitliches Rechtsgefächte behandelt, sondern ist entweder:

<sup>1)</sup> In ÖstWJSchr. 7, 288 f.; derf., Gesammelte juristische Schriften 2, 204.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu S. 206 und Note 11 auf S. 206 f. im IV. Bande dieses Lehrbuchs. Vgl. auch Menoušek, Einige Bemerkungen über die letzte Willenserklärung, in Gerh. 51, 544.

<sup>3)</sup> Vgl. hierüber und über das Advitalitätsrecht überhaupt S. 206 ff. im IV. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>4)</sup> Vgl. u. a. Gapp, in Wagnersz. 1827, II, 30 ff.; Unger 6, 322 ff.; Franke, Formerfordernisse der Schenkung 153 ff.; Schiffner, Der Vermächtnisvertrag nach österreichischem Recht 50 ff.; Keller, Die Schenkung auf den Todesfall, in ÖstWZ. 20, S. 441—449, 521—533; Ramin, Das Verhältnis der Versicherung des eigenen Lebens zu fremden Gunsten zu den unentgeltlichen Zuwendungen (die auf das österreichische Recht bezüglichen Parate dieser Abhandlung rühren von Rakfa her), in Prager WJSchr. 35, 1 ff.; Stubenrauch 2, 149 ff.; Krainz 2, 720 ff.; Anders 121 ff.; Ehrenzweig, Die Schenkung auf den Todesfall, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des BGB. 2, 625 ff. — Das d. BGB. kennt keine spezifische Schenkung auf den Todesfall. Auf das unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt, erteilt und bei Lebzeiten des Schenkers unerfüllt gebliebene Schenkungsversprechen finden schlechweg die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung (§ 2301, Abs. 1). Eine vom Schenker bereits vollzogene Schenkung wird dagegen trotz der ihr beigefügten Bestimmung, daß das Geschenk im Falle des Überlebens des Schenkers an diesen wieder zurückfallen solle, durchaus nach den Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden behandelt (§ 2301, Abs. 2). Hierzu vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) I, 379 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Keller, a. a. O. 521; Der Todesfall ist die Bedingung der Erfüllung der Schenkung, nicht ihrer Entstehung. Vgl. auch Ehrenzweig, a. a. O. 633.

a) Vermächtnis oder

b) wahrer, schon bei Lebzeiten des Schenkers wirksamer Schenkungsvertrag.

ad a) Ist die sogenannte Schenkung auf den Todesfall nicht mit den Erfordernissen einer unwiderruflichen Schenkung versehen (b), so wird sie als Vermächtnis angesehen und behandelt<sup>1)</sup>. Um aber als solches gültig zu sein, ist erforderlich, daß bei ihrer Errichtung sowohl in der Person des Geschenkgebers als auch rücksichtlich der Form<sup>2)</sup> alle Erfordernisse für eine gültige letztwillige Anordnung vorhanden sind, daß sie also mit den für ein Vermächtnis vorgeschriebenen Förmlichkeiten errichtet ist<sup>3)</sup>. Ist die Schenkung ein Vermächtnis, so kann sie so, aber auch nur so, wie jedes andere Vermächtnis, widerrufen werden und gilt unter denselben Voraussetzungen (§§ 724, 725), wie andere Vermächtnisse, als widerrufen<sup>4)</sup>. Sie fällt dem Beschenkten wie ein anderes Vermächtnis an, erfordert daher Dasein und Erbfähigkeit des Beschenkten in diesem Zeitpunkt und teilt beim Tode des Schenkers das Schicksal aller übrigen Vermächtnisse (§§ 685 ff.).

Besteht die Schenkung auf den Todesfall nicht in einem bloßen Versprechen, wird also die auf den Todesfall geschenkte Sache sofort eingehändigt, so ist es vor allem quaestio facti, welche Bedeutung die Übergabe haben soll. Läßt sich nicht erweisen, daß sie zum Zwecke der sofortigen Realisierung der Schenkung, also der, wenn auch resolutiv bedingten Eigentumsübertragung<sup>5)</sup>, beziehungsweise um zu verhüten, daß die geschenkte

<sup>1)</sup> Gegen die Auffassung dieser Art der Schenkung auf den Todesfall als Vermächtnisvertrag oder Vertragsvermächtnis mit Recht Geller, a. a. O. 521 (Note 2).

<sup>2)</sup> Vgl. Prot. II, 561.

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 4334, 6621.

<sup>4)</sup> Vgl. Gll. 5277 (Widerruf des schenkungsweise Schulverlasses durch Zession der Forderung).

<sup>5)</sup> Aus der Praxis des OGH. vgl. Gll. 6329 (Übergabe einer Sache „als Andenken“ seitens eines vermeintlich Sterbenden ohne Vorbehalt ist Schenkung unter Lebenden); Gll. 1671, 7622, 15547 (Schenkungsweise Übergabe von Sachen seitens eines Kranken unter Vorbehalt des Widerrufs für den Fall der Wiedergenesung ist [bedingte] Schenkung unter Lebenden); Gll. 11369 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Ein Kranker übergab über die Aufforderung, über sein Vermögen letztwillig zu verfügen, jemandem ein Sparkastenbuch mit den Worten: „Da hast du das Bündel; du gibst hiervon etwas auf Messen, bezahlst die Begräbniskosten und der Rest gehört dir.“ Der OGH. nahm mit Recht eine Schenkung unter Lebenden an); Gll. 13015 (Wurden Sachen schenkungsweise mit dem Vorbehalte des lebenslänglichen Rechtes der Verwahrung und der Fruchtnießung der geschenkten Sachen für den Schenker übergeben, so liegt eine Schenkung unter Lebenden vor); Gll. 3400 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Der Erblasser hatte einige Tage vor seinem Tode im kranken Zustande seinem Vater ein Einlagebüchel mit den Worten übergeben: „Vater, da hab' ich, ich gebe es euch.“ Dem einige Tage hierauf gemachten Vorwurfe seiner Gattin begegnete der Erblasser mit der Äußerung: „Er (der Vater) wird mir's schon zurückstellen, wenn ich gesund werde.“ Der OGH. nahm mit Recht eine Schenkung unter Lebenden an). Gegen diese Praxis Ehrenzweig, a. a. O. 671 ff.

Sache einen Teil des Nachlasses bilde<sup>1)</sup>, erfolgte, so wird durch die Übergabe an dem Charakter und der Wirkung der Schenkung auf den Todesfall nichts geändert<sup>2)</sup>. Es müssen daher trotz der Übergabe die Erfordernisse eines gültigen Legats vorhanden sein<sup>3)</sup>.

Wird eine Sache einer Mittelsperson mit dem Auftrage, sie einem Dritten nach dem Tode des Übergebers auszuhändigen, übergeben, so liegt ein mandatum post mortem, eine durch „wirkliche Übergabe“ vollzogene Schenkung unter Lebenden vor, und es bedarf daher nicht der Erfordernisse der Schenkung auf den Todesfall<sup>4)</sup>.

ad b) Soll die Schenkung auf den Todesfall als Vertrag anzusehen sein, so muß gemäß § 956 der Beschenkte die Schenkung annehmen, der Schenker sich des Rechtes, die Schenkung zu widerrufen, ausdrücklich begeben, „und eine schriftliche Urkunde darüber dem Beschenkten eingehändigt“ werden. Im Geltungsgebiete des G. v. 25. VII. 1871 (RGBl. 76) muß über die Schenkung auf den Todesfall, wenn sie als Vertrag angesehen werden soll, ein Notariatsakt errichtet<sup>5)</sup>, und in diesem die Annahme der

<sup>1)</sup> Vgl. Gll. 10345.

<sup>2)</sup> Vgl. aber hiezu Geller, a. a. O. 523 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 10858. N. M. Ehrenzweig, a. a. O. 671 ff., der behauptet, daß jede Übergabe von Todeswegen ein Vermächtnis ist, daß sie aber der Vermächtnisform trotz § 950 nicht bedarf, wenn der Bedachte noch zur Zeit des Erbfalls im Besitze der übergebenen Sache ist.

<sup>4)</sup> So auch Gll. 8229, 10345; Gll. 1898; G. OGH. v. 18. I. 1911, Rv. I, 1096/10, in OstZBl. 29, Nr. 180. Anders Gll. 1208 (siehe Note 6 auf S. 119 f. dieses Bandes) und G. OGH. v. 24. V. 1907, Z. 5994, in OstZBl. 29, Nr. 179, nach der in einem Realauftrage zur Zuwendung von Vermögensstücken an einen Dritten nach dem Tode des Auftraggebers ein bloßes Schenkungsversprechen, keine vollzogene Schenkung zu erblicken ist. Anders auch Geller, a. a. O. 526 (Note 5), nach welchem in Fällen der erwähnten Art bloß ein Mandat zu einer Schenkung auf den Todesfall und mithin nichts als der freie und flüchtige Wille zu schenken vorliegt. „Kann aber der Mandant diesen Willen bis zu seinem Tode beliebig widerrufen, und bleibt er bis dahin Besitzer der Sache, so kann das Mandat für den Bedachten einen Anspruch auf das ihm Zugedachte nur begründen, wenn es letzter Wille geblieben ist und den Formerfordernissen eines solchen entspricht.“ — Anders ferner auch Ehrenzweig, a. a. O. 678 ff., der sagt: „In allen diesen Fällen handelt es sich um widerrufliche Schenkungen auf den Todesfall, also (§ 956, Satz 1) um Vermächtnisse. Wenn nun der Formmangel durch Vollzug geheilt wird (§ 1432), so wird die Verfügung jedenfalls dann der Anfechtung entrichtet sein, wenn der Gegenstand der Zuwendung vom Erblasser dem Vertrauensmanne und sodann — nach dem Tode des Erblassers — vom Vertrauensmanne auftragsgemäß dem Bedachten übergeben worden ist.“ — Vgl. hier auch Gll. 4805 (Das mandatum post mortem erlischt durch die Konkursöffnung über den Nachlaß des Auftraggebers nicht, wenn die im § 1019 geforderte Bestätigung der dritten Person zur Zeit der Konkursöffnung bereits erfolgt war).

<sup>5)</sup> Vgl. hiezu Robitzschek, Gehört zur Gültigkeit einer Schenkung auf den Todesfall als Vertrag die schriftliche Annahme derselben?, in Prager JurWitt. 1872, Nr. 1; Treffenstedt, Ist zur Gültigkeit eines Schenkungsvertrages auf den Todesfall über Rechte, respektive Schuldforderungen die notarielle Form erforderlich?, in Gerh. 1881, Nr. 53; und dazu Ofner, in Gerh. 1881, Nr. 55; Lewinski, in Gerh. 1881, Nr. 60; L. R., Über Schenkungen auf den Todesfall, in NotZ. 1881, Nr. 32; ferner Frankl, a. a. O. 153 ff.; Schiffner, Der Vermächtnisvertrag 77 und Note 2; Stubenrauch 2, 151 f.; Krainz 2, 721; Anders 123.

Schenkung durch den Beschenkten<sup>1)</sup>, sowie der Verzicht auf das Recht, die Schenkung zu widerrufen<sup>2)</sup>, ausdrücklich erklärt werden<sup>3)</sup> 4).

Gegenstand des Schenkungsvertrages auf den Todesfall kann alles sein, was Gegenstand der Schenkung inter vivos sein kann. Die unwiderrufliche Schenkung des Nachlasses oder eines aliquoten Teiles des Nachlasses ist aber Erbvertrag und daher nur zwischen Ehegatten zulässig<sup>5)</sup>.

Sind die angeführten Förmlichkeiten beobachtet worden, so liegt eine wahre Schenkung, d. h. eine nur aus denselben Gründen wie andere Schenkungen, widerrufliche, und nur, wie diese, von Gläubigern und Not-erben anfechtbare Schenkung vor.

Nach der herrschenden Meinung<sup>6)</sup> geht die unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall auch auf die Erben des Beschenkten über, wenn dieser vor dem Schenker verstirbt. Allein diese Ansicht entspricht nicht der Entstehungsgeschichte des § 956. Ausdrücklich ist noch bei der letzten Beratung des ABGB<sup>7)</sup>, in welcher die Bestimmungen über die Schenkung auf den Todesfall ihre jetzige Fassung erhielten, ausgesprochen worden: „das Überleben liege überall zugrunde“; d. h.: auch wenn die Schenkung auf den Todesfall Vertrag sei, müsse der Beschenkte den Geschenkgeber überleben<sup>8)</sup>. Allerdings kann vereinbart werden, daß die Wirksamkeit der Schenkung vom Überleben des Beschenkten unabhängig sein soll<sup>9)</sup>. Allein um diese Wirkung zu erzielen, bedarf es eben einer ausdrücklichen Vereinbarung dieses Inhalts, beziehungsweise muß ein darauf gerichteter Wille

<sup>1)</sup> So auch Frankl, a. a. D. 50; Schiffner, a. a. D. 78 und Note 2; Krausz 2, 721; Anders 123. Anders Stubenrauch 2, 152 und Note 2. — Über die für das frühere Recht — vor dem Inkrafttreten des Notariatszwangsgesetzes — bestehende Kontroverse, ob die Annahme in der von § 956 geforderten schriftlichen Schenkungsurkunde enthalten sein muß, vgl. u. a. Unger 6, Anm. 20 auf S. 331; Robitschek, a. a. D.; Trejenschedl, a. a. D.; Frankl, a. a. D. 49 f.; Schiffner, a. a. D. 74 und Note 2; GlM. 3062, 8887; E. OGH. v. 22. XI. 1904, 3. 16978, in OStRichter 3. 2, Nr. 173.

<sup>2)</sup> So auch u. a. Stubenrauch 2, 152; Krausz 2, 721; Anders 123; GlM. 12858. Der Widerrufsverzicht kann auch in einem selbständigen Notariatsakte enthalten sein. Vgl. hierzu auch Schiffner, a. a. D. 74 (Note 2); GlM. 8887.

<sup>3)</sup> Vgl. GlM. 12828 (Die Klage auf Ausfertigung einer dem § 956 entsprechenden schriftlichen Urkunde [beziehungsweise eines Notariatsaktes] auf Grund eines mündlichen Vorvertrages ist unzulässig).

<sup>4)</sup> Die Übergabe einer Ausfertigung des Notariatsaktes an den Beschenkten ist nicht Gültigkeitsvoraussetzung. Vgl. hierüber Ehrenzweig, a. a. D. 633 und Note 13. U. M. Anders 123.

<sup>5)</sup> So auch Krausz 2, 721; Anders 123. Vgl. aber Unger 6, Anm. 21 auf S. 331 (auch Anm. 8 auf S. 326); Stubenrauch 2, 152 und Noten 3 und 6; Ehrenzweig, a. a. D. 664. Vgl. hier ferner auch GlM. 10556, 10670.

<sup>6)</sup> Vgl. u. a. Gapp, a. a. D. 48; Unger 6, Anm. 22 auf S. 332; Frankl, a. a. D. 154; Krausz 2, 720; Anders 123. Als eine bloße Auslegungsfrage stellt diese Frage hin Stubenrauch 1, 152 und Note 4; Ehrenzweig, a. a. D. 663.

<sup>7)</sup> Vgl. Prot. II, 561.

<sup>8)</sup> Insofern richtig auch Schiffner, Der Vermächtnisvertrag 52 ff. Vgl. auch Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 155 f.

<sup>9)</sup> Vgl. Schiffner, Der Vermächtnisvertrag 58.

des Geschenkgebers ersichtlich sein, nicht aber muß umgekehrt vereinbart werden, daß der Beschenkte den Geschenkgeber überleben müsse.

Nach dem Tode des Schenkers wird die Forderung aus einer wirksamen unwiderruflichen Schenkung auf den Todesfall wie eine andere Erbschaftsschuld<sup>1)</sup>, nicht wie ein Vermächtnis<sup>2)</sup>, behandelt. Sie bildet also eine Passivpost des Nachlasses<sup>3)</sup> und geht den Forderungen der Legatäre vor<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. aber hiezu Geller, a. a. D. 527 ff.

<sup>2)</sup> Dafür Ehrenzweig, a. a. D. 665 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. GlM. 11952.

<sup>4)</sup> Auch den Pflichtteilsansprüchen? Hierüber vgl. weiter unten Note 6 auf S. 217 dieses Bandes.

### Drittes Kapitel. Die gesetzliche Erbfolge<sup>1)</sup>.

§ 38.

#### Allgemeines.

I. Die Voraussetzungen für den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge<sup>2)</sup> oder, wie die Marginalrubrik zu den §§ 727 und 728 sagt, „Fälle der gesetzlichen Erbfolge“ enthalten die §§ 727 und 728. Zu beachten ist, daß im § 727 der Ausdruck „gesetzliche Erbfolge“, wie § 729 zeigt, nicht lediglich Intestaterbfolge, also jene Erbfolge, welche stattfindet, wenn und soweit der Erblasser über den Nachlaß nicht oder nicht gültig oder nicht wirksam durch Erbeinsetzung verfügt hat, oder wenn die vorgenommene Erbeinsetzung später ungültig wurde (§ 778), sondern Nachfolge von Todeswegen auf Grund gesetzlicher Bestimmung, kraft Gesetzes bedeutet, also sowohl die Erbfolge in den Fällen, wo sie nach der Auffassung der Verfasser des ABGB. dem vermuteten Willen des Erblassers gemäß stattfindet, als auch die gegen den erklärten Willen des Erblassers Platz greifende Erbfolge umfaßt. So erklärt sich die Erwähnung der Verletzung des Pflichtteils im § 727 als Fall der gesetzlichen Erbfolge und die Anordnung des § 729 im Zusammenhang mit § 727. Dieser Sprachgebrauch des Gesetzes ist nun aber nicht der gewöhnliche, und die Erwähnung der Verletzung des Pflichtteilsrechtes als Fall der gesetzlichen Erbfolge ist somit irreführend und, wie Zeiller bei der Beratung des ABGB.<sup>3)</sup> ausführte,

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 126 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 674 ff.; Stubenrauch 1, 908 ff.; Krainz 2, 595 ff.; Anders 43 ff.; ferner auch Zöll, Römisches und heutiges Erbrecht. Ein Beitrag zur Reform des letzteren, in GrünhutsZ. 17, 497 ff.; Ehrenzweig, Die österreichische Erbfolgeordnung, in NotZ. 1903, Nr. 2—5; Gortanz, Der begriffliche Umfang des gesetzlichen Erbrechtes, in NotZ. 1903, S. 42 ff.; schließlich auch Zillich, Die Entstehung und Entwicklung des österreichischen Zivilrechts (S. aus OstZBl. 31) 11: „Das System der gesetzlichen Erbfolge ist eine künstliche, nicht auf geschichtlicher Bildung basierende Bildung; es ist von mathematischer Präzision und Symmetrie.“ — Vgl. hier auch §§ 1924 ff. d. BGB. und dazu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 40 ff.

<sup>2)</sup> Über diesen Sprachgebrauch vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 677.

<sup>3)</sup> Vgl. Prot. I, 446 aus der Äußerung Zeillers: „Wenn aber dem Übergangenen bloß der Pflichtteil hinausbezahlt werden muß, so würde Referent nicht

ungehörig<sup>1)</sup>. Die Geltendmachung des Pflichtteilsrechtes findet ja gerade bei der testamentarischen Erbfolge statt; der Noterbe macht seinen Pflichtteilsanspruch gegen den testamentarischen Erben geltend und hat übrigens gar keinen Anspruch auf successio in universum jus defuncti, auf einen Erbteil, sondern nur eine Forderung auf einen den Wert eines reinen Erbteils repräsentierenden Geldbetrag gegen den Testamentserben. Unter gesetzlicher Erbfolge im eigentlichen Sinne verstehen wir also zunächst nur diejenige Erbfolge, welche eintritt, wenn der Erblasser entweder ohne Testament oder Erbvertrag verstorben ist, oder wenn das Testament oder der Erbvertrag entweder überhaupt oder wenigstens betreffs der Erbeinsetzungen ungültig war oder wurde (§ 778) oder ganz unwirksam wurde (§ 726). Nun schließen aber nach unferem Rechte die verschiedenen Delationsgründe einander nicht aus, und es tritt daher die gesetzliche Erbfolge in Konkurrenz mit der gewillkürten Erbfolge ein, wenn der Erblasser überhaupt oder gültig oder wirksam nur über einen aliquoten Teil des Nachlasses durch Erbeinsetzung verfügt hat, wenn von den eingesetzten Erben und Nacherben nur einzelne nicht erben können oder wollen und auch das Zuwachtrecht nicht Platz greift, oder wenn endlich aus mehreren pflichtteilsberechtigten Deszendenten einer übergegangen wurde und erwiesen wird, daß die Übergehung lediglich aus Irrtum über die Existenz oder Noterbenqualität des Übergangenen erfolgte (§ 777<sup>2)</sup>).

Die so abgegrenzte gesetzliche Erbfolge stellt sich nach der dem ABGB. zugrunde liegenden Auffassung der Verfasser des ABGB. als Ausfluß des vermuteten Willens des Erblassers dar<sup>3)</sup>. Nach dieser, in solcher All-

sagen, daß zum Teil die gesetzliche Erbfolge statfinde, sondern die Erbfolge sei bloß testamentarisch und der Erbe müsse das Pflichtteil gleich einer Schuld entrichten“; dagegen aus der Äußerung von Sonnenfels: „Mit dem Grundsatz des Referenten, daß, wenn dem Übergangenen bloß der Pflichtteil hinausbezahlt werden muß, hier nicht zum Teil eine gesetzliche Erbfolge statfinde, sondern die Erbfolge bloß testamentarisch sei und der Erbe den Pflichtteil gleich einer Schuld entrichten müsse, würde er sich nicht vereinigen, indem es von zu wichtigen Folgen sei, ob man dem Noterben sein Erbrecht, die Eigenschaft eines Erben entziehen und ihn nur als Schuldner betrachten wolle; diese Folgen würden am meisten im Falle des Anfallsrechtes, in Rücksicht der Abhandlungsgebühren u. dgl. sichtbar.“ Mit Sonnenfels vereinigte sich die Mehrheit der Kommission.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 686, 687 ff.; Krainz 2, 595 (Note 2); Anders 43; Mayr, Das bürgerliche Gesetzbuch als Rechtsquelle. Ginst und jetzt (S. aus der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB.) 408 (Note 229).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 685 f.; Stubenrauch 1, 909 (Note 2).

<sup>3)</sup> So auch Gspan, in WagnersZ. 1835, I, 365 („Der gesetzliche Erbteil ist derjenige, welchen der Erblasser dem Erben durch Unterlassung einer gültigen letzten Anordnung freiwillig hinterläßt“); Unger 6, Anm. 1 auf S. 18, S. 126; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 94 ff.; Louaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftsrechte, in OstZBl. 28, 372 ff. Vgl. aber auch Schloßmann, Über den Begriff des Eigentums, in JheringsZ. 45, 360 (Note); Leonhard, Der Einfluß des





gemeinheit zweifellos unrichtigen und zu unrichtigen Konsequenzen führenden<sup>1)</sup> Auffassung suppliert, beziehungsweise ergänzt das Gesetz den erblasserischen Willen, spricht das Gesetz nur das aus, was der Erblasser vermutlich wollte. Als Konsequenz dieser Auffassung erscheint die Zulassung der sogenannten negativen Testamente; d. h. der Erblasser kann auch einzelne Intestaterben von der Erbfolge ausschließen, in welchem Falle zwar die gewöhnliche Intestaterbfolge, aber mit Ausschluß der Ausgeschlossenen, stattfindet, oder er kann auch alle zur Intestaterbfolge an sich Berufenen ausschließen, ohne andere Personen zu Erben einzusetzen, in welchem Falle der Nachlaß an den Fiskus fällt<sup>2)</sup>.

II. Das Gesetz erkennt als gesetzliche Erben an:

1. die Verwandten aus einer ehelichen Abstammung (§§ 730—751);
2. die legitimierten Kinder (§§ 752, 753);
3. die unehelichen Kinder (§ 754);
4. die Wahlkinder (§ 755);
5. die Eltern der legitimierten und unehelichen Kinder (§ 756);
6. den überlebenden Ehegatten (757—759).

Damit sind die Personklassen, denen ein gesetzliches Erbrecht zusteht, erschöpft.

Diese verschiedenen, zur Erbfolge an sich berufenen Kategorien von Personen schließen einander nicht aus, können auch miteinander konkurrieren. So erben nach dem Vater eheliche, legitimierte und adoptierte Kinder nebeneinander; in den Nachlaß der Mutter können eheliche, legitimierte, adoptierte und uneheliche Kinder nebeneinander sukzedieren. So sukzediert auch der überlebende Ehegatte neben den ehelichen, legitimierten, adoptierten und unehelichen Kindern und sonstigen Verwandten des Erblassers und beschränkt die Erbportion aller sub 1—5 angeführten, ab intestato sukzedierenden Erben.

Man teilt die gesetzliche Erbfolge in die ordentliche und die außerordentliche ein und versteht unter der letzteren die Erbfolge der sub 2—5 angeführten Personen. Diese Einteilung ist aber ganz unberechtigt. Hingegen kann eine allgemeine und eine besondere Intestaterbfolge unterschieden werden. Von der letzteren spricht man dort, wo Abweichungen von der gesetzlichen Erbfolge eintreten (vgl. § 761). Ferner hat man von der Erbfolge in das freivererbliche Vermögen die Nachfolge in Fideikommissen zu unterscheiden.

österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches auf die neue deutsche Erbfolgeordnung, in Grünhutsz. 29, 245 ff.

<sup>1)</sup> Über eine merkwürdige Anwendung dieser Auffassung vgl. Prot. I, 123.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 47 dieses Bandes.

## § 39.

## I. Das gesetzliche Erbrecht der Verwandten aus ehelicher Abstammung.

Die Grundlage der bezüglichlichen gesetzlichen Bestimmungen bildet das Erbfolgepatent v. 11. V. 1786 (JGZ. 548), durch welches mit dem römischen Rechte gebrochen wurde.

Die gesetzliche Verwandtenerbfolge des österreichischen Rechts beruht auf der Linear- oder Parentelenordnung<sup>1)</sup> (§ 730). Unter der Linie oder Parentel einer Person versteht man nämlich jene Personen, welche diese Person als ihr nächstes Stammhaupt gemeinschaftlich haben, welche unter dieser Person als ihrem nächsten gemeinschaftlichen Stammhaupte sich vereinigen. So bilden die Parentel oder Linie des Erblassers der Erblasser und jene Personen, deren nächstes gemeinschaftliches Stammhaupt der Erblasser ist, also dessen Deszendenten. Die Parentel oder Linie des Vaters, beziehungsweise der Mutter des Erblassers bilden der Vater, beziehungsweise die Mutter des Erblassers und jene Personen, deren nächstes gemeinschaftliches Stammhaupt der Vater, beziehungsweise die Mutter des Erblassers ist, also der Erblasser und die Geschwister des Erblassers samt deren Deszendenten. Die Parentelen der Großeltern des Erblassers sind die Großeltern und jene Personen, die unter diesen als ihren nächsten gemeinschaftlichen Stammhäuptern sich vereinigen, also die Eltern des Erblassers und deren Geschwister, sowie die Deszendenten der Eltern des Erblassers und der Geschwister der Eltern des Erblassers.

Über das Erbfolgerecht der Verwandten entscheidet nun die Nähe der Linie (oder Parentel); d. h. zur Erbfolge erscheinen zunächst jene berufen, deren nächstes gemeinschaftliches Stammhaupt der Erblasser ist, somit diejenigen, die vom Erblasser abstammen, in deren Ermangelung jeweils die nächste Parentel, somit diejenigen, die mit dem Erblasser das nächste gemeinschaftliche Stammhaupt haben, also mit dem Erblasser „durch die nächste Linie verwandt sind“ (§ 730), innerhalb der in den §§ 731—751 gezogenen Grenzen.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 690 ff.; Seymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts (1896); Rosin, Beiträge zur Lehre von der Parentelenordnung und Verwandtschaftsberechnung nach deutschem und österreichischem, jüdischem und kanonischem Rechte, in Grünhutsz. 28, 341 ff.; Leonhard, Der Einfluß des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs auf die neue deutsche Erbfolgeordnung, in Grünhutsz. 29, 229 ff. (über die Entstehungsgeschichte insbesondere S. 242 ff.); Ehrenzweig, Die österreichische Erbfolgeordnung (S. M. aus der Notz. 1903); Stubenrauch 1, 910; Krainz 2, 596 f.; Anders 45. — Vgl. auch Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 45 f.: „Das BGB. schließt sich in seinen Bestimmungen über die Verwandtenerbfolge grundsätzlich, aber mit einigen nicht unerheblichen Abweichungen, dem geltenden österreichischen Rechte an, das die von ihm angenommene Gestaltung wiederum aus älterem deutschen Rechte geschöpft hatte. Das angenommene System ist die Erbfolge nach Parentelen.“

Das Gesetz kennt nämlich nur sechs Linien der ehelichen Verwandtschaft, auf welche die gesetzliche Erbfolge in Ansehung eines freivererblichen Vermögens eingeschränkt ist<sup>1)</sup> (§§ 731—751). Die erste Linie bilden jene, welche den Erblasser selbst zu ihrem Stammhaupt haben, somit seine Kinder und Kindeskinde. In die zweite Linie gehören die Eltern des Erblassers samt ihren Nachkommen, nämlich den Geschwistern des Erblassers und den Deszendenten vorverstorbenen Geschwister. Die dritte Linie bilden die Großeltern des Erblassers samt den Geschwistern der Eltern des Erblassers und deren Nachkommen. Die vierte, fünfte und sechste Linie bilden die ersten, zweiten und dritten Urgroßeltern des Erblassers und deren Nachkommen.

Die entferntere Linie wird durch die nähere unbedingt ausgeschlossen (§ 730)<sup>2)</sup>. Sonach gelangt die entferntere Linie erst dann zur gesetzlichen Erbfolge, wenn in der näheren Linie überhaupt keine oder keine erbfähigen Verwandten des Erblassers vorhanden sind oder die vorhandenen sämtlich von ihrem Erbrecht keinen Gebrauch machen oder sämtlich vom Erbrechte ausgeschlossen sind<sup>3)</sup>.

Die Nähe des Grades ist ohne Bedeutung. Ein entfernterer Verwandter kann einen näheren ausschließen. Auch innerhalb der einzelnen Linie gibt die Nähe des Grades zum Erblasser keinen Vorzug<sup>4)</sup>. Dem Grade nach entferntere Verwandte werden allerdings durch ihre eigenen, noch lebenden Ascendenten, die ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermitteln, ausgeschlossen (den singulären Fall der Desertion<sup>5)</sup> und den Fall, daß lediglich die Ascendenten entfernterer Verwandten vom Erblasser ausgeschlossen wurden<sup>6)</sup>, ausgenommen); doch treten in allen Linien die ent-

<sup>1)</sup> Vgl. zu dieser Einschränkung des österreichischen Rechts und über Erbrechts-  
grenzen überhaupt Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 720 ff.; Ehrenzweig,  
a. a. O. 23 ff.; ders., Gutachten über den Entwurf eines Nachtragsgesetzes zum  
ABGB. 75 ff.; Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen  
ABGB. 20 und die dort in Note 3 angeführten Autoren; ferner auch Stobbe,  
Handbuch des deutschen Privatrechts 5, § 287; Heymann, a. a. O. 25 ff.; Hübner,  
Die Grenzen des Erbrechts (1908). — Das d. BGB. kennt keine Erbrechts-  
grenze (§ 1929). — Durch den RevEntw. (§§ 118 ff.) wird das gesetzliche Erbrecht auf vier  
Linien der ehelichen Verwandtschaft eingeschränkt, und von der vierten Linie sind nur  
des Erblassers erste Urgroßeltern zur Erbfolge berufen.

<sup>2)</sup> So auch § 1930 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. Glm. 160.

<sup>4)</sup> Anders von der vierten Ordnung angefangen im Rechte des d. BGB.  
(§§ 1928, 1929). Vgl. auch §§ 118 ff. RevEntw.

<sup>5)</sup> Vgl. § 208, lit. c MilStG.: „... dasjenige Vermögen, welches einem Deserteur  
bis zu seiner Verhaftung oder Rückkehr unter dem Titel einer Erbschaft, eines Ver-  
mächtnisses oder einer Schenkung auf den Todesfall innerhalb des Staatsgebietes  
zufällt, ist an seiner Statt jenen gesetzlichen Erben zuzuwenden, denen es zugefallen  
sein würde, wenn der Deserteur den Unfalltag nicht erlebt hätte“; und hiezu  
Unger 6, Anm. 1 auf S. 138; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 696;  
Stubenrauch 1, 911; Krainz 2, 599 und Note 4; Anders 46. — Die der  
Vorchrift des § 208, lit. c MilStG. analoge Bestimmung des § 10, lit. c Aus-  
wanderungspatent v. 24. III. 1832 gilt wohl gegenwärtig nicht mehr.

<sup>6)</sup> Vgl. Glm. 160.

fernteren (ehelichen) Verwandten des Erblassers als Deszendenten ihres vorverstorbenen nächstberechtigten Parens, welcher ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt, an dessen Stelle, sukzedieren also als Deszendenten ihres vorverstorbenen Ascendenten in den Erbteil, welcher dem letzteren ge-  
hört hätte, wenn er den Erbanfall erlebt hätte. Somit ist die Erbfolge der Seitenverwandten des Erblassers die der Deszendenten von vorver-  
storbenen Ascendenten als Repräsentanten der letzteren und findet nach den-  
selben Grundsätzen, wie die Erbfolge der Deszendenten des Erblassers selbst,  
statt. Ein Repräsentationsrecht<sup>1)</sup> haben nur (eheliche) Deszendenten  
ihrem vorverstorbenen Parens gegenüber. Die Auffassung des Repräsen-  
tations- oder Eintrittsrechtes ist nun im österreichischen Rechte freilich  
streitig. Zeiller<sup>2)</sup> und viele ältere Juristen<sup>3)</sup> erblicken darin nicht nur  
den Eintritt in die Erbportion, sondern auch in das Erbrecht des vor-  
verstorbenen Ascendenten durch dessen Deszendenten. Ein lebender An-  
wärter schließt daher seine Deszendenten auch dann aus, wenn er durch  
Erbunfähigkeit, Ausschließung von der Erbfolge durch den Erblasser<sup>4)</sup>,  
Ausschlagung der Erbschaft (§ 805) oder Erbverzicht (§ 551) nicht zur  
Erbfolge gelangt (vivente nulla repraesentatio), ein vorverstorbenen dann,  
wenn er durch absolute Erbunfähigkeit oder Erbverzicht oder Aus-  
schließung durch den Erblasser von der Erbfolge ausgeschlossen war, es sei  
denn, daß der Erbverzicht zugunsten der eigenen Deszendenten erfolgt war  
oder die Ausschließung durch den Erblasser nur den Ascendenten betraf.  
Als Ausnahmen von dem Repräsentationsprinzipie erscheinen nach dieser  
Auffassung die §§ 541 und 780 (sowie die singuläre Bestimmung betreffs  
der Deserteur), während in den §§ 551, 734 und 779 ausdrückliche An-  
erkenntnisse des Prinzipes zu erblicken sind. Nach dieser Auffassung suk-  
zedieren nur die Kinder des Erblassers ersten Grades und die Ascendenten  
jure proprio, alle übrigen Verwandten des Erblassers jure repraesentationis.  
Gegen diese Auffassung wendet sich nach dem Vorgange mancher  
älterer Juristen<sup>5)</sup> insbesondere Unger<sup>6)</sup>. Nach seiner Ansicht bedeutet  
das Repräsentationsrecht zwar den Eintritt in die Erbportion, nicht

<sup>1)</sup> Über dessen Entwicklung nach der Rezeption des römischen Rechts vgl. Hey-  
mann, a. a. O. 294.

<sup>2)</sup> Kommentar 2, S. 397 ff., 720.

<sup>3)</sup> So Hüttner, Rippel, Fügler. Gegen Zeiller und diese insbesondere  
Schuster, in Wagnerz. 1831, II, 144; Fuchs, im Jurist 6, 236; Szadbej, in  
Wagnerz. 1834, I, Nr. 4; Gspan, in Wagnerz. 1850, I, 350 ff.; Winitwarter,  
Das österreichische bürgerliche Recht 3, S. 22, 25 ff., 284 f.

<sup>4)</sup> Nach dem RevEntw. (§§ 132, 133) sollen in weiterer Durchbrechung des  
Repräsentationsprinzipes die schuldlosen Nachkommen eines Erbunwürdigen oder gültig  
Enterbten, der den Erblasser überlebt, nicht mehr vom Erbrechte ausgeschlossen sein.

<sup>5)</sup> Vgl. die weiter oben in Note 3 als Gegner der Ansicht Zeillers angeführten  
Autoren; ferner Dworzak, in Haimersl. VJchr. 16, 116 ff.

<sup>6)</sup> 6, S. 135 und Anm. 3 und 4 auf S. 139 ff.

aber in das Erbrecht des vorverstorbenen Erben durch dessen Deszendenten, sukzedieren auch entferntere Deszendenten des Erblassers *jure proprio*, nicht *jure repraesentationis*, werden also zwar durch ihre noch lebenden Ascendenten (§ 734), nicht aber auch durch absolute Erbunfähigkeit ihres vorverstorbenen Parens ausgeschlossen. Das allein bedeute § 734; anerkannt sei diese Auffassung in den §§ 541 und 780, und nur eine Ausnahme enthalte § 551. In neuerer Zeit sind Pfaff und Hofmann<sup>1)</sup> zur älteren Lehre zurückgekehrt<sup>2)</sup>. Auch sie erblicken im Repräsentationsrechte eine Grundlehre des österreichischen Erbrechts, finden in den §§ 541 und 780 Ausnahmen von einem Prinzipie, das in den §§ 551 und 734 anerkannt sei, und folgern, daß die Nachkommen eines absolut erbunfähigen, auch vor dem Erblasser verstorbenen Intestaterben ganz so, wie die eines auf die Erbfolge verzichtenden oder die Erbschaft ausschlagenden Anwärters, von der Erbfolge ausgeschlossen sind. In neuester Zeit ist endlich von Ehrenzweig<sup>3)</sup> behauptet worden, daß in allen Linien die Deszendenten ersten Grades *jure proprio* sukzedieren, die entfernteren *jure repraesentationis*. Der Nachlaß sei in allen Linien als Nachlaß des Hauptes oder der Häupter dieser Linie (d. h. also des Erblassers, beziehungsweise seiner Vorfahren) zu behandeln; er gehe daher auf die Kinder jener Häupter *jure proprio*, auf die entfernteren Nachkommen *jure repraesentationis* über. Daher schade Verzicht, Erbunfähigkeit, Erbunwürdigkeit, Enterbung oder Ausschlagung der Eltern nicht ihren Kindern, mögen die erbunfähigen, erbunwürdigen, enterbten oder verzichtenden Eltern vor oder nach dem Erblasser verstorben sein, wohl aber schade die Erbunfähigkeit, Erbunwürdigkeit usw. eines Seitenverwandten des Erblassers dessen Nachkommen, auch wenn der Seitenverwandte vor dem Erblasser verstorben ist. Diese Ansicht ist zweifellos unrichtig. Sie übersieht, daß, damit die Deszendenten der Ascendenten des Erblassers diesen überhaupt beerben können, der Nachlaß an die Ascendenten hätte gelangen müssen. Meines Erachtens ist die ältere und von Pfaff und Hofmann neuerdings vertretene Ansicht diejenige, von welcher die Verfasser des ABGB. ausgegangen sind, und die dem ABGB. zugrunde liegt<sup>4)</sup> 5).

<sup>1)</sup> Kommentar 2, S. 26, 691 f., 695 ff.; Exkurs 2, 26 ff.

<sup>2)</sup> Für diese auch Stubenrauch 1, 911 und Note 2; Krainz 2, 597; Anders 45 f.

<sup>3)</sup> Die österreichische Erbfolgeordnung, in Notz. 1903, S. 19.

<sup>4)</sup> Einen besonderen Standpunkt nimmt Steinlechner, Zur Lehre vom erbrechtlichen Repräsentationsrecht nach den Entwürfen einer Zivilrechtsnovelle, in OffZBl. 29, 376 f. ein. Er sagt: „Das Gesetz unterscheidet genau zwischen dem Fall, daß der in der Mitte stehende Parens vor dem Erblasser gestorben ist, und dem Fall, daß er den Erblasser überlebte. Für ersteren Fall kennt das Gesetz offenbar keine Repräsentation des praedefunctus durch seine Abkömmlinge im Rechte desselben, sondern nur in der Größe seiner Portion, wie § 541 und § 780 ABGB. beweisen. Für den letzteren Fall kennt das Gesetz überhaupt keine Repräsentation durch

Weder der Unterschied des Geschlechtes, noch der des Ursprunges des Erbvermögens hat auf das gesetzliche Erbfolgerecht Einfluß, was insbesondere im Gegensatz zum älteren Rechte in Österreich hervorgehoben werden muß, in dem der Satz galt: *paterna paternis, materna maternis*.

Mehrfache Verwandtschaft mit dem Erblasser gibt mehrfaches Erbrecht (§ 750)<sup>1)</sup>.

Zu bemerken ist endlich, daß auch nach dem Tode des Erblassers erzeugte Verwandte desselben zur Erbfolge berufen sind, wenn sie nur im Zeitpunkte der Delation der Erbschaft an die Linie, in welche sie gehören, geboren oder gesetzlich als geboren anzusehen sind, sowie daß innerhalb der einzelnen Linien, beziehungsweise innerhalb der einzelnen Stämme oder Stammgruppen Akkreszenz stattfindet, die aber durch Transmission ausgeschlossen wird.

1. Die Erbfolge der Deszendenten des Erblassers (§§ 732—734)<sup>2)</sup>. Zur gesetzlichen Erbfolge berufen sind zunächst die im Zeitpunkte der Eröffnung der gesetzlichen Erbfolge vorhandenen erbfähigen Kinder des ersten Grades, Söhne und Töchter des Erblassers, mögen sie bei Lebzeiten des Erblassers oder nach seinem Tode geboren sein. Diese teilen die Erbschaft nach Köpfen (§ 732)<sup>3)</sup> und schließen, wenn sie am Leben sind, ihre eigenen Deszendenten von der gesetzlichen Erbfolge in das Vermögen ihrer Ascendenten aus, und zwar selbst dann, wenn sie selbst erbunfähig oder durch den Erblasser von der Erbfolge ausgeschlossen sind, auf die Erbschaft verzichtet oder sie ausgeschlagen haben. Das ist der Sinn des Satzes des § 732: „Enkel von noch lebenden Kindern, und Urenkel von noch lebenden Enkeln haben kein Recht zur Erbfolge<sup>4)</sup>.“ Über die Ausnahme rücksichtlich der Defekteure vgl. weiter oben S. 178 dieses Bandes.

die Nachkommen, mag der Parens selbst erben oder vom Erbrechte, resp. Pflichtteilsrechte ausgeschlossen sein (§§ 732 i. f., arg. a contr. aus §§ 541, 780, § 551, der aber nach allgemeiner Auslegung auch für den ersteren Fall das gleiche verfügt). Und dieser Gedanke ist am klarsten zum Ausdruck gekommen im französischen Rechte: „On ne représente par les personnes vivantes, mais seulement celles qui sont mortes (naturellement ou civilement)“, art. 744 Cod. civ. (und dazu vergleiche man den Schlußsatz unseres § 732 ABGB.).“

<sup>5)</sup> Anders §§ 1924 ff. d. BGB., nach welchen Bestimmungen im allgemeinen einerseits nur der zur Erbfolge gelangende lebende Ascendent seine Deszendenten ausschließt, andererseits an die Stelle jedes (auch des für erbunwürdig erklärten, ausschlagenden usw.) zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Ascendenten dessen Abkömmlinge treten. Eine Ausnahme ergibt sich nur bezüglich des Verzichtes insofern, als die Wirkung des Erbverzichtes eines Abkömmlings oder Seitenverwandten des Erblassers sich auch auf dessen Abkömmlinge erstreckt, gleichviel ob der Verzichtende zur Zeit des Erbfalls noch oder nicht mehr am Leben ist (§ 2349).

<sup>1)</sup> Vgl. § 1927 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. § 1924 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. § 1924, Abs. 4 d. BGB.

<sup>4)</sup> So auch Unger 6, 137 und Anm. 1 auf S. 137 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 697 f., 702; Stubenrauch 1, 913; Krainz 2, 599. — Zu dem

Sind Kinder ersten Grades vorverstorben, so treten ihre hinterlassenen erbfähigen Nachkommen an ihre Stelle. Dasselbe erfolgt in den folgenden Graden. Enkel nach vorverstorbenen Kindern ersten Grades oder Urenkel nach vorverstorbenen Enkeln, sie mögen mit Deszendenten gleichen oder verschiedenen Grades zusammentreffen, erben also nach Stämmen, d. h. sie erhalten die Erbportion, die ihr vorverstorbenen Parens erhalten hätte (Repräsentationsrecht) (§§ 733, 734). Über das Repräsentationsrecht und über die Erbberechtigung bei mehrfacher Verwandtschaft mit dem Erblasser vgl. weiter oben S. 178 ff. dieses Bandes.

2. Die Erbfolge der Ascendenten und Seitenverwandten des Erblassers<sup>1)</sup> (§§ 735—750). In Ermanglung erbfähiger, beziehungsweise erbberechtigter Deszendenten, oder wenn sämtliche Deszendenten, die in concreto zur Erbfolge berufen, also erbberechtigt sind, die Erbschaft ausschlagen, gelangen die Eltern des Erblassers zur Erbfolge<sup>2)</sup>. Sind beide Elternteile am Leben, aber ein Elternteil von der Erbschaft ausgeschlossen (z. B. wegen Erbunfähigkeit oder infolge von Verzicht), so fällt das ganze der Intestaterbfolge unterliegende Vermögen dem anderen noch lebenden Elternteile zu. Ist ein Elternteil vorverstorben, so sukzedieren dessen erbfähige Kinder, also die Geschwister des Erblassers, und die Deszendenten vorverstorbenen Kinder dieses Elternteils in dessen Erbportion; diese erben also neben dem überlebenden anderen Elternteile, und zwar so, daß dem letzteren die eine Hälfte des Nachlasses und den Deszendenten des vorverstorbenen Elternteils die andere Hälfte, welche unter ihnen, wie in der ersten Linie, geteilt wird, gebührt. Sind die sämtlichen vorhandenen nächsten Deszendenten des vorverstorbenen Elternteils erbunfähig, oder machen sie sämtlich von ihrem Erbrechte keinen Gebrauch, oder sind gar keine Deszendenten des vorverstorbenen Elternteils vorhanden oder erbberechtigt, so fällt die ganze Erbschaft dem anderen noch lebenden Elternteile zu. Sind beide Elternteile mit Hinterlassung erbfähiger Deszendenten vorverstorben, so fällt der ganze Nachlaß den Geschwistern, beziehungsweise den Kindern vorverstorbenen Geschwister des Erblassers als Repräsentanten der vorverstorbenen Eltern zu. Geschwister des Erblassers erben nach Köpfen, hingegen die Kinder vorverstorbenen Geschwister nach Stämmen. Sind alle Geschwister vollbürtig, so teilen sie die ganze Erbschaft zu gleichen Teilen. Halbbürtige Geschwister aber partizipieren nur an dem

im Schlusse des § 732 enthaltenen Prinzipie vgl. auch Steinlechner, Über die Regierungsvorlage einer Novelle zum ABGB. 41; ders., Zur Lehre vom erbrechtlichen Repräsentationsrecht nach dem Entwurfe einer Zivilrechtsnovelle, im StZBl. 29, 369 f.

<sup>1)</sup> Bei dieser Darstellung wird von der Konkurrenz eines überlebenden Ehegatten abgesehen.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu § 1925 d. BGB.

Erbeile desjenigen Elternteils, von dem sie abstammen. Die Halbbürtigkeit begründet also keinen Unterschied in der Ordnung der Erbfolge, wohl aber einen solchen in der Größe der Erbportion<sup>1)</sup>. Sind beide Elternteile vorverstorben, und sind nur erbfähige Nachkommen von einem Elternteile vorhanden, so erhalten diese den ganzen Nachlaß, den sie so, wie die Deszendenten des Erblassers, teilen.

In Ermanglung der zweiten Linie, d. h. wenn entweder beide Elternteile ohne Hinterlassung von erbfähigen Deszendenten vorverstorben sind oder die vorhandenen nächsten Deszendenten der vorverstorbenen Eltern von ihrem Erbrechte keinen Gebrauch machen oder sämtlich vom Erblasser ausgeschlossen sind, oder beide noch lebende Elternteile erbunfähig oder von der Erbschaft ausgeschlossen sind oder von der Erbschaft keinen Gebrauch machen, oder der allein noch lebende Elternteil nicht erben kann oder nicht erben will und die nächsten Deszendenten des vorverstorbenen Elternteils erbunfähig sind oder von ihrem Erbrechte keinen Gebrauch machen oder sämtlich von der Erbfolge ausgeschlossen sind oder von dem vorverstorbenen Elternteil erbberechtigte Deszendenten nicht vorhanden sind, sukzediert nach denselben Grundsätzen die dritte Linie<sup>2)</sup>, d. h. die Großeltern des Erblassers väterlicher und mütterlicherseits, und wenn sie vorverstorben sind, ihre, beziehungsweise des Vorverstorbenen Deszendenten. Die Verlassenschaft wird in zwei Teile geteilt; die eine Hälfte gehört den väterlichen Großeltern, beziehungsweise ihren Nachkommen, die zweite den mütterlichen Großeltern, beziehungsweise ihren Nachkommen. Innerhalb dieser Stämme wird die jedem Stamme gebührende Hälfte der Erbschaft so, wie die ganze Erbschaft in der zweiten Linie, geteilt. Sind beide väterlichen oder mütterlichen Großeltern vorverstorben und weder von dem Großvater noch von der Großmutter dieser Seite Nachkömmlinge vorhanden, so fällt die ganze Verlassenschaft den noch lebenden Großeltern von der anderen Seite oder nach deren Tode ihren hinterlassenen Deszendenten zu.

Über die Teilung in der vierten, fünften und sechsten Linie bestimmen die §§ 741—749<sup>3)</sup>:

<sup>1)</sup> Über den Einfluß der Halbbürtigkeit auf das Erbrecht vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 705 f.; M. L., Über den Umfang des gesetzlichen Erbrechts von Stiefgeschwistern, in NotZ. 1899, Nr. 16 und 29; Krausz 2, 599.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu § 1926 d. BGB.

<sup>3)</sup> Von der vierten Linie angefangen ergeben sich Verschiedenheiten zwischen dem ABGB. und dem d. BGB. Vgl. §§ 1928, 1929 d. BGB. und dazu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 51. — Vgl. hier auch §§ 118 ff. d. BGB.; insbesondere § 119: „§ 741 ABGB. und die dazu gehörige Überschrift haben zu lauten: 4. Linie: Die Urgroßeltern. — § 741. Nach gänzlicher Erlöschung der dritten Linie sind die Urgroßeltern des Erblassers zur gesetzlichen Erbfolge berufen. Auf die Großeltern des Vaters des Erblassers entfällt die eine Hälfte der Erbschaft, auf die Großeltern der Mutter die andere Hälfte. In jede Hälfte der Erbschaft teilen sich die beiden Großelternpaare zu gleichen Teilen. Ist ein Teil eines Großelternpaares nicht vorhanden,



„Nach gänzlicher Erlöschung der dritten Linie kommt die gesetzliche Erbfolge auf die vierte. Zu dieser Linie gehören: die Eltern des väterlichen Großvaters und ihre Nachkömmlinge; die Eltern der väterlichen Großmutter mit ihren Nachkömmlingen; die Eltern des mütterlichen Großvaters mit ihrer Nachkommenschaft; und die Eltern der mütterlichen Großmutter mit der ihrigen“ (§ 741). — „Sind von allen diesen vier Stämmen Verwandte vorhanden; so wird die Erbschaft zwischen denselben in vier gleiche Teile geteilt, und jeder Teil wieder zwischen den zu jedem Stamme gehörigen Personen nach eben den Grundsätzen untergeteilt, nach welchen zwischen den Eltern des Erblassers und zwischen ihren Nachkömmlingen eine ganze Erbschaft gesetzmäßig geteilt wird“ (§ 742). — „Ist einer von den zu dieser Linie gehörigen vier Stämmen bereits erloschen; so fällt dessen Anteil nicht allen übrigen drei Stämmen zu; sondern wenn der erloschene Stamm von der väterlichen Seite ist; so fällt dem anderen Stamme von der väterlichen Seite die Hälfte der Erbschaft zu; und, wenn der erloschene Stamm von der mütterlichen Seite ist, so fällt dem anderen Stamme von der mütterlichen Seite ebenfalls die Hälfte der Erbschaft zu. Sind aber beide Stämme von der väterlichen und (oder) mütterlichen Seite erloschen; so fällt auf die zwei Stämme von der andern Seite, und, wenn auch von diesen schon einer erloschen ist, auf den einzigen von dieser Seite noch übrigen Stamm die ganze Erbschaft“ (§ 743). — „Wenn von der vierten Linie kein Verwandter mehr am Leben ist, so fällt die Erbschaft auf die fünfte, nämlich: auf des Erblassers zweite Urgroßeltern und ihre Nachkömmlinge. Zu dieser Linie gehört der Stamm der väterlichen Großeltern des väterlichen Großvaters; der Stamm der mütterlichen Großeltern des väterlichen Großvaters; der Stamm der väterlichen Großeltern der väterlichen Großmutter; der Stamm der mütterlichen Großeltern der väterlichen Großmutter; der Stamm der väterlichen Großeltern des mütterlichen Großvaters; der Stamm der mütterlichen Großeltern des mütterlichen Großvaters; der Stamm der väterlichen Großeltern der mütterlichen Großmutter; und der Stamm der mütterlichen Großeltern der mütterlichen Großmutter“ (§ 744). — „Jeder von diesen acht Stämmen hat mit den übrigen gleiches Erbrecht, und, wenn von jedem Stamme Verwandte vorhanden sind, so wird die Erbschaft unter ihnen in acht gleiche Teile geteilt, und jeder Teil unter den zu diesem Stamme gehörigen Personen

so fällt das auf diesen Teil entfallende Achtel der Erbschaft an den überlebenden Teil dieses Großelternpaares. Fehlt ein Großelternpaar, so ist zu seinem Viertel das andere Großelternpaar desselben Elternteiles des Erblassers berufen. — Fehlen die Großelternpaare des einen Elternteiles des Erblassers, so sind zu der auf sie entfallenden Nachlasshälfte die Großelternpaare des anderen Elternteiles in demselben Ausmaß wie zu der ihnen unmittelbar zufallenden Nachlasshälfte berufen“; und § 120: „Die §§ 742—749 ABGB. sind aufgehoben.“

nach der bei den vorigen Linien vorgeschriebenen Ordnung wieder untergeteilt“ (§ 745). — „Wenn einer dieser acht Stämme erloschen ist; so fällt dasjenige, was den väterlichen Großeltern eines Großvaters oder einer Großmutter gehört hätte, dem Stamme der mütterlichen Großeltern eben dieses Großvaters oder dieser Großmutter zu; und, was den mütterlichen Großeltern eines Großvaters oder einer Großmutter gebührt hätte, fällt dem Stamme der väterlichen Großeltern eben dieses Großvaters oder eben dieser Großmutter zu“ (§ 746). — „Sind beide Stämme eines Großvaters oder einer Großmutter erloschen; so bleiben die Anteile, die zu der väterlichen Seite des Erblassers gehören, bei den noch übrigen Stämmen der väterlichen Seite; und die Anteile, die zu der mütterlichen Seite des Erblassers gehören, bleiben bei den noch übrigen Stämmen von der mütterlichen Seite. Wenn aber von allen vier Stämmen der väterlichen Seite, oder von allen vier Stämmen der mütterlichen Seite kein Verwandter mehr vorhanden ist; so erhalten die von der anderen Seite vorhandenen Stämme die ganze Erbschaft“ (§ 747). — „Wenn endlich auch die fünfte Linie ganz erloschen ist; so fällt die gesetzliche Erbfolge auf die sechste, nämlich: auf des Erblassers dritte Urgroßeltern und ihre Nachkömmlinge. Zu dieser Linie gehören sechzehn Stämme, nämlich: die Stämme derjenigen Eltern, aus welchen die Stammeltern der fünften Linie entsprossen sind. Wenn von jedem dieser Stämme Verwandte am Leben sind; so wird die Erbschaft in sechzehn gleiche Stammteile geteilt, und jeder Stammteil zwischen den zu diesem Stamme gehörigen Verwandten nach den bereits angegebenen Grundsätzen wieder untergeteilt“ (§ 748). — „Sind von einigen dieser Stämme keine Verwandten mehr am Leben, so fallen ihre Anteile auf diejenigen Stämme, die nach Vorschrift der §§ 743 und 746 mit den erloschenen Stämmen in der nächsten Verbindung stehen. Sind nur von einem einzigen Stamme Verwandte übrig; so gebührt ihnen die ganze Erbschaft“ (§ 749).

## § 40.

## II.—V. Das gesetzliche Erbrecht der legitimierten, adoptierten und unehelichen Kinder, sowie der Eltern der legitimierten und unehelichen Kinder<sup>1)</sup>.

Bezüglich der legitimierten Kinder<sup>2)</sup> ist zu unterscheiden:

1. Durch nachfolgende Ehe oder durch Hebung des Ehehindernisses legitimierte oder in einer Putativehe erzeugte Kinder stehen in Rücksicht der

<sup>1)</sup> Auch bei dieser Darstellung wird von der Konkurrenz des überlebenden Ehegatten abgesehen.

<sup>2)</sup> Vgl. Unger 6, 132 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 721 ff., 730 ff.; Stubenrauch 1, S. 918 f., 921 f.; Krainz 2, 600 f.; Anders 44 f.

gesetzlichen Erbfolge in das freivererbliche Vermögen den ehelichen Kindern gleich<sup>1)</sup> (§ 752); d. h. nicht nur gegen ihre Eltern, sondern auch gegen deren Verwandte haben die durch nachfolgende Ehe oder Hebung des Ehehindernisses legitimierten oder in einer Putativehe erzeugten Kinder bei der gesetzlichen Erbfolge die gleiche Stellung, wie eheliche Kinder<sup>2)</sup>. Ihre ehelichen Deszendenten treten, wenn die legitimierten Kinder vorverstorben sind, an ihre Stelle, ganz so wie die ehelichen Deszendenten vorverstorbenen ehelicher Kinder<sup>3)</sup>.

2. Dem durch Begünstigung des Landesfürsten legitimierten Kinde und, wenn es vorverstorben ist, seinen ehelichen Deszendenten steht ein gesetzliches Erbrecht auf die väterliche Verlassenschaft nur dann zu, wenn das legitimierte Kind auf Ansuchen des Vaters zum Zwecke der Erlangung des gesetzlichen Erbfolgerechtes in das freivererbliche Vermögen legitimiert wurde (§ 753). Das gesetzliche Erbrecht des so legitimierten Kindes ist aber auf den Nachlaß der Eltern — gegen die Mutter steht dem unehelichen Kinde auch ohne Legitimation ein gesetzliches Erbrecht zu — beschränkt und erstreckt sich nicht auf den Nachlaß der beiderseitigen Großeltern, daher auch nicht auf den Nachlaß der väterlichen und mütterlichen Verwandten (§ 162), insbesondere auch nicht auf den Nachlaß der Geschwister des legitimierten Kindes<sup>4)</sup>. In neuester Zeit hat allerdings der OGH. ausgesprochen, daß per rescriptum principis legitimierten Geschwistern ein gesetzliches Erbrecht gegeneinander zusteht<sup>5)</sup>.

Das eben dargestellte Erbrecht ist ein gegenseitiges, d. h. den Eltern (daher bei einer Putativehe auch dem in mala fide befindlichen Ehegatten<sup>6)</sup>) und ihren Verwandten steht in das Vermögen der legitimierten oder von dem Gesetze besonders begünstigten unehelichen, d. h. in einer Putativehe erzeugten Kinder und deren Deszendenten das gleiche gesetzliche Erbrecht zu, welches den Kindern in den Nachlaß der Eltern, beziehungsweise ihrer Verwandten zusteht

<sup>1)</sup> Ebenso bezüglich der durch nachfolgende Ehe legitimierten und der in einer Putativehe erzeugten Kinder §§ 1699, 1719 d. BGB.

<sup>2)</sup> Schuster, Beiträge, in WagnersZ. 1830, I, 323 ff. behauptet zu Unrecht, daß nach dem Gesetze den legitimierten Kindern zwar gegen ihre Eltern, nicht aber gegen ihre Großeltern und Seitenverwandten ein gesetzliches Erbrecht zukomme, daß die entgegengesetzte Meinung nicht auf dem Gesetze, sondern auf einem Gewohnheitsrecht contra legem beruhe.

<sup>3)</sup> So auch das d. BGB. (§§ 1699, 1719, 1722).

<sup>4)</sup> So auch ausdrücklich Heymann, a. a. D. 48 (Note 8); Krainz 2, 600 f. (Note 3); auch S. 237 im IV. Bande dieses Lehrbuchs. So auch bezüglich der durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärten unehelichen Kinder (§§ 1723 ff.) das d. BGB. Vgl. §§ 1736, 1737 und dazu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) I, 44 und Note 6.

<sup>5)</sup> Vgl. WMZ. 1702. Zustimmung Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 253 (Note 3).

<sup>6)</sup> So auch Unger 6, Num. 9 auf S. 132; Krainz 2, 601 und Note 5; Anders 44. — Anders § 1701 d. BGB.

(§ 756)<sup>1)</sup>. Daher steht zwar dem Vater, nicht aber den Verwandten des Vaters ein gesetzliches Erbrecht in den freivererblichen Nachlaß des auf Begehren des Vaters durch Begünstigung des Landesfürsten legitimierten Kindes und dessen ehelicher Deszendenten zu<sup>2)</sup>.

Uneheliche Kinder<sup>3)</sup> genießen bei der gesetzlichen Erbfolge in das freivererbliche Vermögen der unehelichen Mutter gleiche Rechte mit den ehelichen Kindern, und zwar ohne Unterschied, ob sie allein oder in Konkurrenz mit ehelichen Kindern<sup>4)</sup> erben. Ausgeschlossen sind aber die unehelichen Kinder von der gesetzlichen Erbfolge in das Vermögen des unehelichen Vaters und aller Verwandten, also Ascendenten, Deszendenten und Seitenverwandten, des Vaters, sowie von der gesetzlichen Erbfolge in das Vermögen aller Verwandten (Ascendenten, Deszendenten und Seitenverwandten) der unehelichen Mutter<sup>5)</sup>, somit auch von der gesetzlichen Erbfolge in das Vermögen ihrer eigenen unehelichen Geschwister (§ 754)<sup>6)</sup>. Ist das uneheliche Kind mit Hinterlassung ehelicher Deszendenten vorverstorben, so satzbedienen diese in die dem unehelichen Kinde ab intestato seiner Mutter gegenüber gebührende Erbportion<sup>7)</sup>.

<sup>1)</sup> Ebenso das d. BGB. (§§ 1699, 1719, 1722).

<sup>2)</sup> Ebenso bezüglich der durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärten unehelichen Kinder (§§ 1723 ff.) das d. BGB. Vgl. §§ 1736, 1737 und dazu Strohal, a. a. D. I, 44 und Note 6.

<sup>3)</sup> Vgl. Unger 6, 132 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 725 ff., 730 ff.; Stubenrauch I, S. 919, 922; Krainz 2, 601; Anders 44.

<sup>4)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 727; Stubenrauch I, 919; Krainz 2, 601 (Note 2).

<sup>5)</sup> Anders bezüglich der Verwandten der Mutter § 1705 d. BGB. — Auch der RevEntw. (§§ 124 f.) ist den verschiedenen Bestrebungen auf Verbesserung der erbrechtlichen Stellung der unehelichen Kinder nur insoweit entgegengekommen, als er ein gegenseitiges Erbrecht zwischen dem unehelichen Kinde einerseits und den Verwandten der Mutter andererseits anerkennt. Ein gesetzliches Erbrecht gegenüber dem Vater gewährt auch der RevEntw. nicht. Doch enthält er im § 22 eine Bestimmung, die dem Kinde „für die prägnanteste Art der Anerkennung des Kindes durch Aufnahme in das Vaterhaus einen einem Pflichtteilsrechte nahekommenen Anspruch auf Verpflegung nach dem Tode des Vaters“ (so Bericht der jurid. Kommission des Herrenhauses S. 95) zuerkennt. § 22, Abs. 2 bestimmt nämlich: „Wenn die Vaterschaft vom Vater anerkannt oder gerichtlich festgestellt worden ist, können uneheliche Kinder, die zur Zeit des Ablebens des Vaters in dessen Hause verpflegt und erzogen werden, die Verpflegung und Erziehung bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit auch weiterhin in demselben Maße wie bisher fordern, jedoch nicht in größerem Umfange als sie nach dem hinterlassenen Vermögen den ehelichen Kindern zuteil werden kann.“

<sup>6)</sup> Vgl. HFD. v. 13. XI. 1799 (JOS. 486): „Ebenso sind in Ansehung der unehelichen Kinder die Bande der Verwandtschaft aufgelöst, auf welche sich das gesetzliche Erbrecht gründet.“

<sup>7)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 748 f.; Fuchs, im Jurist 6, 239 f.; Damianitsch, Einige Fragen über das Erbrecht unehelicher Kinder als Beitrag zu den §§ 754, 760, 617 ABGB., im Jurist 10, 109 f.; Unger 6, 132; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 727 und Noten 7 und 8; Förster, Der ehelichen Deszendenz einer unehelichen, schon verstorbenen Frauensperson steht an dem Nachlasse der Mutter der letzteren das Intestaterbrecht zu, in DMZ. 1883, Nr. 7; Stubenrauch I, 919 f. (Note 2); Krainz 2, 601; Anders 44; WM. 11351, 15820;

Auch das Erbrecht der unehelichen Kinder ist ein gegenseitiges, d. h. nur der Mutter des unehelichen Kindes steht ein gesetzliches Erbrecht gegen das uneheliche Kind, sowie gegen die ehelichen Nachkommen eines vorverstorbenen unehelichen Kindes<sup>1)</sup> zu. Hingegen steht dem unehelichen Vater oder den Deszendenten, Ascendenten und Seitenverwandten des Vaters, sowie den Ascendenten, Deszendenten und Seitenverwandten der unehelichen Mutter<sup>2)</sup> ein gesetzliches Erbrecht gegen das uneheliche Kind nicht zu (§ 756).

Adoptivkinder<sup>3)</sup> behalten ihr gesetzliches Erbrecht in ihrer natürlichen Familie (§ 755)<sup>4)</sup>. Sie erlangen aber samt ihrer ehelichen Nachkommenschaft<sup>5)</sup> bezüglich der gesetzlichen Erbfolge in das freivererbliche Vermögen desjenigen, der sie adoptiert hat, gleiche Rechte wie eheliche Kinder<sup>6)</sup> — schließen somit die Eltern des Adoptivparens, sowie dessen Seitenverwandte aus<sup>7)</sup> —, wenn nicht durch den Adoptionsvertrag etwas anderes bestimmt<sup>8)</sup> oder das Adoptionsverhältnis vor dem Tode des Adoptivparens aufgelöst worden ist. In Rücksicht auf den anderen Ehegatten, der nicht mit adoptiert hat<sup>9)</sup>, sowie auf alle Verwandten des Adoptivparens<sup>10)</sup> steht ihnen ein gesetzliches Erbrecht nicht zu (§ 755).

Das Erbrecht des Adoptivkindes ist kein gegenseitiges<sup>11)</sup>, d. h. dem Adoptivparens steht gegen das Adoptivkind kein gesetzliches Erbrecht zu<sup>12)</sup>. Ab intestato aufzuerben nur die natürlichen Verwandten des Adoptivkindes, nicht die Adoptiveltern in den Nachlaß des Adoptivkindes.

GMNz. 3069. U. M. Winwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 304; Call, Eine Streitfrage aus dem österreichischen Intestaterbrecht, in OStWz. 1883, Nr. 3, 4.

<sup>1)</sup> Vgl. GMNz. 3069 (Zum Nachlasse des ehelichen Kindes einer vorverstorbenen unehelichen Tochter ist deren Mutter nach dem Gesetze erbberechtigt).

<sup>2)</sup> Vgl. GM. 15820. — Anders bezüglich der Verwandten der Mutter § 1705 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. Unger 6, 132 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 728 ff.; Stubenrauch 1, S. 920 f., 922; Krainz 2, 602; Anders 45.

<sup>4)</sup> So auch § 1764 d. BGB.

<sup>5)</sup> Ebenso mit einer Einschränkung § 1762 d. BGB.

<sup>6)</sup> Ebenso § 1757 d. BGB.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu Stubenrauch, Einige Worte über die Kollision des Erbrechtes der Wahlkinder mit dem Erbrechte der Eltern des Wahlvaters oder der Wahlmutter, in Wagnersz. 1847, I, 75 ff.; Schiffner, Erbverträge im Zusammenhange mit Adoptionsverträgen, in Grünhutsz. 25, 271 ff.; Stubenrauch 1, 920; Krainz 2, 602.

<sup>8)</sup> So auch § 1767, Abs. 1 d. BGB.

<sup>9)</sup> Auch wenn er die Adoption seitens des anderen Ehegatten gebilligt hat. So richtig Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 730; Krainz 2, 602 (Note 2). Unrichtig Schiffner, a. a. D. 270 (Note 14) und wohl auch Stubenrauch 1, 920 (Note 1). — Vgl. auch § 1757 d. BGB.

<sup>10)</sup> So auch § 1763 d. BGB.

<sup>11)</sup> Gewöhnlich wird behauptet, daß dies die einzige Ausnahme von der Gegenseitigkeit des gesetzlichen Erbrechtes sei. Gegen diese Fassung Tilsch, Über die Bedingungen der Wechselseitigkeit des gesetzlichen Erbrechtes, in OStWz. 1905, S. 192.

<sup>12)</sup> So auch § 1759 d. BGB.

## § 41.

VI. Das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten<sup>1)</sup>.

Dem überlebenden Ehegatten (Mann oder Frau) steht ein gesetzliches Erbrecht zu, mag er eigenes Vermögen haben oder nicht, reich oder arm sein<sup>2)</sup>. Voraussetzung dieses gesetzlichen Erbrechtes ist der Bestand und Fortbestand einer gültigen Ehe (nicht etwa einer bloßen Putativehe) bis

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu u. a. Unger 6, 143 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 733 ff.; Stubenrauch 1, 922 ff.; Krainz 2, 602 ff.; Anders 48 ff.; ferner Larcher, Über die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten, in GerS. 1883, Nr. 39—43; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 70 ff.; Janitsch, Das Intestaterbrecht der Ehegatten in Volksempfindung und Gesetz, in Notz. 1905, S. 26 f.; Hanausek, Das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht der Ehegatten (1910); und über die geschichtliche Entwicklung des Ehegattenerbrechtes Czjhlarz, Zur Geschichte des ehelichen Güterrechtes im böhmisch-mährischen Landrecht (1883); auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 736—740; Stubenrauch 1, 922 f. (Note 1). — Viel besser als im ABGB. ist der überlebende Ehegatte hinsichtlich seines gesetzlichen Erbrechtes im Rechte des d. BGB. gestellt (§§ 1931 ff.). Der überlebende Ehegatte hat nämlich immer ein wirkliches gesetzliches Erbrecht. Und zwar erhält er neben Verwandten der ersten Ordnung  $\frac{1}{4}$ , neben solchen der zweiten Ordnung und neben Großeltern  $\frac{1}{2}$  der Erbschaft. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte noch den Anteil, der nach den Grundzügen der dritten Ordnung diesen Abkömmlingen zufallen würde. Sind weder Verwandte der ersten oder zweiten Ordnung, noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft. Außer dem Erbteile erhält der Ehegatte neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern noch den sogenannten Voraus (Haushaltungsgegenstände, Hochzeitsgeschenke). Auch ein Pflichtteilsrecht erkennt das d. BGB. dem überlebenden Ehegatten zu (§ 2303). — Bezüglich des gesetzlichen Erbrechtes der Ehegatten schießt sich der RevEntw. (§§ 126 ff.) im wesentlichen an die Vorschriften des d. BGB. an. Er bestimmt:

§ 126: „§ 757 ABGB. 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, 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. 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. — Sind weder gesetzliche Erben der ersten oder zweiten Linie noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.“ — § 127: „§ 758 a. b. G. B. hat zu lauten: Außer dem Erbteile gebühren dem überlebenden Ehegatten als Vorausvermächtnis die zu dem ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, neben Kindern des Erblassers jedoch nur das für seinen eigenen Bedarf Nötige.“ — § 128: § 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.“ — Ein Pflichtteilsrecht gewährt der RevEntw. im Gegensatz zum d. BGB. dem überlebenden Ehegatten nicht. Er sagt dies ausdrücklich in dem den § 796 ABGB. teilweise abändernden § 129, welcher lautet: „§ 796 a. b. G. B. hat zu lauten: Ein Ehegatte hat zwar kein Recht auf einen Pflichtteil; es gebührt ihm aber, solange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, der mangelnde anständige Unterhalt, soweit dieser nicht durch seinen gesetzlichen Erbteil oder eine für den Fall des Überlebens bedungene oder letztwillig zugewendete Versorgung gedeckt ist. In den im § 759 bezeichneten Fällen hat er auch auf Unterhalt aus dem Nachlaß keinen Anspruch.“

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Schiffner, a. a. D. 75 (Note 34).

zum Tode des erblasserischen Ehegatten. Daher steht einem getrennten Ehegatten in keinem Falle ein gesetzliches Erbrecht zu (§ 1266). Aber auch einem geschiedenen Ehegatten steht ein gesetzliches Erbrecht dann nicht zu, wenn die Scheidung aus seinem Verschulden erfolgte (§ 759).

Der überlebende Ehegatte hat ein gesetzliches Erbrecht ohne Rücksicht darauf, wer in concreto zur gesetzlichen Erbfolge gelangt. Seinem Umfange und seiner Natur nach ist aber allerdings das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten verschieden, je nachdem der Ehegatte mit (ehelichen, legitimierten, adoptierten oder unehelichen) Kindern des Erblassers (ersten oder entfernteren Grades) oder mit erbberechtigten Ascendenten oder Seitenverwandten des Erblassers, also mit Verwandten der zweiten oder einer entfernteren Linie, konkurriert. Im letzteren Falle, also bei Konkurrenz mit Ascendenten oder Seitenverwandten des Erblassers ist der ab intestato erbende Ehegatte Universalzufessor, Erbe im eigentlichen Sinne und erhält den vierten Teil des Nachlasses zum Eigentum (§ 758). Konkurriert hingegen der Ehegatte in der Erbfolge<sup>1)</sup> mit (natürlichen oder adoptierten) Kindern des Erblassers, gleichviel ob sie auch seine Kinder sind oder nicht<sup>2)</sup>, so gebührt dem überlebenden Ehegatten, „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 zum lebenslangen Genuß; das Eigentum davon bleibt den Kindern“ (§ 757). Bei Konkurrenz mit Kindern erhält also der überlebende Ehegatte nicht Eigentum, sondern lebenslangen Genuß an einer im Eigentum der Kinder bleibenden Erbquote. Und zwar erhält der überlebende Ehegatte bei Konkurrenz mit drei oder mehr als drei Kindern, beziehungsweise falls entferntere Descendenten miterben, mit drei oder mehr Stämmen einen Kopf-, beziehungsweise Stammteil zum lebenslangen Genuß. Die Anzahl der Kopf-, beziehungsweise Stammteile der Descendenten wird um einen Kopf-, beziehungsweise Stammteil<sup>3)</sup> vermehrt, und einen so berechneten Kopf- oder Stammteil erhält der Ehegatte zum lebenslangen Genuß. Unrichtig ist die Behauptung Reiskys<sup>4)</sup>, daß bei Berechnung des „Erbteils“ des überlebenden Ehegatten der überlebende Ehegatte selbst zu der Zahl der erbenden Kinder nicht zuzuzählen sei<sup>5)</sup>. Ebenso unrichtig,

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Schiffner, a. a. O. 76 und Note 36; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 748 f. Nicht genau Würth, Über das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten in den Fällen des § 757 ABGB, in ÖstRGG. 1854, Nr. 134, 1. Sp.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu Schiffner, a. a. O. 76 und Note 38; und die dort Zitierten, insbesondere Damianitsch, Zivilrechtsfall über das Erbrecht des Ehegatten in Konkurrenz mit Kindern nach § 757 ABGB, im Jurist 6, 363 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu Schiffner, a. a. O. 76 f. (Note 45).

<sup>4)</sup> in ÖstRGG. 1854, Nr. 99, 100.

<sup>5)</sup> Gegen diese Behauptung auch Havelka, in ÖstRGG. 1854, Nr. 113, 114; Würth, in ÖstRGG. 1854, Nr. 136; Unger 6, Anm. 8 auf S. 145; Sarcher,

ja geradezu absurd ist die Behauptung Grünbergs<sup>1)</sup>, daß dem überlebenden Ehegatten bei Konkurrenz mit drei oder mehr Kindern nicht Genuß, sondern Eigentum an einer Erbportion gebühre<sup>2)</sup>. Bei Konkurrenz mit weniger als drei Kindern oder Stämmen erhält der überlebende Ehegatte den vierten Teil der Verlassenschaft zum lebenslangen Genuß.

Die Natur dieses dem überlebenden Ehegatten in Konkurrenz mit Kindern gebührenden Rechtes auf lebenslangen Genuß ist bestritten<sup>3)</sup>. Die herrschende Meinung<sup>4)</sup> faßt den lebenslangen Genuß des § 757 als Fruchtgenuß auf und behandelt demgemäß mit Recht den überlebenden Ehegatten nicht als Universalzufessor<sup>5)</sup>, Erben im Sinne des § 532, sondern als

a. a. O. Nr. 41; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 749 und Note 56; Schiffner, a. a. O. 77 (Note 45); Stubenrauch 1, 923 (Note 4); Krainz 2, 603.

<sup>1)</sup> in Haimers Mag. 4, 175 ff. (speziell 179 ff.).

<sup>2)</sup> Gegen diese Behauptung auch Weiske, in Haimers Mag. 5, 163 ff.; Rabelka, in Haimers Mag. 5, 180 ff.; Körber, in Haimers Mag. 6, 44—76; Petruschka, in Haimers Mag. 6, 347—395; Würth, a. a. O. Nr. 133 ff.; Unger 6, Anm. 6 auf S. 145; Sarcher, a. a. O. Nr. 42; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 742 (Note 34a); Schiffner, a. a. O. 76 (Note 44); Stubenrauch 1, 923 (Note 3); Krainz 2, 603.

<sup>3)</sup> Vgl. die Übersicht bei Schiffner, a. a. O. 78 f.

<sup>4)</sup> Vertreten insbesondere von Heyßler, Gebührt dem überlebenden Ehegatten, wenn zugleich Kinder vorhanden sind, ein gesetzliches Erbrecht oder bloß ein Legat des Fruchtgenusses?, im Jurist 2, 77; Fügler, Das Erbrecht nach dem österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche 3, 55 ff.; Winigarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 313 f. (dazu Schiffner, a. a. O. 79); Swoboda, in Haimers Mag. 8, 132 ff.; Unger 6, 144 und Anm. 11 auf S. 146 f.; Sarcher a. a. O. Nr. 40; Gortány, Der begriffliche Umfang des gesetzlichen Erbrechts, in Notz. 1903, Nr. 6; Gll. 2445, 3575, 5703, 7338. Vgl. auch Schiffner, a. a. O. 79, der sachlich mit der herrschenden Lehre übereinstimmt, es aber als vom sprachlichen und konstruktiven Standpunkte empfehlenswerter betrachtet, den ehelichen Fruchtgenuß für ein Drittes (weder Erbschaft, noch Vermächtnis), nämlich als gesetzliche Einzelnachfolge oder besser als gesetzlichen Einzelerwerb von Todeswegen zu erklären. Ähnlich Stubenrauch 1, 924 (Note): „Man kann . . . von einem ‚gesetzlichen Vermächtnis‘ sprechen, vorausgesetzt, daß man sich von dem Irrtum freihält, daß alle Vorschriften über Vermächtnisse anwendbar seien“. Ähnlich auch Krainz 2, 603 f. und Note 10: Das Recht des Gatten „ist weder ein Erbrecht, noch ein Vermächtnis; kein Erbrecht, weil der Gatte nicht den Nachlaß selbst (das ‚Eigentum‘ am Nachlaß, § 757 a. G.), sondern nur einen Fruchtgenuß am Nachlaß erwirbt — ob hierin eine Gesamtnachfolge oder eine Einzelnachfolge liegt, darüber läßt sich streiten —, und kein Vermächtnis, weil der Gatte — ganz abgesehen davon, daß sich kein Recht auf das Gesetz, nicht wie das Recht des Vermächtnisnehmers auf einen letzten Willen stützt — nicht zunächst bloß ein Forderungsrecht auf Bestellung des Fruchtgenusses, sondern sofort diesen selbst erlangt.“ Wie Krainz, auch Gll. 3720.

<sup>5)</sup> Ein wahres Erbrecht des Ehegatten, den sie aber dennoch als bloßen usufruktuar ansehen, nehmen an: Huettner, Lehre von der gesetzlichen Erbfolge in dem freivererblichen Vermögen nach dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch § 135; Rippel, Erläuterung 5, 36 ff.; Zlobitzky, Über das Intestaterbrecht des überlebenden Ehegatten in Konkurrenz mit Kindern, in WagnersZ. 1845, I, 79 ff., wo nach Darstellung des Unterschiedes zwischen Erbschaft und Vermächtnis das Recht des überlebenden Ehegatten als Erbrecht, Recht auf Universalzufession erklärt wird, „weil nicht in der Qualität des zugedachten Rechtes, sondern in der Ausdehnung desselben auf alle Verlassenschaftsobjekte oder in der Beschränkung auf einzelne bestimmte Objekte der Unterschied zwischen Erbrecht und Vermächtnis liegt“; Gll. 4186, 4842.



Singularfuzessor. Daher haftet der überlebende Ehegatte nicht für die Schulden des Erblassers<sup>1)</sup>, daher braucht er keine Erbszerklärung zu überreichen<sup>2)</sup>, daher findet § 812 auch auf ihn Anwendung<sup>3)</sup> 4). Wie das Recht des überlebenden Ehegatten zu realisieren ist, ist allerdings bestritten<sup>5)</sup>. Nach Unger<sup>6)</sup> können die Erben dem Gatten den betreffenden Teil der Erbschaft in natura oder in einem diesem Teile der Erbschaft schätzungsgemäß entsprechenden Geldbetrage (§ 510) zum Fruchtgenuß überlassen. In der Praxis und von der Mehrheit der Autoren wird hingegen zutreffenderweise ein Recht des überlebenden Ehegatten auf den Fruchtgenuß des aliquoten Teils der Substanz des Nachlasses anerkannt<sup>7)</sup>, und die Erbschaft den Kindern beschränkt mit dem Fruchtgenuß bezüglich der den überlebenden Ehegatten gebührenden Erbportion, und zwar mit dem Fruchtgenuß an allen Bestandteilen der Verlassenschaft in natura<sup>8)</sup>, eingeantwortet. Ganz anders als die herrschende Lehre fassen das Recht des überlebenden Ehegatten bei Konkurrenz mit Kindern des vorverstorbenen Pfaff und Hofmann<sup>9)</sup> auf. Sie sehen den miterbenden Ehegatten als beschränkten Eigentümer mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers an und betrachten also die Bestimmung des § 757 als gesetzliche Anordnung einer fideikommissarischen Substitution, derzufolge der überlebende Ehegatte bei Konkurrenz mit Kindern bezüglich des vierten Teils, beziehungsweise bezüglich eines Kopf- oder Stammteils Vorerbe ist, die miterbenden Descendenten des Erblassers hingegen Nacherben, Substituten, sind, deren Recht davon bedingt ist, daß sie den Miterben überleben. Diese überaus gekünstelte Konstruktion<sup>10)</sup> steht aber im Widerspruch mit der Ent-

<sup>1)</sup> So auch Gll. 2545, 3575. Anders Gll. 4842. Nicht widersprechend Gll. 12096, weil es sich in dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Falle nur um die passive Klagelegitimation handelte, und die überlebende Witwe eine zu Gericht angenommene Erbszerklärung überreicht hatte.

<sup>2)</sup> Vgl. Gll. 7338; Gll. 3720. Anders Gll. 4186.

<sup>3)</sup> So auch Stubenrauch 1, 924 (Note); Gll. 3204. Anders Krausz 2, S. 604, 698 (Note 3).

<sup>4)</sup> Das den Gläubigern des Erben durch § 822 eingeräumte Recht kommt den Gläubigern des zum gesetzlichen Fruchtgenusse berufenen Ehegatten nicht zu. So auch Hofer, § 822 ABGB, in Notz. 1905, S. 268; Gll. 5703.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Schiffner, a. a. D. 80.

<sup>6)</sup> 6, Anm. 12 auf S. 147; Anm. 4 auf S. 306.

<sup>7)</sup> So u. a. von Weiske, in Haimers Mag. 5, 173 ff.; Swoboda, a. a. D. 131; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 748; Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen Rechts 55 (Note 62); Stubenrauch 1, 924 (Note); Krausz 2, 605 (Note 11); Gll. 15266; Gll. 2152 (Anspruch des überlebenden Ehegatten gegen den Universalerben auf Rechnungslegung). Auch Schiffner, a. a. D. 80 sagt: „Meines Erachtens ist an sich dem Gatten der Fruchtgenuß an den einzelnen Gegenständen der (reinen) Verlassenschaft selbst und nur, wo dies nicht möglich ist, an dem entfallenden Geldbetrage einzuräumen.“

<sup>8)</sup> Vgl. Gll. 15266.

<sup>9)</sup> Kommentar 2, 743 ff.

<sup>10)</sup> Eine ähnliche Auffassung vertrat schon Weiske, in Haimers Mag. 5, 163 ff.

stehungsgeschichte und dem Wortlaute des § 757<sup>1)</sup> und ist demnach abzulehnen<sup>2)</sup>.

In allen bisher angeführten Fällen der gesetzlichen Erbfolge des überlebenden Ehegatten, d. h. mag der Ehegatte mit Kindern oder mit Ascendenten oder Seitenverwandten des Erblassers zusammentreffen, mag ihm Fruchtgenuß oder Eigentum an der Erbportion zustehen, muß sich der überlebende Ehegatte, wenn nicht ein anderer Wille des Vorverstorbenen feststeht<sup>3)</sup>, in seinen Erbteil dasjenige einrechnen lassen, was ihm gemäß der Ehepacten, eines Erbvertrages<sup>4)</sup> oder einer letzten Anordnung aus dem Vermögen des anderen Ehegatten zukommt (§ 758)<sup>5)</sup>. Hierher gehört die Widerrlage, der Witwengehalt, die für den Fall des Überlebens eingeräumte Fruchtnießung einer einzelnen Sache, sowie ein für den Fall des Überlebens stipuliertes Ausgebirge<sup>6)</sup>, nicht aber das an die Frau zurückzustellende Heiratsgut, ferner wohl auch nicht die noch unberichtigte Morgengabe<sup>7)</sup> und endlich auch nicht dasjenige, was der überlebende Ehegatte auf Grund eines Vertrags über die Gütergemeinschaft auf den Todesfall erhält<sup>8)</sup>. Eine spezielle Bestimmung enthält § 1258 für den Fall, daß der überlebende Ehegatte aus einem Advitalitätsvertrage auf den Fruchtgenuß der ganzen Verlassenschaft des anderen Ehegatten oder eines aliquoten Teiles dieser Verlassenschaft Anspruch macht. In diesem Falle hat nämlich der überlebende Ehegatte auf die gesetzliche Erbfolge keinen Anspruch; er hat also nur die Wahl zwischen dem Advitalitätsrechte und dem gesetzlichen Erbrechte<sup>9)</sup>.

Über die Art der Einrechnung in den gesetzlichen Erbteil herrscht Meinungsverschiedenheit<sup>10)</sup>. Es muß wohl unterschieden werden<sup>11)</sup>: Wenn

(speziell S. 175 ff.). Vgl. auch Kabela, in Haimers Mag. 5, 182; Rörber, in Haimers Mag. 6, 44 ff.; Ender, in Haimers Mag. 11, 382 ff.

<sup>1)</sup> Vgl. auch H.R.Z. v. 11. VIII. 1814 (J.G.S. 1097).

<sup>2)</sup> Für die Ansicht von Pfaff und Hofmann erklärt sich Anders 49. Gegen diese Ansicht haben sich insbesondere ausgesprochen: Randa, Das Eigentumsrecht 2; Ofner, in Grünhutsz. 17, 396 ff.; Schiffner, a. a. D. 71 ff.; Jobkow, Das österreichische Advitalitätsrecht, in Grünhutsz. 33, 533 (Note 61).

<sup>3)</sup> Einer ausdrücklichen Erklärung bedarf es nicht. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 751 f.; Schiffner, a. a. D. 78; Stubenrauch 1, 925 (Note 1). Anders Gll. 7044.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Schiffner, a. a. D. 77 (Note 51).

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Winiwarter, in Pratobeveras Mat. 5, 300 ff.

<sup>6)</sup> Vgl. Gll. 7044.

<sup>7)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 752; Stubenrauch 1, 925 (Note 2). U. M. Winiwarter, a. a. D. 300; Krausz 2, 687.

<sup>8)</sup> Ebenso Unger 6, Anm. 13 ad § 35; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 752 (Note 73). U. M. Rakfa, Die eheliche Gütergemeinschaft auf den Todesfall nach österreichischem Recht 253 f.

<sup>9)</sup> Vgl. hierzu S. 208 im IV. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>10)</sup> Vgl. hierzu insbesondere Damjanitsch, im Jurist 6, 444 ff.; Nippel, Erläuterung 5, 46; Winiwarter, in Pratobeveras Mat. 5, 307; ders., Das österreichische bürgerliche Recht 3, 316 f.; Ender, in Haimers Mag. 11, 382 ff.; Pann,

das dem erbenden Ehegatten Einzurechnende Eigentum ist, so erfolgt die Einrechnung durch Abrechnung von der ihm ab intestato gebührenden Erbportion, so daß er ab intestato Eigentum oder Fruchtgenuß nur an dem Reste erhält<sup>1)</sup>. Ist aber das Einzurechnende Fruchtgenuß und kommt dem Ehegatten ab intestato Eigentum zu<sup>2)</sup>, so wird wohl mit Unger<sup>3)</sup> die Bestimmung des § 1258 analog angewendet werden müssen, somit dem Ehegatten in diesem Falle nur ein Wahlrecht zwischen der gesetzlichen Erbfolge und dem ihm gemäß der Ehepakte, eines Erbvertrages oder eines letzten Willens gebührenden Fruchtgenusse zuerkannt werden können<sup>4)</sup>.

in Österr. 1859, Nr. 59, 60; Unger 6, 144 und Anm. 14 auf S. 147; Sarcher, a. a. O. Nr. 39; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 752; Schiffner, a. a. O. 78; Stubenrauch 1, 925 (Note 1); Krainz 2, 687 ff.; Anders 49.

<sup>1)</sup> Stüber, Die Anrechnung der Vorausempfangs beim Pflichtteil und beim Erbteil, insbesondere die Anrechnungsmethoden, in Notz. 1911, S. 277 unterscheidet in anderer Richtung und sagt: „Dagegen liegt keine Anrechnung eines Vorausempfangs vor in den Fällen der §§ 671 und 758 ABGB.“ . . . . § 758 ABGB. besagt, daß dem Ehegatten, der mit Kindern oder anderen gesetzlichen Erben den gesetzlichen Erbteil zu erhalten hat, dasjenige, was gemäß der Ehepakte, eines Erbvertrages oder einer letzten Anordnung dem überlebenden Ehegatten aus dem Vermögen des anderen zukommt, in den Erbteil eingerechnet wird. Auch hier ist es klar, daß dasjenige, was dem überlebenden Ehegatten eingerechnet wird, kein Vorausempfang von Lebzeiten des Erblassers her ist. In beiden Fällen erhalten die einrechnungspflichtigen Personen das ihnen Einzurechnende erst nach dem Tode des Erblassers aus dessen Nachlaß. Die Methode dieser Einrechnung ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich angeführt, ergibt sich aber aus dem gewöhnlichen Sprachgebrauche, welcher unter Einrechnung jene Rechnungsoperation versteht, bei der von dem an jemanden zu leistenden dasjenige, was er empfängt, abgezogen wird (wenn der Empfang auf Grund eines Erbvertrages oder einer letzten Anordnung eingerechnet wird). Diese Einrechnung erfolgt daher so, daß der Erbteil dieser Personen zuerst, als ob keine Einrechnung stattfände, berechnet und dann das Einzurechnende abgezogen wird; der Rest bildet den gebührenden Erbteil. Wenn aber ein Empfang aus dem Nachlaß auf Grund von Ehepakte eingerechnet werden soll, so muß bedacht werden, daß der Anspruch des einrechnungspflichtigen Gatten auf diesen Empfang schon durch ein Rechtsgeschäft bei Lebzeiten des Erblassers inter vivos, nicht mortis causa, begründet worden ist, wenn auch der Empfang erst aus dem Nachlasse geleistet werden soll. Der Empfangende hat also schon ein Forderungsrecht gegen den Nachlaß, welches als Passivposten vom Nachlasse abgezogen wird. Es darf daher nicht ein zweimaliges Abziehen stattfinden, sondern es muß der Stand des Nachlaßvermögens bloß zum Zwecke dieser Einrechnung so berechnet werden, als ob dieser Passivposten noch nicht bestünde und erst von dem so ermittelten Vermögensbetrage wird der Erbteil des einrechnungspflichtigen Gatten berechnet und erst derselbe Posten nunmehr als Empfangsposten abgezogen. Diese Einrechnung der Empfänge aus dem Nachlaß erfolgt daher immer nur beim Erbteile des einrechnungspflichtigen Ehegatten, also abgefordert von der Anrechnung der Vorausempfangs zum Erbteil.“

<sup>1)</sup> So auch Winiwarter, in Pratobereras Mat. 5, 307; Unger 6, 144 und Anm. 14 auf S. 147; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 752; Stubenrauch 1, 925 (Note 1); Anders 49; und im wesentlichen auch Schiffner, a. a. O. 78 und Note 54. Anders Krainz 2, 689 (vgl. weiter unten Note 4).

<sup>2)</sup> Nach Schiffner, a. a. O. 78 gilt das gleiche, auch wenn dem Ehegatten ab intestato Fruchtgenuß zukommt.

<sup>3)</sup> 6, Anm. 14 auf S. 147.

<sup>4)</sup> Zustimmung Schiffner, a. a. O. 78; Stubenrauch, 1, 925 (Note 1). Teilweise abweichend Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 752, die meinen, daß, wenn die betreffende Sache, an der der einzurechnende Fruchtgenuß besteht, nicht einfach auf das Erbteil zugewiesen werden könne, der Wert des Objektes vorerst vor

Sind gar keine erbberechtigten ehelichen Verwandten des ab intestato verstorbenen Erblassers, und auch keine der in den §§ 752—756 berufenen Erben vorhanden, oder schlagen die Vorhandenen die Erbschaft aus, oder machen sie von ihrem Erbrechte keinen Gebrauch<sup>1)</sup>, so fällt der ganze Nachlaß dem überlebenden Ehegatten zu (§ 759).

## § 42.

**Die Abweichungen von der regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge.**I. Die gesetzliche Erbfolge in Bauerngütern<sup>2)</sup>. § 761 bestimmt:

„Die Abweichungen von der in diesem Hauptstücke bestimmten gesetzlichen Erbfolge in Rücksicht auf Bauerngüter . . . sind in den politischen Gesetzen enthalten.“ Im Jahre 1868 wurde die Aufhebung dieser politischen Vorschriften durchgeführt, beziehungsweise angebahnt. Und zwar bestimmte das Gesetz v. 27. Juni 1868 (R. G. Bl. 79): „Die im § 761 ABGB. erwähnten, in den politischen Gesetzen enthaltenen Anordnungen, welche die Vererbung von Bauerngütern betreffen und hinsichtlich der Auseinandersetzung der Vermögensverhältnisse unter mehreren Miterben oder zwischen

dem Erbteile abzuziehen, und ein entsprechendes Kapital sicherzustellen ist, dessen Interessen den Miterben gehören, solange der ususfructus dauert, das aber beim Erlöschen dieses Rechtes an den Gatten, beziehungsweise dessen Erben auszufolgen ist, und daß nur dann, wenn der Wert des Objektes den des Erbteiles übersteigt, zu dem Ausfunftsmittel der Wahl nach Analogie von § 1258 gegriffen werden muß. Anders Krainz 2, 689: „Schwierigkeiten macht die Einrechnung eines Kapitals in eine Rente (Fruchtgenuß), oder (§ 758) einer Rente in ein Kapital. Dann kann von der Regel des § 793 kein Gebrauch gemacht werden. Hier wird, wenn die Anrechnungspost offenbar größer oder kleiner als der Erbteil ist, nur die größere Post gefordert werden; ist dies nicht offenbar, dann scheint folgendes das Richtige zu sein: Das in den Fruchtgenuß des § 757 z. B. von einem Erbteile von R. 6000 einzurechnende Kapital, z. B. eine Widerlage von R. 4000, kann, sofort gefordert werden, der Fruchtgenuß des Erbteiles bleibt aber solange unausgeübt, bis der Ertrag desselben der erhobenen Einrechnungspost nebst Zwischenzins gleichkommt. Wählt der Gatte hingegen gleich anfangs den Fruchtgenuß, so hat er auf die Einrechnungspost vorläufig zu verzichten, weil er nur auf die letztere, nicht auch auf den ersteren einen unbedingten und unbefchränkten Anspruch hat. Das nämliche gilt auch, wenn im Falle des § 758 der Erbteil statt der Einrechnungspost gewählt wurde; der den Erbteil (z. B. also wie oben R. 6000) statt der Einrechnungspost (z. B. von jährlich R. 400) Wählende hat vorläufig auf die letztere zu verzichten; der Erbteil ist jedoch als eine Vorauszahlung mehrerer Raten der Anrechnungspost anzusehen, und der Fortgenuß der letzteren tritt in Wirksamkeit, sobald der Gesamtbetrag der Raten der Anrechnungspost dem Erbteil mit Zuschlag des Zwischenzinses gleichkommt. Ist dagegen das Umgekehrte der Fall, indem z. B. statt des Erbteiles von R. 6000 der Witwengehalt von jährlich R. 400 gefordert wurde, so kann gleichzeitig nicht auch irgend ein Teil des Erbteiles verlangt werden, wohl aber ist der nach dem Tode der so wählenden Witwe unerschöpft verbliebene Teil dieses Erbteiles an ihre Erben auszubezahlen.“

<sup>1)</sup> Vgl. Gl. 5305 (Bei Nichtabgabe der Erbszerklärung seitens der Verwandten fällt der ganze Nachlaß dem iberlebenden Ehegatten zu).

<sup>2)</sup> Vgl. hier statt aller nur Unger 6, 196 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2 ad § 761; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 165 ff.; Stubenrauch 1, 929 f.; Schiff, in Österr. (2) 1, 91 ff.; Krainz 2, 605 ff.; Anders 75 ff.

dem Erben und dem überlebenden Gatten Abweichungen von den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches enthalten, treten in jenen Ländern oder Landesteilen, in welchen die Teilung von Bauerngütern nicht mehr beschränkt ist, mit dem Ablauf von drei Monaten nach dem Tode der Rundmachung dieses Gesetzes außer Wirksamkeit. In jenen Ländern oder Landesteilen, in welchen die Beschränkung der Teilung von Bauerngütern noch besteht, haben im Falle der Aufhebung dieser Beschränkung jene Anordnungen erst mit Ablauf von drei Monaten nach demjenigen Tode außer Wirksamkeit zu treten, mit welchem durch ein Landesgesetz diese Beschränkung aufgehoben sein wird.“ In Dalmatien, im Küstenlande, in Krain, sowie in Oberkärnten (Willacher Kreis) und im italienischen Teile von Tirol herrschte schon vor dem Jahre 1868 Freiteilbarkeit. In den übrigen Gebieten der im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder wurden in den Jahren 1868 und 1869 durch Landesgesetze die Beschränkungen der Teilbarkeit von Bauerngütern aufgehoben und damit die Voraussetzungen für das Außerkrafttreten der im § 761 bezogenen politischen Vorschriften über die Vererbung von Bauerngütern geschaffen. Nur im deutschen Teile von Nordtirol blieb vorläufig das alte Erbfolgepatent v. 9. X. 1795 (JGS. 258) (republiziert mit WB. v. 17. VI. 1850 [RGBL. 277])<sup>1)</sup> in Kraft.

Das so für den größten Teil der österreichischen Länder eingeführte sogenannte liberale Agrarrecht begegnete vielfacher Anfechtung. Die mit dem Beginne der achtziger Jahre des 19. Jahrhunderts eingetretene agrarpolitische Strömung zugunsten eines Schutzes des Bauernstandes nahm in erster Linie auch eine besondere Regelung der bäuerlichen Erbfolge (Anerbenrecht) im Zusammenhange mit einer Beschränkung des Güterverkehrs (Höferecht) in ihr Programm auf. Diesen Bestrebungen wurde durch das G. v. 1. IV. 1889 (RGBL. 52) betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften für landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Größe Rechnung getragen. Dieses Reichsgesetz hat nun aber nur den Charakter eines Rahmengesetzes; d. h. es überläßt es den einzelnen Ländern im Wege der Landesgesetzgebung im Rahmen des Reichsgesetzes das Anerbenrecht (und das Höferecht) einzuführen. Von dieser durch das Reichsgesetz geschaffenen Ermächtigung haben bisher nur Gebrauch gemacht:

1. Kärnten durch das G. v. 16. IX. 1903 (RGBL. 33) betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften usw. (vgl. auch die WB. v. 14. I. 1904);

<sup>1)</sup> Über den Inhalt dieses Patentens vgl. statt aller Unger 6, 196 ff.; Stubenrauch 1, 929 f. (Note 4); Schiff a. a. D. 94 f.

2. Böhmen durch das G. v. 7. VIII. 1908 (RGBL. 68) betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften über landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Größe im Königreiche Böhmen (vgl. auch die WB. v. 28. II. 1909).

Außerdem wurde das Anerbenrecht in Tirol durch das G. v. 12. VI. 1900 (RGBL. 47) betreffend die Rechtsverhältnisse geschlossener Höfe (vgl. auch das Grundbuchslegungsgesetz v. 17. III. 1897 [RGBL. 9] und das G. v. 12. VI. 1900 [RGBL. 48]) geregelt. Das Tiroler Gesetz tritt nur allmählich mit der Eröffnung des neuen Grundbuchs in Kraft. In jenen Gebieten, in denen die Eröffnung der Grundbücher noch nicht erfolgt ist, gilt weiter das P. v. 9. X. 1795 (JGS. 258).

Die „Erbteilungsvorschriften“ des Reichsgesetzes und der bisher ergangenen Landesgesetze enthalten zwar in erster Linie eine Modifikation des regelmäßigen Intestaterbrechtes. Sie haben aber auch für das testamentarische und für das vertragmäßige Erbrecht Bedeutung und beeinflussen schließlich auch das Pflichtteilsrecht. Aus diesem Grunde empfiehlt es sich wohl, das neue Anerbenrecht nicht bloß unter dem seiner Bedeutung nicht voll gerecht werdenden und allenfalls irreführenden Gesichtspunkte einer Abweichung von der regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge, sondern gesondert — im Anhang II zu diesem Bande — zu behandeln.

II. Die gesetzliche Erbfolge in den Nachlaß von Geistlichen<sup>1)</sup>. Auch bezüglich der Vererbung von geistlichen Personen verweist § 761 auf Abweichungen von der regelmäßigen gesetzlichen Erbfolge, die in den politischen Gesetzen enthalten sind. Es ist hier zu unterscheiden:

1. die Intestaterbfolge nach römisch-katholischen Weltgeistlichen, denen in dieser Hinsicht die Priester der aufgelassenen Klöster und alle „in der Seelsorge durch ihre im Jahre 1802 gegen den Zurücktritt in ihre noch bestehenden Klöster abgegebene Erklärung als bleibend in der Seelsorge oder bei einem öffentlichen Lehramte mit der Fähigkeit zu testieren lebenslang angestellten Ordenspriester“ gleichgestellt wurden. Bei der Intestaterbfolge nach diesen Personen tritt immer eine Teilung der Verlassenschaft in drei gleiche Teile ein; jedoch mit der Unterscheidung, daß

a) von dem Intestatnachlasse derjenigen, welche auf einem Beneficium

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu u. a. Helfert, Von dem Kirchenvermögen (1834) 2, 271 ff.; Unger 6, 378 ff.; Singer, Die Behebung der für Ordenspersonen bestehenden Beschränkungen im commercium mortis causa für das kanonische und österreichische Recht mit Rücksicht auf die Lehre von der Rechts- und Handlungsfähigkeit der Religiosen überhaupt (1880), insbes. S. 46 ff.; ders., Historische Studien über die Erbfolge nach katholischen Weltgeistlichen in Österreich-Ungarn (1883), insbes. S. 82 ff.; Stubenrauch 1, 931 f. und Note 1 auf S. 931 ff.; Mahl-Schedl, Art. Geistliche Verlassenschaften, in Österr. WB. (2) 1, 245 ff.; Krainz 2, 607 f.; Anders 50 f. Vgl. auch Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 20 f.

bleibend angestellt sind, — hieher gehören: Bischöfe, Domherren, Pfarrer, Lokalkapläne (mit oder ohne Dependenz von der Mutterpfarre, wenn sie nur als bleibend bei der Lokalie angestellt sind), Benefiziaten, Chorvikarien, gestiftete Kapläne, die vom Patronat auf die Kaplanei präsentiert werden — ein Drittel der Kirche, ein Drittel den Armen und ein Drittel den Verwandten nach den Grundsätzen der gemeinen gesetzlichen Erbfolge zuzufallen hat, während

b) von dem Intestatnachlasse derjenigen, welche bei keiner Kirche jemals bleibend angestellt waren — hieher gehören: Pfarrer-Cooperatoren, Provisoren, Administratoren, die nur auf einige Zeit die Pfründe zu verwalten haben, bei weltlichen Ämtern angestellte Priester, wenn sie nicht schon vor dieser Anstellung zur Kategorie a) gehörten, bloße Aushilfspriester, sogenannte Motivanten oder Messeleser — ein Drittel den Armen und zwei Drittel den Verwandten nach den Grundsätzen der gemeinen gesetzlichen Erbfolge zuzuwenden sind (HfD. v. 27. XI. 1807 [JGS. 828], dessen Grundlage das HfD. v. 18. VII. 1772 [auszugsweise abgedruckt bei Kropatschek Bd. 6, S. 505] [für Tirol bestätigt durch HfD. v. 21. II. 1816 [JGS. 1212] und das HfD. v. 7. V. 1789 [JGS. 1008] bilden).

Das Kirchendrittel ist jener Kirche zuzuwenden, bei welcher der Verstorbene zuletzt befründet war, mag er auch anderswo oder im Ruhestande gestorben sein (HfD. v. 6. II. 1792 [JGS. 259]). Hat die Kirche, bei der der Erblasser zuletzt angestellt war, Filialen, und stehen Hauptkirche und Filialen unter verschiedenen Patronaten oder Vogteien, so ist das Kirchendrittel unter Hauptkirche und Filialen nach dem Verhältnisse der Seelenzahl zu verteilen (HfD. v. 27. XI. 1807 [JGS. 828]). Bei Verlassenschaften nach Bischöfen und Domherren ist das Kirchendrittel für kirchliche Diözesanzwecke gewidmet (HfD. v. 19. VI. 1835, Z. 14846 [vgl. ProvGS. S. 594]).

Das Armenmittel fällt in dem weiter oben sub a) behandelten Falle dem Armeninstitute des Ortes zu, an dessen Kirche der Erblasser zuletzt befründet war, und ist, falls diese Kirche Filialen hat und in den Filialen eigene Armeninstitute bestehen, nach den für die Verteilung des Kirchendrittels unter Hauptkirche und Filialen gegebenen Grundsätzen zu verteilen (HfD. v. 27. XI. 1807 [JGS. 828]). Unter „Armeninstitut“ ist jene Institution zu verstehen, welcher nach den bestehenden Gesetzen die öffentliche Armenpflege obliegt<sup>1)</sup>. Das ist in Niederösterreich der Bezirksarmenfond (G. v. 13. IX. 1893 [RGBl. 53]), sonst der Armenfond des Orts-

<sup>1)</sup> Vgl. Gll. 13 582.

gemeinde<sup>1)</sup>. In dem weiter oben sub b) behandelten Falle fällt das Armenmittel nach dem Wortlaute des Schlußabsatzes des HfD. v. 27. XI. 1807 (JGS. 828) den Armen des Ortes zu, wo der Erblasser gestorben ist. Doch hat der OGH.<sup>2)</sup> unter eingehender und zutreffender Begründung ausgesprochen, daß diese Bestimmung dahin ausgelegt werden müsse, daß der letzte ordentliche Wohnsitz — nicht der zufällige Sterbeort — des Erblassers maßgebend sei. Wird das Armenmittel ausgefallen, so wächst es dem Erbteile der Verwandten an<sup>3)</sup>. Auch sonst kann es dazu kommen, daß das Armenmittel ganz oder zum Teile den Verwandten des Erblassers zufällt. Sind nämlich alle in concreto zur Intestaterbfolge berufenen Verwandten des Erblassers selbst arm, so soll ihnen auch das ganze Armenmittel nach den Regeln der gemeinen gesetzlichen Erbfolge zufallen. Sind aber nur einige unter den in concreto zur Intestaterbfolge berufenen Verwandten des Erblassers arm, so können diese aus dem Armenmittel soviel in Anspruch nehmen, als ihnen aus diesem Drittel der Verlassenschaft nach der gemeinen gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre (HfD. v. 18. VII. 1772; HfD. v. 6. II. 1792 [JGS. 259]; HRzD. v. 16. IX. 1824 [JGS. 2040]). Die Verwandten, welche das Armenmittel ganz oder zum Teile in Anspruch nehmen wollen, haben sich zu diesem Behufe an die politische Behörde<sup>4)</sup> — kompetent ist die politische Behörde I. Instanz, in deren Bezirke sich der im speziellen Falle zur Erbfolge berufene Armenfond befindet (MfE. v. 30. V. 1871, Z. 6648) — zu wenden (HfD. v. 23. VIII. 1799 [JGS. 745]), welche nach der Praxis des OGH.<sup>5)</sup> das Erkenntnis — nicht nach freiem Ermessen — auf Grund genauer Prüfung der Armut der Verwandten und nach Einvernahme beider Parteien — der Verwandten und der Vertreter des Armenfonds — zu fällen hat.

<sup>1)</sup> Nur der Armenfond des Standortes der Pfarrkirche, an der der Erblasser zuletzt befründet war, hat Anspruch auf das Armenmittel, und es können — von der für den Fall des Vorhandenseins von unter anderen Patronaten stehenden Filialkirchen normierten Ausnahme abgesehen — nicht etwa die Armenfonde der übrigen der Pfarrkirche zugehörten Gemeinden eine Verteilung des Armenmittels begehren, da das Wort „Ort“ im HfD. v. 27. XI. 1807 nicht im Sinne von „Pfarrsprengel“ zu nehmen ist. So auch Gll. 11 457; Gll. 3200. — Zur Erbserklärung zum Armenmittel im Namen des Ortsarmenfonds ist nicht die Gemeinde, sondern die Finanzprokurator legitimiert. Vgl. Gll. 1131. Zustimmung Ott, a. a. D. 249 (Note 13).

<sup>2)</sup> In der G. Gll. 15 460.

<sup>3)</sup> In der G. Gll. 7805 wird Affreszenz für die übrigen Intestaterben, daher auch für die Kirche, angenommen. Es scheint aber doch davon ausgegangen werden zu müssen, daß die Vorschriften über die Intestatnachlässe der katholischen Geistlichen das Erbrecht des Verwandten zugunsten der Kirche offenbar nur bis zur Höhe von einem Drittel des Nachlasses beschränken wollen, daß also das Kirchendrittel als eine — auch im Wege der Affreszenz — nicht zu überschreitende Nachlassquote anzusehen ist.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu auch Ott, a. a. D. 164.

<sup>5)</sup> Vgl. hierüber Mahl-Schedl, a. a. D. 247.



Die dargestellten Vorschriften über die Intestaterbfolge nach römisch-katholischen Weltgeistlichen finden auch dann Anwendung, wenn der verstorbene Geistliche aus einer früheren Ehe Kinder hinterlassen hat. Für die Bemessung des diesen Kindern, sowie auch für die Bemessung des den Ascendenten des Erblassers gebührenden Pflichtteils bildet nur der den Verwandten zuge dachte Nachlastteil die Grundlage<sup>1)</sup>.

In Ermangelung von erbberechtigten Verwandten, oder wenn die vorhandenen von dem ihnen zustehenden Erbrechte keinen Gebrauch machen, fällt der den Verwandten zuge dachte Teil des Nachlasses (ein Drittel, beziehungsweise zwei Drittel) als erblos an den Fiskus, „wo übrigens es sich von selbst versteht, daß immer zuerst alle Schulden und rechtmäßigen Gebühren der Ordnung nach vor der Verteilung abgezogen, nicht minder auch darauf gesehen werden müsse, damit dasjenige, was zu dem Beneficium in mobilibus et immobilibus gehört, aus dem Vermögen vorzüglich hergestellt werde“ (HfD. v. 18. VII. 1772).

2. Die Intestaterbfolge nach griechisch-katholischen Geistlichen. Diese richtet sich nur dann nach den sub 1 dargestellten Grundsätzen, wenn der Geistliche weder eine Gattin noch Kinder hinterlassen hat. Sonst gelten die Regeln der gemeinen gesetzlichen Erbfolge (HfD. v. 14. VI. 1843 [pol. G. Bd. 71 S. 167]; HfD. v. 27. VI. 1843 [JGS. 712]).

Alle bisher dargestellten Ausnahmsbestimmungen über die Intestaterbfolge nach Weltgeistlichen<sup>2)</sup> wurden durch § 58 G. v. 7. V. 1874 (RGBl. 50), wodurch Bestimmungen über die äußeren Rechtsverhältnisse der katholischen Kirche erlassen wurden, ausdrücklich in Geltung erhalten.

3. Bei der Beerbung von Militärkaplänen finden nicht die Vorschriften über die Intestaterbfolge nach katholischen Geistlichen, sondern die Regeln der gemeinen gesetzlichen Erbfolge Anwendung (Hfrgs. Zirk. v. 20. II. 1779, F. 132; MG. v. 26. IX. 1875).

4. Für die Intestaterbfolge nach Geistlichen anderer Konfessionen gelten keine Abweichungen von der regelmäßigen Intestaterbfolge (vgl. HfD. v. 21. IX. 1797 [JGS. 376] betreffend die Pastoren helvetischer Konfession).

5. Die Intestaterbfolge nach Ordensgeistlichen richtet sich nach den Regeln der gemeinen gesetzlichen Erbfolge. Doch bezieht sich diese Intestat-

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Gapp, Abhandlung über einige schwierige Fragen in Beziehung auf das Erbrecht der von einem bepründet gewesenen katholischen Weltgeistlichen des römischen Ritus in einer früheren Ehe erzeugten Kinder in das Vermögen ihres Vaters nach österreichischen Gesetzen, in Wagner's Z. 1826, II, 1 ff.; Dvorjak, in Wagner's Z. 1848, I, 186 ff.; Unger 6, 378 und Note 8 auf S. 379 f.; Stubenrauch 1, 933 (Note); Anders 51.

<sup>2)</sup> Diese gelten nicht für die Intestaterbfolge nach ausländischen Geistlichen. Vgl. Gll. 14 299.

erfolge im Hinblick auf die mit der Professeleistung eintretende Vermögensunfähigkeit der Ordensgeistlichen nur auf das diesen im Zeitpunkte der Professeleistung gehörige Vermögen<sup>1)</sup>.

6. Cyreligiose werden ab intestato nach den Regeln der gemeinen gesetzlichen Erbfolge beerbt. Nur hinsichtlich der ungarischen Cyreligiosen, die aus dem ungarischen Studien- oder Religionsfonde pensioniert sind, gelten abweichende Bestimmungen (die Normalien v. 4. III. 1778 und v. 14. X. 1779; ferner die HfD. v. 10. VI. 1801 [JGS. 539] und v. 6. II. 1810 [JGS. 898]), denen zufolge der Intestatnachlast in drei Teile zu teilen ist, von denen ein Teil dem ungarischen Fonde, aus dem der Verstorbene seine Pension bezog, ein Teil den Verwandten, und der dritte Teil den Armen, oder wenn die Verwandten selbst zu den wahrhaft Armen gehören, ebenfalls den Verwandten zuzuwenden ist<sup>2)</sup>.

7. Über die Intestaterbfolge nach Mitgliedern des Deutschen Ordens und des Malteserordens vgl. weiter unten Note 6 auf S. 201 f. dieses Bandes.

#### § 43.

#### Der erblose Nachlast<sup>3)</sup>.

Eine Verlassenschaft ist ganz oder zum Teile<sup>4)</sup> als eine erblose zu betrachten, zu welcher im ganzen oder in Ansehung eines bestimmten Teiles kein gewillkürter oder gesetzlicher Erbe vorhanden ist, und welche auch von den Legataren nicht erworben wird (§§ 726, 760). Der erblose Nachlast wird kaduf.

Auf kadufe Verlassenschaften bestanden vielfache Kaduzitätsprivilegien<sup>5)</sup>. Diese sind aber nunmehr erloschen<sup>6)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Gll. 11 527.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 56 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu u. a. Unger 6, 383 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 772 ff.; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Verhältnisse §§ 59, 61; Hofer, Das Heimfallsrecht des Kaduzitätsärars in Verlassenschaften, in Notz. 1899, Nr. 9—12; Sandauer, Erbloser Nachlast und Grenzen des Verwandtenerbrechts. Ein Beitrag zur Geschichte und Lehre des österreichischen Privatrechts, in Grünhuts Z. 28, 161 ff.; Stubenrauch 1, 926 f.; Krainz 2, 608 ff.; Meißel, Art. Kaduzität, in OStZBl. (2) 3, 1 ff.; Louaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftsstreite, in OStZBl. 26, 976 ff.; Anders 95 ff. Vgl. auch Verblith, Über den Zeitpunkt des „Heimfalles“ der erblosen Nachlaste und kadufen Depositen nach österreichischem Recht, in Notz. 1896, Nr. 22.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 383 und Anm. 1 auf S. 384; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 788 f.; Weiser, Die partielle Kaduzität eines Nachlastvermögens, in ZBl. 1882, Nr. 10; Stubenrauch 1, 927 f. und Note 3; Krainz 2, 609 und Note 4; Meißel, a. a. O. 2; Anders 96.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu statt aller Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 774 ff.; Sandauer, a. a. O. 170 ff.; auch Stubenrauch 1, 926 f. (Note 5).

<sup>6)</sup> Eine Kontroverse besteht betreffs des Fortbestandes des Heimfallsrechtes der Städte Wien und Prag. Die diesen Städten verliehenen Kaduzitätsprivilegien wurden bezüglich Prags durch die MZB. v. 6. VI. 1853, Z. 9451 (böhm. GBl.

Der erblose Nachlaß fällt an den Fiskus<sup>1)</sup>. Hierbei sind zwei Fälle zu unterscheiden<sup>2)</sup>:

II. Abt. Nr. 107) und bezüglich Wiens durch die MZB. v. 3. IV. 1855, 3. 4020 (nied.-österreich. GBl. II. Abt. Nr. 11) als mit den damaligen Gesetzen und Einrichtungen nicht vereinbar vom 7. IX. 1848 an gerechnet als erloschen erklärt. Die Gültigkeit dieser Ministerialerlässe wurde nun bestritten. Doch erscheinen die für diese Ansicht angeführten Argumente nicht zutreffend, wobei allerdings zugegeben werden muß, daß die Begründung der erwähnten Erlasse zweifellos eine irrthümliche ist. Für den Fortbestand der Heimfallsrechte der Städte Wien und Prag haben sich ausgesprochen Tomafschel, Das Heimfallsrecht (1882) (rev. von Krásnopolski, in Grünhutsz. 10, 426 ff.; Schulte, in KritWJSchr. 24, 411); Celakovsky, Das Heimfallsrecht auf das vererbliche Vermögen in Böhmen (1882) (rev. von Krásnopolski, in Grünhutsz. 10, 430 ff.); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 779 ff. Gegen den Fortbestand der Reduzitätsprivilegien von Wien und Prag haben sich ausgesprochen Unger 6, Anm. 3 auf S. 385; Hofer, a. a. D. 75; Landauer, a. a. D. 206 ff.; Stubenrauch 1, 926 f. (Note 5); Krausz 2, 609 und Note 3; Meißel, a. a. D. 1 f.; Anders 96; Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen ABGB. 58; Gll. 12 188 (betr. Wien); G. Nö. v. 17. X. 1889, 3. 164 (betr. Prag). — Nicht unter den Gesichtspunkt des Heimfallsrechtes als des Rechtes auf erblose Nachlässe fallen: 1. die Bestimmungen des § 13 d. P. v. 28. VI. 1840 (JGS. 451), der AG. v. 25. VI. 1853 (RGBl. 123), sowie des HKZD. v. 16. I. 1841 (pol. G. Bd. 69, S. 10) über die Beerbung von Mitgliedern des Deutschen Ordens und der HfD. v. 15. VII. 1784 und v. 7. IV. 1785 (Kropatschek 9. Bd., S. 506) über die Beerbung von Mitgliedern des Malteserordens (vgl. Gll. 14 525), da es sich hier mit Rücksicht darauf, daß die Orden bei Mangel einer gültigen letzten Willenserklärung unbeschadet der Pflichtteilsansprüche an Stelle der Verwandten erben, um Intestatanprüche handelt; 2. die Bestimmung des HKZD. v. 21. IV. 1815 (Goutatsche S. X, Nr. 87), derzufolge dem Kemberger allgemeinen Krankenhaus die mitgebrachten Kleidungsstücke und Effekten der dort gestorbenen Kranken ohne eine weitere gerichtliche Verhandlung anheimfallen, wenn diese Fahrnisse binnen drei Monaten nach dem Sterbetage weder von der Abhandlungsinfantz, noch von den Erben gefordert werden; 3. die Bestimmung des HKZD. v. 4. III. 1836 (JGS. 130), derzufolge, wenn ein Verbrecher während der Strafzeit stirbt, seine vorhandenen sogenannten „Überverdienstgelder“ — jetzt die ihm gutgeschriebenen „Arbeitsprämien“ (vgl. JME. v. 12. I. 1885) (JMWBl. Nr. 8) — nicht den Erben zu vererben, sondern für die Kasse der Strafanstalt (eingeschränkt durch JME. v. 14. II. 1866, 3. 1753 [RGBl. 31] auf die gerichtlichen Gefängnisse) einzuziehen sind; 4. das HfD. v. 18. VI. 1837, durch welches das Recht der mit der ersten österreichischen Sparkasse verbundenen allgemeinen Versorgungsanstalt auf die Einlagen erloscher verstorbenen Mitglieder anerkannt wurde, da es sich in den sub 2—4 genannten Fällen nicht um Nachlässe, sondern nur um einzelne Bestandteile von Nachlässen, also nicht um Fälle von Universaljurzeption, sondern um Singularjurzeptionen handelt, und weil überdies die sub 2 und 3 genannten Ansprüche unter Umständen auch beim Vorhandensein von Erben und selbst gegen einen letzten Willen zu Recht bestehen. Vgl. über die sub 1—4 erwähnten sogenannten Reduzitätsfälle u. a. Unger 6, Anm. 3 auf S. 385; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 798 ff.; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 190 ff.; ders., Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen ABGB. 59; Hofer, a. a. D. 74 ff.; Landauer, a. a. D. 170 ff.; Stubenrauch 1, 927 (Note 1); Anders 96. — Im Deutschen Reiche wurden durch Art. 138 GG. z. d. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen im Falle des § 1936 b. BGB. an Stelle des Fiskus eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts gesetzlicher Erbe ist, unberührt gelassen. — Der RevEntw. enthält folgende Bestimmungen: § 135: „§ 760 ABGB. hat zu lauten: Wenn kein zur Erbfolge Berechtigter vorhanden ist oder wenn niemand die Erbschaft erwirbt, fällt die Verlassenschaft als ein erbloses Gut dem Staate anheim.“ — § 136: „Aus den dem Staate anheimfallenden Beträgen sind die Aufgaben zu fördern, die er hinsichtlich der Fürsorgeerziehung, der Sozialversicherung und gemeinnütziger humanitärer Zwecke zu erfüllen hat.“

<sup>1)</sup> Nach § 1936 b. BGB. ist, wenn zur Zeit des Erbfalls weder ein Verwandter,

1. der Fall, daß nach der gerichtsbekanntem Lage des Falles Erben nicht vorhanden sind, so wenn ein testierungsfähiges Kind nach seiner unehelichen Mutter verstorben;

2. der Fall, in welchem das in den §§ 128 und 129 AusstreitG. normierte Ediktalverfahren zur Konstatierung der Erblosigkeit des Nachlasses voranzugehen hat. Sind nämlich die Erben einer Verlassenschaft dem Gerichte gänzlich unbekannt, oder machen die bekannten Erben von ihrem Erbrechte, der erfolgten Verständigung ungeachtet, in der bestimmten Frist keinen Gebrauch, oder bleibt der dem Säumigen angefallene Erbteil nach § 120 AusstreitG. unangetreten, so hat das Gericht einen Verlassenschaftskurator (§ 78 AusstreitG.) zu bestellen und die unbekanntem Erben von amtswegen mittels Ediktes mit der Warnung vorzuladen, daß sie sich binnen einem Jahre zu melden und ihre Erberklärung anzubringen haben, widrigenfalls der nicht angetretene Teil der Verlassenschaft, oder, wenn sich niemand erberklärt hätte, die ganze Verlassenschaft vom Staate als erblos eingezogen würde. Wird nun der Ediktalvorladung ungeachtet und trotz der Verpflichtung des Verlassenschaftskurators, auch sonst alle zur Ausforschung der Erben und ihres Aufenthalts dienlichen Mittel anzuwenden (§ 129 AusstreitG.), innerhalb der Ediktalfrist von niemandem ein Erbrecht angemeldet und ausgewiesen, so hat die Abhandlungsbehörde, ohne daß eine Erbverhandlung zu pflegen wäre<sup>1)</sup>, den Nachlaß mittels Zuweisungserkenntnisses<sup>2)</sup> als erblos dem Fiskus zu übergeben<sup>3)</sup> (§ 130 AusstreitG.)<sup>4)</sup> 5). Vor der Übergabe sind jene Gebühren zu berechnen und in Abzug zu bringen, welche den vom Staate gar nicht oder nur teilweise dotierten

noch ein Ehegatte des Erblassers vorhanden ist, der Fiskus des Bundesstaates, dem der Erblasser zur Zeit des Todes angehört hat, gesetzlicher Erbe. Hat der Erblasser mehreren Bundesstaaten angehört, so ist der Fiskus eines jeden dieser Staaten zu gleichem Teile zur Erbfolge berufen. War der Erblasser ein Deutscher, der keinem Bundesstaate angehörte, so ist der Reichsfiskus gesetzlicher Erbe.

<sup>2)</sup> Auf die Notwendigkeit dieser Unterscheidung weisen auch hin: Hofer, a. a. D. 73 ff.; Meißel, a. a. D. 2; Touailon, a. a. D. 987 f.

<sup>1)</sup> Das hindert aber den Fiskus nicht, gemäß § 813 die Gläubigerkonvokation zu verlangen. Vgl. JME. v. 7. VII. 1851, 3. 7628; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 794; Landauer, a. a. D. 213; Stubenrauch 1, 926 (Note 6); Krausz 2, 610 (Note 12); Meißel, a. a. D. 3; Anders 97.

<sup>2)</sup> Vgl. Meißel, a. a. D. 2.

<sup>3)</sup> Trotz dieser Worte des § 130 AusstreitG. kann aber der Überweisungsauspruch des Gerichtes nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag der Finanzprokuratur erfolgen, worauf schon die Schlusssätze des § 130 AusstreitG.: „und zu diesem Ende der zuständigen Behörde die Anzeige davon zu machen hat“, hinweisen. So richtig Gll. Nö. 3705.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu §§ 1964 ff. d. BGB.

<sup>5)</sup> In der G. Gll. 12 050 hat der OGH. ausgesprochen, daß eine nach dem Ablaufe der Ediktalfrist, aber vor der Erledigung des Antrages der Finanzprokuratur um Reduktionserklärung des Nachlasses überreichte Erberklärung anzunehmen und der Verlassenschaftsabhandlung zugrunde zu legen sei.

Fonden zukommen (§ 155 AusstreitG.)<sup>1)</sup>. Weiters sind vom Nachlasskurator gleichfalls vor der Übergabe, sobald dies mit Sicherheit geschehen kann (§§ 692 und 813), die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer zu befriedigen (§ 129 AusstreitG.).

Der Erwerb des kaduken Nachlasses erfolgt nicht ipso jure, sondern durch die Annahmeerklärung des Fiskus, der also die Einziehung des Nachlasses auch ablehnen kann<sup>2)</sup>. Die Annahmeerklärung des Fiskus ist aber nicht Erbserklärung<sup>3)</sup>.

Der Fiskus haftet für die Verlassenschaftsschulden gleich einem Erben cum beneficio inventarii — weil ein Inventar von Amtswegen zu er-

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu OMMZ. 3232 (Verpflichtung des den erblosen Nachlass übernehmenden Fiskus zur Entrichtung des Beitrages zum steiermärkischen Schullehrer-pensionsfond).

<sup>2)</sup> Lehnt der Fiskus ab, so wird, da es sich ja in diesem Falle gewöhnlich um einen überschuldeten Nachlass handelt, meistens nur die Befriedigung der Gläubiger im Wege der jure crediti-Ginantwortung, des Nachlasskonkurses oder der Exekution in Frage kommen. Liegt ausnahmsweise ein vom Fiskus ausgeschlagener aktiver Nachlass vor, so wird der reine Nachlass im Depositenamte verwahrt und fällt schließlich kraft Behaltungsrechts an den Fiskus. Für die im Texte und in dieser Note vertretene Ansicht — also gegen den ipso jure-Erwerb des Fiskus — u. a. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 792; Landauer, a. a. D. 206; Stubenrauch 1, 928; Krausz 2, 610; Meißel, a. a. D. 2; Ott, Geschichte und Grund-lehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 94; Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen ABGB. 60; Anders 96; OMMZ. 2038, 3232, 3705 (erz. in Note 3 auf S. 203 dieses Bandes). Vgl. hier auch O. DGH. v. 12. I. 1904, Z. 18563, in OStRichterZ. 3, 129. (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Im Zuge eines Konkursverfahrens starb der Gemeinsschuldner. Wegen Abgangs gesetzlicher Erben stellte der Verlassenschaftskurator den Antrag auf Radikalerklärung. Der OGH. wies ab, weil dem Verlassenschaftskurator die Legitimation zur Stellung eines solchen Antrages abgehe, und weil dem Arar nur ein solcher Nachlass als erbloses Gut übergeben werden könne, welcher einen den Passivstand überwiegenden Aktivstand aufweise (?).) Für den ipso jure-Erwerb des Fiskus Unger 6, Anm. 6 auf S. 386; Touaillon, a. a. D. 979 ff.; ders., Die erbrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes einer Novelle zum ABGB., in NotZ. 1909, S. 234; Tüll, Der Entwurf einer österreichischen Zivilgesetznovelle vom Jahre 1907, 23. Von diesen Autoren läßt aber Unger die Ausschlagung des erblosen Nachlasses zu, während Touaillon und Tüll den Standpunkt vertreten, daß der Fiskus die Übernahme des erblosen Nachlasses nicht verweigern dürfe. — Nach dem d. BGB. geht die Erbschaft auf den Fiskus, als gesetzlichen Erben, wie auf jeden Erben, ipso jure mit dem Tode des Erblassers über (vgl. §§ 1922, 1942, Abs. 1). Im Unterschied von anderen Erben kann aber der Fiskus als gesetzlicher Erbe weder die Erbschaft ausschlagen (§ 1942, Abs. 2), noch auf die Erbschaft verzichten (§ 2346).

<sup>3)</sup> So auch u. a. Hofner, a. a. D. 57; Landauer, a. a. D. 206 (Note 120); Meißel, a. a. D. 2; Anders 97; und neben vielen anderen O. d. OGH. insbesondere Oll. 14133, 15112. U. M. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 792 f. — Da der Fiskus keine Erbserklärung abgeben kann, so findet auf die Kollision zwischen einer Erbserklärung und dem Heimfallsrechte des Fiskus das Verfahren gemäß § 125 AusstreitG. keine Anwendung. Das Arar ist behufs Beseitigung des der zu Gericht angenommenen Erbserklärung zugrunde liegenden Erbserbstitels gemäß § 2, Z. 7 AusstreitG., nicht nach § 125 AusstreitG., auf den Rechtsweg zu verweisen. So auch u. a. Krausz 2, 610 und Note 14; Anders 97; Oll. 15549, 15708, 15942; OMMZ. 1499. Vgl. auch Oll. 14133, 15112. U. M. Touaillon, a. a. D. 984 f.; Meißel 103 f.; Oll. 6528. Vgl. auch Oll. 9103, 10985.

richten ist (§ 92, Z. 1 und 2 AusstreitG.) — und in demselben Umfange auch den Legataren<sup>1)</sup>.

Den Erben, welche sich später, i. e. nach Ablauf der Ediktalfrist, melden, bleiben ihre Erbrechte innerhalb der vom Tage des Erbanfalls zu berechnenden<sup>2)</sup> gesetzlichen Verjährungsfrist vorbehalten (§ 128 AusstreitG.). Sie können innerhalb dieser Frist gegen den Fiskus ihr Erbrecht mit der Erbschaftsklage geltend machen<sup>3)</sup>. Der Fiskus hat sowohl rücksichtlich der Früchte einer eingezogenen erblosen Verlassenschaft, als rücksichtlich der freien Verfügung über das Erbschaftsvermögen die Rechte eines redlichen Besitzers (HfD. v. 12. X. 1835 [JGS. 90])<sup>4)</sup>.

Zur Geltendmachung der wirklich vorhandenen Erblosigkeit steht dem

<sup>1)</sup> In dem weiter oben im Texte sub 2 behandelten Falle, also dann, wenn es zum Ediktalverfahren gemäß §§ 128, 129 AusstreitG. kommt, hat der Verlassenschaftskurator, sobald dies mit Sicherheit geschehen kann, die Erbschaftsgläubiger und Legatäre schon vor der Übergabe des kaduken Nachlasses an den Fiskus zu befriedigen. In diesem Falle wird also regelmäßig nur der reine Nachlass dem Fiskus übergeben werden. Immer aber steht den nichtbefriedigten Erbschaftsgläubigern und Vermächtnisnehmern auch nach der Zuweisung des Nachlasses an den Fiskus das Recht zu, ihre Ansprüche gegen das Arar geltend zu machen. Und gerade für diese Fälle gewinnt ja erst eigentlich der Satz, daß der Erbe gleich einem Vorbehalts-erben haftet, seine praktische Bedeutung. Vgl. über die Haftung des Fiskus für Erbschaftsschulden und Vermächtnisse u. a. Unger 6, 384 und Anm. 10 und 11 auf S. 387; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 791 und Note 110 auf S. 791 f.; Meißel, a. a. D. 3; Anders 96 f. Stubenrauch 1, 928 und Note 3 und Krausz 2, 610 und Note 12 beschränken im Einklang mit ihrer Ansicht über die Wirkung der Gläubigerkonvokation auf die Haftung des Vorbehalts-erben (vgl. weiter unten Note 1 auf S. 300 dieses Bandes) auch die Haftung des Fiskus gegenüber sich verspätet meldenden Gläubigern im Falle der Gläubigerkonvokation auf die noch vorhandene Bereicherung. Auch Landauer, a. a. D. 213 ff. beschränkt die Haftung des Fiskus im Falle der Gläubigerkonvokation gegenüber sich verspätet meldenden Gläubigern auf die Bereicherung, stützt aber diese Ansicht — hierin von Stubenrauch und Krausz abweichend — auf das HfD. v. 12. X. 1835 (JGS. 90). Die Frage, ob sich die Haftung des Fiskus im Falle der Gläubigerkonvokation nur auf die Herausgabe der noch vorhandenen Bereicherung beschränkt, gewinnt praktische Bedeutung durch das Institut der sogenannten „Gnadengaben“. Es kommt nämlich in Österreich häufig vor, daß durch einen kaiserlichen Gnadenakt aus dem vom Staate eingezogenen erblosen Vermögen armen, dem Erblasser nahestehenden Personen Geldsummen — die sogenannten Gnadengaben — zugewiesen werden. — Nach d. BGB. ist dem Fiskus als gesetzlichem Erben die Geltendmachung der beschränkten Haftung für Nachlassverbindlichkeiten dadurch erleichtert, daß ihm eine Inventurfrist nicht bestimmt werden und er daher auch nicht durch Veräumung der Inventurfrist das Recht zur Beschränkung seiner Haftung einbüßen kann (§ 2011 d. BGB.; § 780, Abs. 2 RZPD.). „Einen Ersatz hierfür erhalten die Nachlassgläubiger dadurch, daß das Gesetz ihnen gegenüber zur Zukunfterteilung über den Bestand des Nachlasses verpflichtet (§ 2011).“ So Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 2, 212.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, 384; Krausz 2, 611; Meißel, a. a. D. 3; Anders 97.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu weiter unten Note 5 auf S. 332 dieses Bandes. — Vgl. auch § 1964 d. BGB.: Die Feststellung des Nachlassgerichtes, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, begründet nur die Vermutung, daß der Fiskus gesetzlicher Erbe ist.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Kral, Zur Frage der Ausfolgung einer bereits inkamerierten kaduken Verlassenschaftsmasse an die gesetzlichen Erben, in OStWZ. 1901, Nr. 50 und die in ihrer Ablehnung dieser Ausführungen zutreffende Anmerkung der Redaktion.



Fiskus sowohl das Recht zu, eine letztwillige Anordnung anzufechten<sup>1)</sup>, als auch das Recht, gegen den unberechtigten Besitzer der Verlassenschaft deren Herausgabe zu fordern (Erbchaftsklage)<sup>2)</sup>. Diese Klage des Fiskus verjährt in vierzig Jahren. Sind aber die Voraussetzungen der Anfechtung (Umstößung) eines Testamentes gegeben, so verjährt die Anfechtungsklage gemäß § 1487 in drei Jahren<sup>3)</sup>.

Das dem Fiskus zustehende Heimfallsrecht ist nicht privilegiertes Offupationsrecht herrenlosen Gutes, auch nicht Erbrecht<sup>4)</sup>, sondern ein auf dem öffentlichen Rechte<sup>5)</sup> beruhendes Recht auf Universalzufession<sup>6)</sup>, soweit nicht gewisse Rechte, wie Autorrechte (§ 15 UrhG.)<sup>7)</sup>, Rechte aus der Anmeldung eines Patentes und Patentrechte (§ 18 PatG.) von dem Heimfallsrechte ausgeschlossen sind. Der Fiskus ist also nicht Erbe (arg. „erbloser Nachlaß“). Daraus folgt, daß der Fiskus nicht das Recht hat, im

<sup>1)</sup> So auch Unger 6, Anm. 4 auf S. 385; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 788, 792 f. und Note 119 auf S. 193; Hofer, a. a. D. 74; Landauer, a. a. D. 212 und Note 130; Stubenrauch 1, 929 und Note 3; Krainz 2, 610 und Note 14; Meißel, a. a. D. 2 f.; Anders 96; Glm. 2164, 2473, 6523, 10 156; GlmNz. 386. U. M. Kaleffa, kann auch der Fiskus behufs der Geltendmachung seines Raduzitätsrechtes die Gültigkeit einer letztwilligen Anordnung bestreiten?, im Jurist 7, 314 ff.; Wagner, in WagnersZ. 1825, II, 68; Sturm, Zur Geltendmachung des Heimfallsrechtes auf erblose Güter, in OstRGZ. 1855, Nr. 86.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu die in der vorigen Note für die Ansicht des Textes angeführten Autoren; ferner weiter unten Note 6 auf S. 331 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Vgl. JudB. 18.

<sup>4)</sup> Nach dem d. BGB. ist das Erbrecht des Fiskus wahres gesetzliches Erbrecht (§ 1936). Doch gehört der Fiskus nicht zu den gesetzlichen Erben im Sinne der §§ 2104 und 2149. In den von diesen Bestimmungen geregelten Fällen gründet sich der Eintritt des gesetzlichen Erben auf den Willen des Erblassers, und da schon die Mitberufung des Fiskus, als vom Erblasser vermutlich nicht gewollt, abgelehnt werden zu müssen.

<sup>5)</sup> Vgl. § 11 Pat. v. 15. X. 1810 (JGS. 914) (Erbsteuerpatent): „Wo dem Landesfürsten die Erbschaft nach öffentlichem Rechte heimfällt . . .“ zum Unterschiede von dem Falle, „wo der Fiskus irgendwo als Erbe oder Legatar eingesetzt wird, mithin die Erbschaft nach dem Privatrechte antritt.“

<sup>6)</sup> So auch Unger 6, 384 und Anm. 9 auf S. 386 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 785 f.; Landauer, a. a. D. S. 163 f., 203; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 196 ff.; ders., Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen ABGB. 60; Stubenrauch 1, 927 und Note 6 auf S. 928; Krainz 2, 609 f.; Meißel, a. a. D. 1; Anders 96; ferner die Praxis des OGH. (vgl. auch C. OGH. v. 2. IX. 1903, 3. 9111, in Ost. RichterZ. 3, Nr. 131). Im wesentlichen übereinstimmend, aber in der Fassung unverständlich Hofer, a. a. D. 57, der das Heimfallsrecht „als das Recht des Raduzitätsärars zur Universalzufession in alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen, in welche wohl der Erbe, aber nicht in seiner Qualität als Erbe, zu sukzedieren berechtigt ist“ (!), definiert. Abweichend C. OGH. v. 13. X. 1903, 3. 14342, in Ost. RichterZ. 3, Nr. 130 (Das staatliche Raduzitätsrecht begründet keine Gesamtrechtsnachfolge, sondern nur eine Einzel- folge, weshalb die Finanzprokurator zur Vertretung eines kadut erklärten Nachlasses nur insoweit legitimiert ist, als es sich um die Vertretung der tatsächlich übergebenen Nachlassobjekte handelt).

<sup>7)</sup> Auch nach deutschem Recht geht ein literarisches oder künstlerisches Urheberrecht auf den Fiskus als gesetzlichen Erben in der Regel nicht über. Vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 57 ff.

Laufe der Verlassenschaftsabhandlung zu intervenieren<sup>1)</sup>, insbesondere auch nicht das Recht, eine vom Gerichte über eine überreichte Erbserklärung getroffene Verfügung anzufechten<sup>2)</sup>, und daß ihm auch nicht ein Transmissionsrecht aus der Person desjenigen, dessen Nachlaß er als erblos in Anspruch nimmt, zusteht, d. h. daß er keinen Anspruch auf eine dem letzteren zwar angefallene, aber von diesem bei seinen Lebzeiten noch nicht angetretene Erbschaft hat<sup>3)</sup> <sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Im wesentlichen übereinstimmend Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 793 f.; Hofer, a. a. D. 73; Stubenrauch 1, 929 (Note 1); Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 249 (Note 13); sowie fast konstant die Judikatur des OGH. (vgl. hier — abgesehen von zahlreichen an anderen Stellen angeführten GG. — insbesondere Glm. 12 195 [Unzulässigkeit einer Einflußnahme der einen Nachlaß als kadut in Anspruch nehmenden Finanzprokurator auf die Liquidierung angemeldeten Passiven vor der Kaduterklärung], 12 804 [Keine Legitimation der Finanzprokurator zum Refurs gegen die jure crediti-Einantwortung einer Verlassenschaft], 13 200; GlmNz. 33 [Die Finanzprokurator hat kein Refursrecht gegen die aufrechte Erledigung der über das Vermögen des verstorbenen Minderjährigen, dessen Nachlaß als kadut in Anspruch genommen wird, gelegten Vormundschaftsrechnung], 2591 [Der Finanzprokurator als Vertreterin des Raduzitätsärars steht eine Ingerenznahme in der Verlassenschaftsabhandlung, ins solange die Raduzität nicht ausgesprochen wurde, somit auch ein Refursrecht gegen Beschlüsse des Verlassenschaftsgerichtes, nicht zu]; C. OGH. v. 25. IV. 1911, RI 275/11 in OstZBl. 29, Nr. 369 [Insolange eine kadute Verlassenschaft dem Arar nicht übergeben ist, kommt der Finanzprokurator eine Parteilrolle in der Verlassenschaftsabhandlung nicht zu. Die Finanzprokurator ist daher zu Anträgen und Refursen in einer Verlassenschaftsabhandlung vor der Kaduterklärung des Nachlasses nicht legitimiert]). Unentschieden Meißel, a. a. D. 3 f. Abweichend Touaillon, a. a. D. 984 f. Teilweise abweichend Landauer, a. a. D. 211, der sagt: „Die Stellung des Fiskus in der Verlassenschaftsabhandlung ist der eines Erben vielfach analog. Insbesondere hat auf den Antrag der Finanzprokurator die Einberufung der Gläubiger nach § 133 AusstreitG. (wie auf Ansuchen eines Erben) zu erfolgen, können Veräußerungen von Verlassenschaftsgütern durch die Staatsorgane vom Gerichte genehmigt (§ 145 AusstreitG.) und öffentliche Versteigerungen von Nachlaßgegenständen auf Antrag der Finanzprokurator abgehalten werden (§ 147 AusstreitG.). Sobald der Anspruch auf den erblosen Nachlaß geltend gemacht und hinreichend ausgewiesen wurde, hat das Gerichte der Finanzprokurator die Besorgung und Verwaltung der Verlassenschaft zu überlassen (§ 145 AusstreitG.).“ Abweichend auch C. OGH. v. 19. IV. 1911, RI. 254/11 in OstZBl. 29, Nr. 368, in welcher C. der OGH. aussprach, daß der Finanzprokurator schon vom Eintritte der Voraussetzungen der Kaduterklärung die Legitimation zustehe, Ingerenz zu nehmen auf Vorfälle, welche eine Schmälerung des kaduten Nachlasses herbeizuführen geeignet wären. In concreto handelte es sich um einen Refurs der Finanzprokurator gegen die Höhe der dem Kurator der Verlassenschaft zuerkannten Gebühren. — Über die Unanwendbarkeit der §§ 125 ff. AusstreitG. im Falle einer Kollision zwischen einer Erbsklärung und dem Heimfallsrechte des Fiskus vgl. weiter oben Note 3 auf S. 204 dieses Bandes. — Über das Recht des Fiskus, die Gläubigerkonvokation zu verlangen, vgl. weiter oben Note 1 auf S. 203 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. Glm. 10 482.

<sup>3)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 794; Mayrhofer, Steht dem Raduzitätsärar das Transmissionsrecht zu?, in NotZ. 1888, Nr. 31, 32; Hofer, a. a. D. 61 f.; Landauer, a. a. D. 204 und Note 116; Stubenrauch 1 S. 742 (Note 4), 920 (Note 1); Krainz 2, 609 und Note 9; Glm. 10 985, 12 215, 13 197, 13 454, 13 752, 14 054, 14 133, 15 112; GlmNz. 80 (JudB. 138) („Bei Eintritt des Heimfallsrechtes des Staates in Ansehung des Nachlasses eines unehelichen Kindes steht dem Fiskus aus dem Titel der Raduzität das Recht nicht zu, die diesem unehelichen Kinde bei dessen Lebzeiten noch angefallene, jedoch von demselben oder für



daselbe noch nicht angetretene Erbschaft nach seiner vorverstorbenen unehelichen Mutter anzunehmen oder auszuschlagen<sup>4)</sup>. Anders Meißel, a. a. O. 3; Anders 97; Gl. 2473. Gegenwärtig wird das Transmissionsrecht von den Finanzprokuraturen auf Grund des FME. v. 22. IV. 1898, Z. 18146 nicht mehr in Anspruch genommen.

<sup>4)</sup> Konsequenter wird wohl auch die Substitution des Fiskus in die Ansprüche aus verletztem Pflichtteilsrechte für den Fall, daß der erblos verstorbene Noterbe diese Ansprüche noch nicht geltend gemacht hat, gezeugnet werden müssen. So auch Hofer, a. a. O. 69. U. M., d. h. für den Übergang der Ansprüche aus verletztem Noterbenrechte auf den Fiskus, Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 794; Stubenrauch 1, 928 (Note 1); Meißel, a. a. O. 3; Anders 97; Gl. 2473.

## Viertes Kapitel.

### Das Pflichtteilsrecht<sup>1)</sup>.

#### § 44.

#### Begriff und Voraussetzungen.

Nach unserem Rechte ist der Erblasser nicht verpflichtet, gewisse Personen zu Erben einzusetzen<sup>2)</sup> oder ausdrücklich zu enterben (formelles Noterbrecht<sup>3)</sup>), wohl aber verbunden, gewissen Personen, wenn er über sein ganzes Vermögen letztwillig verfügt, einen bestimmten Teil seines Vermögens zu hinterlassen. Diese Verpflichtung ist aber nicht in dem Sinne aufzufassen, daß diesen gewissen Personen ein materielles Erbfolgerecht, d. h. ein Recht auf Universalsubstitution, zustände (materielles Noterbrecht), sondern nur in dem Sinne, daß ihnen auch gegen den Willen des Erblassers ein Forderungsrecht auf einen einem bestimmten aliquoten Teile des reinen Nachlasses entsprechenden Geldbetrag zusteht, ein Forderungsrecht<sup>4)</sup>, das auch durch Hinterlassung eines Vermächtnisses, ja sogar auch durch gewisse Zuwendungen unter Lebenden befriedigt werden kann.

Der Erbteil in diesem Sinne nun, welchen gewisse Personen kraft Gesetzes auch gegen den letzten Willen des Erblassers anzusprechen berechtigt sind, heißt Pflichtteil, und die Personen, welche der Erblasser in der letzten Anordnung mit dem Werte eines bestimmten Teiles seines Vermögens (der Ausdruck „Erbteil“ ist auch im § 762 im weiteren Sinne genommen) bedenken muß, oder — richtiger — die auch gegen den letzten

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu insbesondere Rippel, Beiträge zur Lehre von dem Pflichtteil, in Pratoberas Mat. 6, 263 ff.; Unger 6, 336 ff.; Stubenrauch 1, 933 ff.; Prainz 2, 722 ff.; Anders 123 ff.; Wöh, Die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. 2, 687 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Vossius, Legum et consuetudinum Austriacarum cum jure Romano collatio 223 f.: „Jure nostro neque liberi a parentibus, neque hi a liberis necessario heredes instituendi sunt; satis fit enim legi, si titulo legati illis aliquid relinquatur, quo facto querela cessat: id, quod portioni legitimae deest, conditione consequuntur.“

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Wöh, a. a. O. 691 (Note 6).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu u. a. Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 118 ff.; Prainz 2, 722. — Auch das Pflichtteilsrecht des d. ABGB. weist diesen Charakter auf. Vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 415 f.

Willen des Erblassers einen Anspruch auf einen, einem bestimmten Teile seiner Verlassenschaft entsprechenden Geldbetrag haben, heißen *Noterben*<sup>1)</sup> (§§ 764, 762).

Noterben in diesem Sinne sind die Kinder (auch Adoptivkinder [HfD. v. 10. V. 1833 [JGS. 2610]<sup>2)</sup>) des Erblassers ohne Unterschied des Grades und Geschlechtes und in deren Ermangelung die Ascendenten (Eltern) des Erblassers, wiederum ohne Unterschied des Grades und Geschlechtes (§§ 762, 763). Den Geschwistern des Erblassers steht kein Pflichtteilsrecht zu, folglich sukzedieren sie auch nicht in den Pflichtteilsanspruch ihrer vorverstorbenen Ascendenten; m. a. W.: Geschwister des Erblassers haben bezüglich des Pflichtteilsrechtes kein Repräsentationsrecht. Auch dem überlebenden Ehegatten gebührt kein Pflichtteil (§ 796); der im § 796 gewährte Anspruch auf den mangelnden anständigen Unterhalt ist nicht Anspruch auf einen Pflichtteil oder das Surrogat eines solchen<sup>3)</sup> 4). Aber auch die Kinder des Erblassers und in deren Ermangelung dessen Eltern sind *Noterben* oder Pflichtteilsberechtigte im Sinne des § 763 nur, „sobald für diese Personen das Recht und die Ordnung<sup>5)</sup> der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde“<sup>6)</sup> (§ 763). In dieser Bestimmung liegt ein Doppeltes:

1. Nur jene Descendenten, beziehungsweise Ascendenten des Erblassers sind an sich pflichtteilsberechtigt, denen ein Intestaterbrecht gegen den Erblasser zustehen würde, d. h. die gegen den Erblasser ein gesetzliches Erbfolgerecht in abstracto haben. Um zu bestimmen, ob eine Person pflichtteilsberechtigt ist, ist also die Vorfrage zu beantworten, ob diese Person überhaupt ein Intestaterbrecht gegen den Erblasser haben würde. Wer kein Intestaterbrecht gegen diesen Erblasser hätte, hat auch kein Pflichtteilsrecht<sup>7)</sup>. Daraus folgt:

a) Das uneheliche Kind, und wenn es vorverstorben ist, dessen eheliche Descendenz hat zwar ein Pflichtteilsrecht gegen die uneheliche Mutter, und die uneheliche Mutter hat ein Pflichtteilsrecht gegen ihr kinderloses, un-

<sup>1)</sup> Über die Unzweckmäßigkeit dieses Terminus vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 688 f.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu auch Schiffner, Erbverträge im Zusammenhange mit Adoptionsverträgen, in Grünhutsz. 25, 270 (Note 11).

<sup>3)</sup> Vgl. hierüber die Ausführungen auf S. 120 ff. im IV. Bande dieses Lehrbuchs und die dort in den Noten angeführten Autoren und Entscheidungen.

<sup>4)</sup> Nach dem d. BGB. sind pflichtteilsberechtigt: die Abkömmlinge des Erblassers, dessen Eltern und der überlebende Ehegatte; nicht aber Ascendenten höheren Grades und auch nicht die Geschwister des Erblassers (§ 2303).

<sup>5)</sup> Dworzak, in Wagnersz. 1848, I, 180 (Note 1) behauptet zu Unrecht, daß in den Worten „das Recht und die Ordnung“ ein Pleonasmus liege.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu die treffenden Ausführungen von Span, in Wagnersz. 1835, I, 364 ff.

<sup>7)</sup> Vgl. Rippel, a. a. O. 269; Grünberg, im Jurist 11, S. 63, 74.

eheliches Kind und dessen hinterlassene kinderlose eheliche Descendenten. Geringer steht ein Pflichtteilsrecht nicht zu dem unehelichen Kinde gegen die Ascendenten der unehelichen Mutter, sowie gegen den unehelichen Vater und dessen Ascendenten, und dem unehelichen Vater und dessen Ascendenten und den Ascendenten der unehelichen Mutter gegen das uneheliche Kind.

b) Adoptivkinder und deren eheliche Descendenten haben, wenn sie im Adoptionsvertrage nicht vom Intestaterbrechte ausgeschlossen sind, auch ein Pflichtteilsrecht gegen ihren Adoptivparens (vgl. HfD. v. 10. V. 1833 [JGS. 2610]). Sie haben aber gegen dessen Ascendenten niemals ein Pflichtteilsrecht; und auch der Adoptivparens und dessen Ascendenten haben kein Pflichtteilsrecht gegen das Adoptivkind und dessen Descendenten<sup>1)</sup>.

c) Die durch Begünstigung des Landesfürsten legitimierten Kinder und, wenn sie vorverstorben sind, ihre ehelichen Descendenten haben nur unter der Voraussetzung, unter der sie ein gesetzliches Erbrecht gegen den legitimierenden Vater haben, gegen ihn auch ein Pflichtteilsrecht. Ein gleiches gilt von dem Pflichtteilsrechte des Vaters gegen das so legitimierte Kind und dessen eheliche Descendenten<sup>2)</sup>. Niemals aber steht ein Pflichtteilsrecht den per rescriptum principis legitimierten Kindern gegen die Ascendenten des Vaters oder diesen gegen das per rescriptum principis legitimierte Kind zu.

2. Das *Noterbenrecht* der an sich pflichtteilsberechtigten ist in concreto dadurch bedingt, daß für sie „die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge eintreten würde“, d. h. daß diese Personen nach der Ordnung der gesetzlichen Erbfolge in concreto die gesetzlichen Erben wären. Um zu bestimmen, ob jemand, dem an sich ein Pflichtteilsrecht zusteht, auch in concreto dem bestimmten Erblasser gegenüber ein Pflichtteilsrecht habe, muß also die Vorfrage beantwortet werden, ob er in concreto nach diesem Erblasser der nächste gesetzliche Erbe wäre<sup>3)</sup>. Daraus folgt: Descendenten noch lebender Kinder, selbst wenn diese erbunfähig sind oder auf ihr Erbrecht verzichtet haben oder vom Erbrechte ausgeschlossen oder enterbt sind, haben kein Pflichtteilsrecht gegen die Ascendenten ihres noch lebenden Parens (den Fall der Desertion ausgenommen). Ferner haben in concreto keinen Pflichtteilsanspruch die Großeltern des kinderlosen Erblassers, wenn erbunfähige Geschwister oder Kinder vorverstorbenen Geschwister des Erblassers vorhanden sind, weil durch diese die entfernteren Ascendenten von der Erbfolge ab intestato ausgeschlossen werden. Weiterhin werden Eltern durch

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Schiffner, Erbverträge im Zusammenhange mit Adoptionsverträgen, in Grünhutsz. 25, 270 (Note 12).

<sup>2)</sup> Anders Scheidlein, Miscellen 2, 12 f. Dagegen Rippel, a. a. O. 295 ff. Gegen Rippel wiederum Wessely, in Wagnersz. 1828, III, 364 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Grünberg, im Jurist 11, S. 63, 74.

Adoptivkinder des Erblassers, wenn letzteren ein gesetzliches Erbrecht zusteht, vom Pflichtteilsrechte ausgeschlossen<sup>1)</sup>. Hingegen haben die Eltern allerdings ein Pflichtteilsrecht, wenn das einzige lebende Kind des Erblassers, beziehungsweise alle lebenden Kinder des Erblassers erbunfähig sind<sup>2)</sup>, oder wenn das einzige noch lebende Kind, beziehungsweise alle noch lebenden Kinder des Erblassers auf das Erbrecht verzichtet haben<sup>3)</sup> da die Erbschaft dem erbunfähigen oder verzichtenden Kinde ab intestato gar nicht deferiert wird, vielmehr in diesen Fällen die gesetzliche Erbfolge an die zweite Linie kommt. Ob aber die Eltern in concreto auch dann pflichtteilsberechtigt sind, wenn das einzige noch lebende Kind, beziehungsweise alle noch lebenden Kinder des Erblassers rechtmäßig enterbt sind, ist sehr bestritten. Bejaht wird die Frage nur von Unger<sup>4)</sup> und Kirckstetter<sup>5)</sup>. Von den übrigen Autoren, die diese Frage behandeln, wird sie verneint<sup>6)</sup>. Um hier die richtige Antwort zu finden, muß man sich darüber klar werden, wer zur Erbfolge ab intestato gelangt wäre, wenn der Erblasser zwar seine Descendenten rechtmäßig enterbt, aber andere Erben nicht eingesetzt hätte. Nun ist kein Zweifel, daß unter dieser Voraussetzung die Eltern ab intestato sukzediert hätten. Sind somit die Eltern von der gesetzlichen Erbfolge nicht durch das Dasein der Descendenten, sondern durch die Einsetzung anderer Erben ausgeschlossen, so müssen wir sagen, daß sie pflichtteilsberechtigt sind, wenn die vorhandenen Kinder des Erblassers sämtlich rechtmäßig enterbt sind<sup>7)</sup>. Endlich darf

<sup>1)</sup> So auch schon Stubenrauch, in *Wagners Z.* 1847, I, 75 ff.; ferner Pfaff und Hofmann, *Kommentar* 2, 729; Stubenrauch I, 935 (Note 3); Krausz 2, 725 f. (Note 3); Anders 126. U. M. Kofesch, *Schließt ein Adoptivkind die Eltern seiner Wahlkinder vom Pflichtteile aus?*, in *JBl.* 1895, Nr. 32, der aus den Worten „frei vererbliches Vermögen“ in § 755 deduziert, daß durch Adoptivkinder Eltern vom Pflichtteile nicht ausgeschlossen werden, daß bei der gesetzlichen Erbfolge den Eltern der Pflichtteil und den Adoptivkindern das übrige, das ist das freivererbliche Vermögen, als Erbteil gebühre und gegen einen letzten Willen sowohl den Eltern als den Adoptivkindern der Pflichtteil hinterlassen werden müsse. Gegen Kofesch Meißels, in *JBl.* 1895, Nr. 34.

<sup>2)</sup> Gegen die verneinende Ansicht Scheidleins, *Miszellen* 2. Heft, §§ 3—5 zutreffend Nippel, a. a. O. 290 ff.

<sup>3)</sup> Anders Zeiller, *Kommentar* 2, 775 f.; Pratobervera, in seinen *Mat.* 6, 294 (Note).

<sup>4)</sup> 6, Anm. 5 auf S. 338 f.

<sup>5)</sup> *Kommentar zum österr. österr. ABGB.* (5) 396.

<sup>6)</sup> Vgl. z. B. Zeiller, *Kommentar* 2, 776; Pratobervera, a. a. O.; Nippel, *Erläuterung* 5, 67 f.; Winwartner, *Das österr. bürgerliche Recht* 3, 340 f.

<sup>7)</sup> § 2309 d. ABGB. sagt: „Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.“ Ist aber ein solcher Abkömmling gar nicht vorhanden, so sind die entfernteren gesetzlichen Erben pflichtteilsberechtigt. Ebenso wenn der Abkömmling, beziehungsweise nähere Abkömmling den Pflichtteil nicht verlangt, weil er ihm mit Grund entzogen ist (§§ 2333 ff.); hier allerdings mit der Beschränkung, daß der Pflichtteilsanspruch der Eltern, beziehungsweise der entfernteren Abkömmlinge insoweit nicht besteht, als dem Abkömmling, beziehungsweise dem näheren Abkömmling

das Pflichtteilsrecht der an sich pflichtteilsberechtigten Personen nicht durch Verzichtleistung auf das gesetzliche Erbrecht<sup>1)</sup> oder den Pflichtteil<sup>2)</sup> erloschen oder wegen Erbunfähigkeit (Erbunwürdigkeit) verwirkt<sup>3)</sup> oder durch rechtmäßige Enterbung<sup>4)</sup> beseitigt sein (§ 767)<sup>5)</sup>. Ist aber die Erbunfähigkeit vor Eröffnung der Erbfolge behoben worden, so steht dem erbunfähig Gewesenen allerdings das Pflichtteilsrecht zu<sup>6)</sup>.

## § 45.

## Die Größe und die Berechnung des Pflichtteils.

I. Die Größe des Pflichtteils beträgt für Descendenten die Hälfte, für Ascendenten ein Drittel jener Erbportion, welche dem Pflichtteilsberechtigten gebührt hätte, wenn die Erbfolge ab intestato eingetreten wäre<sup>7)</sup> (§§ 765, 766)<sup>8)</sup><sup>9)</sup>. Zur Bestimmung der Größe des Pflichtteils muß daher vorerst der Intestaterbteil des Noterben ermittelt werden. Bei

ungeachtet der Entziehung des Pflichtteils etwas hinterlassen und von ihm angenommen worden ist. Dagegen steht den entfernteren gesetzlichen Erben kein Pflichtteilsanspruch zu, wenn der Abkömmling, beziehungsweise der nähere Abkömmling, der weder die Erbschaft ausgeschlossen hat, noch für erbunwürdig erklärt worden ist, noch endlich für seine Person auf das Erbrecht verzichtet hat (§§ 1953, 2344, 2346, 2349), den Pflichtteil verlangen kann, weil er durch Verfügung von Todeswegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist (§ 2303) oder mit einem geringeren Erbteile bedacht ist (§ 2305) oder endlich die ihm gemachte Zuwendung gemäß §§ 2306, 2307 ausgeschlossen hat. Vgl. hierzu Strohal, *Das deutsche Erbrecht* (3) I, 426 ff.

<sup>1)</sup> Vgl. *GM.* 151 (Der Verzicht des vorverstorbenen Kindes schließt dessen Descendenten vom Pflichtteilsrechte aus).

<sup>2)</sup> Vgl. *GMNf.* 3362.

<sup>3)</sup> Dagegen freilich Schwab, *Ob Erbunwürdigkeit an sich einen Noterben seines Pflichtteilsanspruches verlustig macht?*, in *Wagners Z.* 1848, II, 76 ff.; und Michel, in *Haimers VJSchr.* 2, 49 ff.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu den Antrag der Prager juristischen Fakultät in *Prot.* I, 476. Vgl. auch *GMNf.* 3362.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu §§ 2333—2337, 2344, 2345, 2346, 2349 d. ABGB.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 6 auf S. 339; ferner B. v. 28. II. 1786 (*JGS.* 607) („Den Ordensgeistlichen, welche in den Weltpriesterstand übertreten, wie auch den Nonnen der aufgehobenen Klöster, gebühren in Ansehung des Pflichtteils gleiche Rechte mit den übrigen Kindern. Jedoch ist diese Anordnung nur auf künftige Fälle zu verstehen, nicht aber auch auf die verstorbenen zu erstrecken, da nämlich der Erblasser zu der Zeit gestorben ist, da sein Kind mit den Klostergeübten noch gebunden gewesen“) und *HfD.* v. 17. VIII. 1835 (*JGS.* 76) (Exreligiösen, welche die Aufhebung ihres Gelübdes erhalten haben oder durch Aufhebung ihres Ordens, Stiftes oder Klosters aus ihrem Stande getreten sind, steht nicht allein das Testierungsrecht nach § 573, sondern auch das Erbrecht nach § 538 ABGB, sei es durch Testament oder durch gesetzliche Erbfolge, mithin auch das Recht auf einen Pflichtteil zu).

<sup>7)</sup> Bezüglich des Noterbrechts nach einem gerichtlich erklärten Verschwender vgl. weiter oben S. 54 und Note 2 auf S. 54 dieses Bandes.

<sup>8)</sup> Gegen Scheidleins (*Miszellen*, 2. Heft, §§ 14—16) Behauptung, daß dem überlebenden Elternteile der Pflichtteil, welcher dem vorverstorbenen von Seiten des später verstorbenen Kindes angefallen wäre, attrahiere, vgl. Nippel, a. a. O. 303—305.

<sup>9)</sup> Nach dem d. ABGB. besteht der Pflichtteil immer in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils.

Ermittelung der Intestaterbportion müssen alle jene Personen mitberücksichtigt werden, welche, auch ohne selbst Noterben zu sein, mit dem Noterben ab intestato sukzediert, daher dessen Intestatportion beschränkt hätten. Deshalb muß bei der Bestimmung des Pflichtteils der Eltern der dem überlebenden Ehegatten ab intestato gebührende Viertel berücksichtigt werden<sup>1)</sup>. Ebenso ist bei der Bestimmung des Pflichtteils der Kinder der dem überlebenden Ehegatten gebührende Fruchtgenuß zu berücksichtigen<sup>2)</sup>, weshalb der einem Kinde gebührende Pflichtteil bezüglich einer Quote ex lege mit dem dem überlebenden Gatten gebührenden Fruchtgenusse belastet erscheint<sup>3)</sup>. Diese Belastung zessiert aber wohl dann, wenn der überlebende Ehegatte im Testamente auf einen Teil der Erbschaft oder auf die ganze Erbschaft als Erbe eingesetzt ist<sup>4)</sup>. Weiterhin sind bei der Bestimmung des Pflichtteils des überlebenden Elternteils auch die Geschwister des Erblassers zu berücksichtigen<sup>5)</sup>. Insbesondere muß ferner bei der Bestimmung des Pflichtteils der Eltern (oder eines früher erzeugten Kindes<sup>6)</sup>) eines katholischen Weltgeistlichen unterschieden werden, ob dieser bei einer Kirche bleibend angestellt war oder nicht, weil davon die Intestatportion

<sup>1)</sup> Vgl. *Gl.* 3686, 11 115.

<sup>2)</sup> So zuerst Unger 6, Anm. 1 auf S. 340. Vgl. auch Hofmann, *Der Unterhaltsanspruch des überlebenden Gatten nach § 796 ABGB*, in *Grünhutsz.* 1, 565; Fischer-Colbrie, *Über die Berücksichtigung des Gattenerbrechtes bei Berechnung des Pflichtteils nach österreichischem Rechte*, in *Notz.* 1909, 305 ff.; Bruck, *Die Beschränkung des Pflichtteils durch das Fruchtgenußrecht des überlebenden Ehegatten*, in *Notz.* 1911, 131; ders., in *Notz.* 1911, 155 f. Gegenteiler Ansicht — der Pflichtteil der Kinder sei ohne Rücksicht auf das gesetzliche Fruchtgenußrecht des Ehegatten zu berechnen — u. a. Winiwarter, *Das österreichische bürgerliche Recht* 3, 333; Dr. L., *Einige Worte zur Lehre von der Ausmessung des Pflichtteils*, in *JBl.* 1887, Nr. 27 (dazu — in *JBl.* 1887, Nr. 28); Ofner, *Zur Ausmessung des Pflichtteils*, in *JBl.* 1887, Nr. 31; Haerdtl, *Ein Beitrag zur Lehre von der Ausmessung des Pflichtteils*, in *JBl.* 1888, Nr. 4; Fleischer, *Zur Frage der Pflichtteilsabmessung*, in *JBl.* 1888, Nr. 5; Schiffner, *Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse* 76; Stubenrauch 1, 936; Krainz 2, 728 f.; Ofner, *Pflichtteil der Kinder, wenn der Ehegatte überlebt*, in *Notz.* 1911, 147 f.; Steiner, *Die Beschränkung des Pflichtteils durch das Fruchtgenußrecht des überlebenden Ehegatten*, in *Notz.* 1911, 203 ff.

<sup>3)</sup> So auch *Gl.* 11 451, 12 905, 15 431, 15 743. — Auch Feistmantel, *Zur Lehre von der Ausmessung des Pflichtteils in bezug auf das gesetzliche Fruchtgenußrecht des überlebenden Ehegatten*, in *JBl.* 1887, Nr. 48 will das Fruchtnießungsrecht des überlebenden Ehegatten berücksichtigt wissen, aber in der Art, daß von dem Pflichtteil der Kinder, wie er sich ohne Rücksicht auf den Ehegatten darstellt, der Schätzwert des Fruchtgenusses, der dem Ehegatten bei der gesetzlichen Erbfolge zugefallen wäre, abgezogen wird.

<sup>4)</sup> Diese Ausnahme wird aber in der Literatur und in der Praxis nicht anerkannt.

<sup>5)</sup> Die Behauptung Wildners, im *Jurist* 17, 318 ff., daß der Pflichtteil des überlebenden Elternteils, wenn Seitenverwandte (Geschwister) des Erblassers vorhanden sind, den dritten Teil des ganzen Nachlasses betrage, ist bereits von Schiefel, im *Jurist* 18, 110 ff. widerlegt worden. Was Wildner, im *Jurist* 18, 118 ff. gegen Schiefel vorbringt, wird — abgesehen von anderen Gründen — durch den Wortlaut des § 767 widerlegt.

<sup>6)</sup> Vgl. Gapp, in *Wagnersz.* 1926, II, 7 ff.

des betreffenden Noterben abhängt<sup>1)</sup>. Natürlich ist bei der Ausmessung, d. i. bei der Bestimmung der Größe des Pflichtteils derjenige gesetzliche Erbe, der erbunfähig ist oder auf das gesetzliche Erbrecht (nicht bloß auf den Pflichtteil<sup>2)</sup>) verzichtet hat<sup>3)</sup>, aber auch derjenige, der rechtmäßig enterbt (§ 767) oder bei Lebzeiten des Erblassers für seine Erbanprüche<sup>4)</sup> — nicht bloß für seinen Pflichtteilsanspruch<sup>5)</sup> — abgefunden worden ist, nicht in Betracht zu ziehen<sup>6)</sup>.

II. Ausgemessen und berechnet wird der Betrag des Pflichtteils unter Zugrundelegung des durch ordnungsmäßige<sup>7)</sup>, d. i. gerichtliche, Schätzung<sup>8)</sup> ermittelten Gesamtwertes, des hinterlassenen Vermögens, das der Erblasser frei vererben konnte — nicht zu berücksichtigen also ist das durch ein Lehens- oder Fideikommißband oder durch eine fideikommissarische Substitution gebundene Vermögen —, wie es zur Zeit des Todes des Erblassers bestand<sup>9)</sup><sup>10)</sup>. Die Noterben können der Schätzung beiwohnen<sup>11)</sup> und

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 197 f. dieses Bandes. Vgl. hier ferner Dworzak, in *Wagnersz.* 1848, I, 177 ff. (speziell S. 184 ff.) gegen Winiwarter's (a. a. O. 3, 334) abweichende Ansicht, daß der Pflichtteil nach jenem Betrage bemessen werde, welcher den Noterben gebührt hätte, wenn die gemeine gesetzliche Erbfolge Platz griffe; auch Krainz 2, 729; Anders 127.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Michel, in *Haimers Mag.* 7, 306 ff.; Unger 6, Anm. 3 auf S. 341; Pfaff und Hofmann, *Kommentar* 2, 56; dies., *Ertrufe* 2, 49 f.; Zöll, *Sind Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteils in Anrechnung zu bringen oder nicht?* (S. aus *StRGz.* 1905, Nr. 4—11, 21, 25) 55 (Note 67); Wroblewski, *Zur Anrechnungslehre* (S. aus *StzBl.* 1905, 961 ff.) 26; Stubenrauch 1, 938; Krainz 2, 729 f.; Anders 127.

<sup>3)</sup> Vgl. *Gl.* 2175, 13 770; *GlMz.* 4480.

<sup>4)</sup> Vgl. *Gl.* 13 770.

<sup>5)</sup> Vgl. Stubenrauch 1, 938 (Note 4); Krainz 2, 730; *Gl.* 9370 (Auch wenn ein Noterbe wegen erhaltener Vorempfänge auf einen Pflichtteil keinen Anspruch erbt, nach dem Tode des Erblassers auf seinen Pflichtteil verzichtet, ist er bei der Berechnung der Pflichtteile der übrigen Noterben mitzuzählen).

<sup>6)</sup> Nach dem b. BGB. (§ 2310) werden bei der Feststellung des für die Berechnung des Pflichtteils maßgebenden Erbteils diejenigen mitgezählt, welche durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen sind oder die Erbschaft ausgeschlagen haben oder für erbunwürdig erklärt sind. Dagegen wird derjenige, der durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, nicht mitgezählt.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu *GlMz.* 3579 (Vorgehen bei mangelhafter Schätzung).

<sup>8)</sup> Vgl. *Gl.* 6433, 6481 (Die Bewertung der Nachlassrealitäten hat durch gerichtliche Schätzung, nicht nach dem hundertfachen Steuerbetrage zu erfolgen). Wurden aber Nachlassgüter im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung — vor der Entrichtung des Pflichtteils — vom Haupterben gerichtlich feilgeboten, so ist der Pflichtteilsberechnung der Feilbietungserlös, und nicht der gerichtliche Schätzwert zugrunde zu legen. So richtig mit Berufung auf § 786 und *HfD.* v. 27. III. 1847 (*JGS.* 1051) *GlMz.* 751. Vgl. auch Dreßler, in *Wagnersz.* 1839, I, 122 ff.; Unger 6, Anm. 2 auf S. 343; Stubenrauch 1, 958; Anders 128. U. M. mit Berufung auf § 784 und *HfD.* v. 31. I. 1844 (*JGS.* 781) *Gl.* 15 697. Vgl. auch schon Mikolajsch, *Ist der Pflichtteil immer nach dem Schätzwerte der Verlassenschaftsstücke zu bemessen?*, in *Wagnersz.* 1838, II, 154 ff. — Vgl. hier auch *G. OGH.* v. 24. V. 1911, *RI.* 340/11, in *Notz.* 1911, S. 271 (Bewertung eines Unternehmens in der Nachlassabhandlung zum Zwecke der Ermittlung der Pflichtteile) (erzepiert weiter unten in Note 1 auf S. 287 ff. dieses Bandes).

<sup>9)</sup> Anders mit Berufung auf § 786 ABGB., *HfD.* v. 27. III. 1847 (*JGS.* 1051) und § 167 *AusfretG.* *GlMz.* 751, nach welcher Entscheidung der Pflichtteil



ihre Erinnerungen dabei machen<sup>1)</sup>, die Aufnahme eines Inventars (§ 804) und unter Umständen auch die separatio bonorum (§ 812)<sup>2)</sup> verlangen<sup>3)</sup>, nicht aber auf die Feilbietung von Verlassenschaftsstücken zur Erhebung des wahren Wertes derselben dringen (§ 784). Das Recht, die Inventarisierung und Schätzung des Nachlasses zu verlangen, kann den Noterben vom Erblasser nicht entzogen werden; ein Verbot, die Inventarisierung und Schätzung zu verlangen, unter Androhung eines Vermögensnachteiles für den Fall der Übertretung wäre ungültig. Wohl aber können die (großjährigen) Noterben auf die Inventarisierung verzichten und sich mit dem eidesstattigen Vermögensbekenntnisse der Testamentserben begnügen<sup>4)</sup>. Ein solcher Verzicht kann auch stillschweigend geschehen<sup>5)</sup>.

Zum Nachlasse sind alle Forderungen des Erblassers, auch die gegen Erben und Legatäre, hinzuzurechnen (§ 784). Gingen Schenkungen, die der Erblasser unter Lebenden gemacht hat, behufs Berechnung des Pflichtteils nicht in Anschlag zu bringen<sup>6)</sup> 7). Abzurechnen sind alle Ver-

nach dem Stande des Erbvermögens zur Zeit der Feststellung des Pflichtteiles zu berechnen ist.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu und zum folgenden auch §§ 2311 ff. d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. G.M. 12 466 (Eine ohne Verständigung des Vormundes der minderjährigen Noterben vorgenommene Inventur und Schätzung ist nichtig).

<sup>3)</sup> Vgl. G.M. 10 743.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu weiter unten S. 293 ff. dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Bei Abwesenheit eines Pflichtteilsberechtigten ist unter analoger Anwendung des § 92, Abs. 1 AusstreitG. das Inventar von Amtswegen zu errichten. Vgl. G.M.Nr. 4764.

<sup>6)</sup> Vgl. G.M. 8814.

<sup>7)</sup> Vgl. G.M. 10 767 (Der Noterbe, welcher während der Nachlassabhandlung auf Inventarerrichtung nicht bestanden hat, kann vom Testamentserben nicht den Manifestationseid verlangen).

<sup>8)</sup> So auch Wroblewski, Zur Anrechnungslehre (S.M. aus ÖstZBl. 23, 961 ff.); Wöfl, Über die Berücksichtigung von Schenkungen bei der Pflichtteilsbemessung (S.M. aus NotZ. 1906, Nr. 4—11); Krainz 2, 730; Anders 133; Krašnopolski, Die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des ABGB. 34 f.; Steinlechner, Über die Regierungsvorlage einer Novelle zum ABGB. 43; Schiffner, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen ABGB. 67; Ehrenzweig, Zu den erbrechtlichen Bestimmungen der Zivilrechtsnovelle, in ZBl. 1903, S. 87; G.M. 12 095; G.M.Nr. 1169, 1902, 2365 (ZudB. 157). A. M. entweder bezüglich der Schenkungen überhaupt oder bezüglich beträchtlicher Schenkungen oder bezüglich Schenkungen, die vermöge ihres Betrages nicht aus den Einkünften, ohne das Stammvermögen anzugreifen, geleistet werden können, oder bezüglich inoffiziöser (§ 951) Schenkungen oder bezüglich der vom Erblasser an dritte Personen gemachten Schenkungen u. a. Unger 6, Anm. 5 auf S. 364 f.; früher Krainz; Sternberg, Schenkung und Pflichtteil, in Gerh. 1899, Nr. 49, 50; Breuer, Die Kollation anrechenbarer Gaben und reiner Schenkungen (1901); ders., Die pflichtwidrige Schenkung, in Gerh. 1902, Nr. 37, 38; Stubenrauch 1, 956 f. und Note 6; Zoll, Sind Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles in Anrechnung zu bringen oder nicht? (S.M. aus ÖstABG. 1905, Nr. 4—11, 21, 25); ders., in ÖstZBl. 24, 273 ff.; G.M. 583, 1474; G.M.Nr. 475. Vgl. auch Krčmár, Povinný podíl a darování, in Právník 1901, S. 322 ff. — Über die Beantwortung der Frage, ob Schenkungen unter Lebenden bei der Berechnung des Pflichtteiles in Anschlag zu bringen sind, im d. BGB. und im RevEntw. vgl. weiter unten Note 8 auf S. 236 dieses Bandes.

lassenschaftsschulden<sup>1)</sup>, also auch die Forderungen der Erben und Legatäre, (§ 785)<sup>2)</sup> — zu den Verlassenschaftsschulden sind nach richtiger Meinung auch hier zu zählen die Verbindlichkeiten gemäß §§ 171, 795, 796, 1243<sup>3)</sup> —, sowie die auf der Verlassenschaft haftenden gesetzlichen Lasten (§§ 549, 694, 802, 818 ABGB.; § 111 AusstreitG.)<sup>4)</sup>, welche auch bei der gesetzlichen Erbfolge zu entrichten wären<sup>5)</sup>. Gingen werden bei der Berechnung des Pflichtteiles Vermächtnisse (auch ein eingeräumtes Ad-vitalitätsrecht) und andere aus dem letzten Willen des Erblassers entspringende Lasten, daher auch die widerruflichen — und wohl auch die nicht widerruflichen — Schenkungen auf den Todesfall<sup>6)</sup> vom Nachlasse nicht abgezogen<sup>7)</sup> (§ 786).

Von dem so festgestellten Geldwerte der Verlassenschaft wird der Pflichtteil berechnet und dem Noterben in Geld ausgezahlt<sup>8)</sup>. Doch nimmt der Noterbe an allen Vermehrungen und Verminderungen („Gewinn und Nachteile“)<sup>9)</sup>, welche der Nachlass vom Todestage des Erblassers bis zur „wirklichen Zuteilung“, d. h. Auszahlung des Pflichtteils<sup>10)</sup> erfährt, teil (§ 786)<sup>11)</sup>.

<sup>1)</sup> Über die Hinzurechnung der der Anrechnung unterliegenden Vorempfänge zum Nachlasse vgl. weiter unten S. 224 f. dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu G.M. 12 790 (Für ein auf dem Nachlasse haftendes Ausgedinge ist ein Bedeckungskapital als Passivum einzustellen, zugleich aber der davon entfallende Pflichtteil für den Fall des Erlöschens des Ausgedinges sicherzustellen).

<sup>3)</sup> § 137 RevEntw. zieht die jetzigen §§ 784 und 785 in einen Paragraphen zusammen. Über den Inhalt des neuen § 785 (§ 138 RevEntw.) vgl. weiter unten Note 8 auf S. 236 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Ob auch diese Ansprüche dem Pflichtteilsanspruch vorangehen, ist allerdings bestritten. Vgl. hierzu im IV. Bande dieses Lehrbuchs S. 99 und Note 2, S. 127 und Note 2, S. 280 und Note 7; ferner Stubenrauch 1, 957 (Note 3); Krainz 2, 731 (verneinend); Anders 128.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu auch Trsek, Die Konkurrenz der Abhandlungskosten mit den Nachlasspassiven, in NotZ. 1903, 204.

<sup>6)</sup> So auch Unger 6, Anm. 4 auf S. 344; Stubenrauch 1, 957 (Note 3); Krainz 2, 731; Anders 128. Ganz anders Zeiller, Kommentar 2, 805 wegen der Worte „bei Lebzeiten“ in § 785. Gegen Zeiller insbesondere Schuster, in Haimerts Mag. 11, 258 ff.; und schon Hirsch, in WagnersZ. 1827, I, 173 ff.

<sup>7)</sup> Auch die unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall steht also den Pflichtteilsansprüchen nach. Vgl. auch G.M. 27. Anders Unger 6, Anm. 21 auf S. 331; Stubenrauch 2, 152; Krainz 2, 721 (Note 5).

<sup>8)</sup> Wohl aber Witwengehalt und Widerlage. So auch Krainz 2, 731; Anders 128. Anders Zeiller, Kommentar 2, 804 f.; früher Krainz; und bezüglich des Witwengehaltes Stubenrauch 1, 957.

<sup>9)</sup> Vgl. hierzu weiter unten S. 218 f. dieses Bandes.

<sup>10)</sup> Vgl. hierzu J. P., in WagnersZ. 1827, I, 232 ff. (über die Verpflichtung der Noterben, zu den Administrationskosten und Reparaturen der Verlassenschaftsrealitäten verhältnismäßig beizutragen); auch Krainz 2, 731: „Der Noterbe hat ferner einen Teil der bis zur Auszahlung des Pflichtteiles auflaufenden Kosten der Nachlassverwaltung zu tragen.“

<sup>11)</sup> Nicht bis zur Zuteilung (Einantwortung) des Nachlasses an den Erben. Für die hier vertretene Ansicht vgl. Prot. I, 485; HfD. v. 27. III. 1847 (JGS. 1051); ferner Unger, Verlassenschaftsabhandlung 143 f.; ders., 6, Anm. 3 auf S. 362; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 123 und Note 35; Stuben-

Der herauszuzahlende Betrag nimmt also verhältnismäßig zu oder ab. Der Noterbe ist demnach berechtigt, über den ihm vom Tode des Erblassers bis zur wirklichen Zuteilung des Pflichtteiles gebührenden verhältnismäßigen Anteil am Gewinn und an den Früchten und über den ihn treffenden verhältnismäßigen Anteil am Verluste des Nachlasses Rechnung zu fordern (HfD. v. 27. III. 1847 [JGS. 1051])<sup>1)</sup>. Andererseits ist der Erbe bei obwaltender Gefahr namentlich beim Vorhandensein zweifelhafter, im vollen Betrage angelegter Forderungen berechtigt, vom Noterben Sicherstellung zu begehren, allerdings auch verpflichtet, unter der gleichen Voraussetzung bei zweifelhaften Schulden Sicherheit zu leisten (argumento § 692)<sup>2)</sup>.

Betreffend die Natur des Pflichtteilsanspruches bestimmt das ausdrücklich als Erläuterung des § 784 erklärte HfD. v. 31. I. (beziehungsweise 7. II.) 1844 (JGS. 781), daß der Noterbe nach § 784 keinen Anspruch auf einen verhältnismäßigen Anteil an den einzelnen zur Verlassenschaft gehörigen, beweglichen oder unbeweglichen Sachen, sondern nur einen Anspruch auf den durch gerichtliche Schätzung berechneten Geldwert seines Erbteils hat<sup>3)</sup>. Der Pflichtteilsanspruch ist somit ein auf dem Gesetze beruhendes, gegen den Nachlaß zustehendes Forderungsrecht auf einen bestimmten Geldebetrag<sup>4)</sup>. Nur diesen Anspruch kann der Noterbe erheben,

rauch 1, 958 und Note 1; Krausz 2, 724; Anders 125. Für die andere Ansicht u. a. Rippel, Erläuterung 5, 124; Winowarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 373.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu GlM. 12696 (Wird nach dem Tode des Erblassers das Geschäft mit verlaßbehördlicher Genehmigung für Rechnung des Nachlasses fortgeführt, so ist der Pflichtteil mit Rücksicht auf die Ergebnisse dieser Geschäftsführung zu berechnen (§ 786). Refursrecht der Verlassenschaftsgläubiger gegen unrichtige Berechnung und Sicherstellung des Pflichtteils).

<sup>2)</sup> Betreffend die Frage, ob der Noterbe einen Anspruch auf die gesetzlichen Zinsen seiner Pflichtteilsforderung vom Todestage des Erblassers angefangen hat, ist zu bemerken, daß nach Prot. I, 485 nur die vom Erben wirklich bezogenen Zinsen verhältnismäßig zu teilen sind. In der Entscheidung GlM. 10454 hat allerdings der OGH ein Recht des Noterben, anstatt des ihm gebührenden Anteils an den Früchten des Nachlasses die Zinsen des Pflichtteilsbetrages vom Tode des Erblassers an zu fordern, anerkannt. Diese Ansicht ist aber unbegründet. Ein Anspruch des Noterben auf die gesetzlichen Zinsen seines Pflichtteilsanspruches besteht nicht. Der Noterbe partizipiert gemäß § 786 nur an den in der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Entrichtung des Pflichtteils abreisenden Nutzungen (Zivil- und Naturalfrüchten) des Nachlasses. So auch Stubenrauch 1, 958 und Note 5.

<sup>3)</sup> Vgl. Prot. I, 485.

<sup>4)</sup> Durch dieses HfD. wurde die frühere Kontroverse hierüber beseitigt. Über diese Kontroverse vgl. u. a. Zugschwerdt, Erörterung der Frage, ob ein auf den Pflichtteil beschränkter Noterbe berechtigt sei, seinen Pflichtteil in natura zu fordern oder ob er sich mit dem Äquivalente desselben begnügen müsse?, im Jurist 10, 15 ff.; auch J. P., Zivilrechtsfall zur Erläuterung der Lehre vom Pflichtteil, in WagnersZ. 1827, I, 218 ff.; Ellinger, Versuch einer Beantwortung der Frage: Haben Noterben ein Recht, die Zuweisung des Pflichtteils in Natur zu begehren?, in WagnersZ. 1843, II, 228 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. auch Prot. I, 484; Unger 6, 359 und Anm. 2 auf S. 360; Schiffrer, Die sogenannten gesetzlichen Vermächnisse 123; Stubenrauch 1, 955 und Note 4;

wenn er gegen das Testament seinen Pflichtteil oder dessen Ergänzung fordert, und nur dieser Anspruch steht ihm zu, wenn er ausdrücklich „auf den Pflichtteil“ gesetzt oder ihm „der Pflichtteil hinterlassen“ oder er „auf den Pflichtteil zum Erben eingesetzt“ ist<sup>1)</sup>. Dagegen liegt die Anordnung einer Universalzufassung vor, wenn der Noterbe auf einen den Pflichtteil nicht übersteigenden Erbteil zum Erben eingesetzt wird<sup>2)</sup><sup>3)</sup>.

## § 46.

### Die Anrechnung zum Pflichtteile<sup>4)</sup>.

Im den Pflichtteil muß sich der Noterbe kraft Gesetzes anrechnen lassen:

1. alles, was er durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten<sup>5)</sup> hat (§ 787)<sup>6)</sup>. Hierzu

Krausz 2, 724 und Note 15 auf S. 725; Anders 124 ff.; E. OGH. v. 17. IX. 1861, 3. 5209 (JudB. 41) (Gegen den Anspruch des Noterben auf Verabfolgung des Pflichtteils in Geld kann der Haupterbe nichts einwenden); GlM. 3885 (Anzulässigkeit der Sicherung des gefährdeten Pflichtteilsanspruches durch das Verbot der Veräußerung, Belastung oder Verpfändung von Liegenschaften gemäß § 379, al. ult. O.D.). — Der Noterbe hat also keinen Anspruch, an der Verwaltung des Nachlasses teilzunehmen (vgl. GlM. 5044) oder überhaupt irgendwie einen Einfluß auf die Verwaltung des Nachlasses zu nehmen (vgl. GlM. 8972). Auch hat der Noterbe weder die Pflicht, noch auch nur das Recht, eine Erbserklärung zu überreichen (vgl. GlM. 13659 [Eine Erbserklärung zum Pflichtteile ist zurückzuweisen; Legitimation des Testamentserben und des Testamentsexekutors zum Refurse gegen die Annahme einer solchen Erbserklärung]).

<sup>1)</sup> Vgl. GlM. 7865.

<sup>2)</sup> In den OGH. v. 30. VI. 1861, 3. 2639 (JudB. 39) und GlM. 5903 wurde allerdings die Bestimmung des zit. HfD. v. 1844 auch auf diesen Fall angewendet, und somit dem Noterben auch dann nur ein Anspruch auf einen Geldebetrag zuerkannt, wenn er auf einen seinen Pflichtteil nicht übersteigenden Erbteil zum Erben eingesetzt worden ist, wofür nicht der Erblasser deutlich zu erkennen gegeben hat, daß dem Noterben ein Anspruch auf alle oder einzelne, zur Verlassenschaft gehörige bewegliche oder unbewegliche Sachen zustehen solle. Diese Ansicht ist aber gewiß unhaltbar. Für die im Texte vertretene Ansicht auch Stubenrauch 1, 955 (Note 2); Krausz 2, 723; Anders 124; die eingehend motivierte E. GlM. 786; GlM. 3253, 8301; E. OGH. v. 31. III. 1903, Nr. 3919/03, in NotZ. 1903, S. 180 ff.

<sup>3)</sup> § 2304 d. BGB. bestimmt: „Die Zuwendung des Pflichtteils ist im Zweifel nicht als Erbeinsetzung anzusehen.“

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 342 ff.; Breuer, Die Kollation anrechenbarer Gaben und reiner Schenkungen und ihr Einfluß auf die Bestimmung des Pflichtteils (1901) (und darüber die kurze, aber treffende Kritik von Ehrenzweig, in NotZ. 1901; Nr. 30); Stubenrauch 1, 958 ff.; Wroblewski, Zur Anrechnungslehre, in OstZBl. 23, 970 ff.; Krausz 2, 731 ff.; Anders 128 ff.; Stüber, Die Anrechnung der Vorausempfangs beim Pflichtteil und beim Erbteil, insbesondere die Anrechnungsmethoden, in NotZ. 1911, Nr. 32 ff.

<sup>5)</sup> Über die Bedeutung der Worte „wirklich erhalten“ in § 787 vgl. Haerdtl, Über den Pflichtteilsanspruch des mit Vermächnissen bedachten Noterben, in JBl. 1890, S. 268.

<sup>6)</sup> Ist ein einem auf den Pflichtteil eingesetzten Noterben nebenbei hinterlassenes Vermächtnis in den Pflichtteil einzurechnen? Bejaht wird diese Frage von Zeiller, Kommentar 2, 808; Rippel, Erläuterung 5, 126; verneint von Scheidlein, Miscellen, 2. Heft, S. 85; Winowarter, in Pratoberer Nat. 5, 284 ff. und Das österreichische bürgerliche Recht 3, 395; und insbesondere von Dolliner, in

gehört nicht nur dasjenige, was der Noterbe durch Erbeinsetzung, Vermächtnis oder widerrufliche Schenkung auf den Todesfall wirklich erhält, sondern auch dasjenige, was er durch Substitution oder durch Affrenz<sup>1)</sup>, immer also mittelbar oder unmittelbar durch eine Verfügung des Erblassers<sup>2)</sup> aus der Verlassenschaft<sup>3)</sup> wirklich erlangt. Die Anrechnung geschieht durch Abrechnung der erwähnten Zuwendungen von dem gemäß §§ 784 bis 786 berechneten Pflichtteile<sup>4)</sup>.

2. gewisse, schon bei Lebzeiten des Erblassers empfangene Gaben<sup>5)</sup>. Diese Anrechnung findet statt ohne Unterschied, ob der Pflichtteil gegen das Testament gefordert (ex lege in Anspruch genommen) wird oder letztwillig als Pflichtteil hinterlassen wurde<sup>6)</sup>. Und zwar werden eingerechnet:

a) in den Pflichtteil der Descendenten neben den vom Erblasser inter vivos als Pflichtteilsvoranschuß erhaltenen Gaben (arg. § 789)<sup>7)</sup> die in

WagnersZ. 1837, I, 151 ff. (dazu Nachtrag 1837, II, 364 ff.). Gegen Dolliner Rippel, in WagnersZ. 1838, II, S. 1—19 und gegen diesen wiederum, seine Ansicht verteidigend, Dolliner, in WagnersZ. 1838, II, S. 16—46. Meines Erachtens ist Dolliners Ansicht die richtige, wenn auch weder seiner Auslegung des § 790, noch der Argumentation aus der Entstehungsgeschichte des ABGB. zuzustimmen ist. Unger 6, Anm. 6 auf S. 344 und, ihm folgend, Stubenrauch 1, 959 und Note 2 und Anders 129 behandeln die Frage als bloße quaestio facti.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 7 auf S. 345.

<sup>2)</sup> Vgl. hier Oll. 3200 (Die in einem Erbvertrage auf den Pflichtteil gesetzten Kinder haben das ihnen gemäß § 1253 zufallende Viertel nicht einzurechnen, weil es ihnen nicht durch eine Verfügung des Erblassers zugewendet wird, sondern kraft Gesetzes zufällt).

<sup>3)</sup> Vgl. hier Oll. 1994 (Wurde in einem Vergleiche zwischen Ehegatten vom Ehemanne der Frau ein Betrag mit der Beschränkung „zum Eigentum“ verschrieben, daß ihr von ihm der lebenslange Fruchtgenuß zustehen, nach ihrem Tode aber dieser Betrag ihrer Tochter zufallen solle, so muß sich diese Tochter den erwähnten Betrag nach dem Tode der Mutter in ihren Pflichtteil einrechnen lassen, weil er als ein Bestandteil der Verlassenschaft der Mutter erscheint).

<sup>4)</sup> Vgl. Oll. 11295 (Das Legat einer lebenslänglichen Rente ist mit Rücksicht auf das Alter des Legatars am Todestage des Erblassers nach Wahrscheinlichkeitsrechnung zu bewerten, auch wenn der Legatar vor Vorlegung des Pflichtteilsausweises gestorben ist).

<sup>5)</sup> Auch das b. BGB. regelt die Berücksichtigung von Vorempfängen. § 2315 normiert die Anrechnung desjenigen, was dem Pflichtteilsberechtigten vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, daß es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll, auf den Pflichtteil. § 2316 enthält eine Bestimmung, die den Zweck verfolgt, „die in den §§ 2050—2056 enthaltenen Bestimmungen über die unter Abkömmlingen bei der gesetzlichen Erbfolge zu treffende Ausgleitung auch für die Pflichtteilsberechnung zu verwerten“. So Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) I, 473. Vgl. hier überhaupt Strohal, a. a. O. 464 ff.

<sup>6)</sup> Vgl. Stubenrauch 1, 959 (Note 3); Krausz 2, 731 (Note 28); Anders 129; Oll. 2986, 4442, 13 223.

<sup>7)</sup> Vgl. Stubenrauch 1, 959 und Note 4; Wroblewski, Zur Anrechnungslehre, in OstZBl. 23, 985 ff.; Anders 129. Vgl. auch Oll. 2247 (Die Abfindung des Pflichtteilsberechtigten bei Lebzeiten hat die Natur eines entgeltlichen Vertrages, bedarf also nicht der Form des Notariatsaktes. Auch der Widerruf wegen Undanks ist ausgeschlossen, und die §§ 540 und 767 gelangen nicht zur Anwendung: „Falls ein Abfindener seine Pflicht, seinem Kinde aus seinem Vermögen etwas zu hinterlassen, schon bei seinen Lebzeiten antizipierte, ist damit das Recht weggefallen, das Kind aus anderen, sonst vielleicht gesetzlichen Gründen vom Erbrechte auszuschließen“).

§ 788 aufgezählten Zuwendungen des Erblassers (sogenannte Pflichtgaben)<sup>1)</sup>. Eingerechnet wird also zunächst das vom Erblasser bei Lebzeiten seiner Tochter oder Enkelin, beziehungsweise seinem Sohne oder Enkel als Heiratsgut<sup>2)</sup>, beziehungsweise Ausstattung<sup>3)</sup> Gegebene. Und zwar ist es für die Frage der Einrechnung ohne Bedeutung, ob eine gesetzliche Dotations-, beziehungsweise Ausstattungsspflicht vorgelegen hatte, oder eine solche Pflicht nicht vorhanden gewesen, somit Heiratsgut, beziehungsweise Ausstattung freiwillig bestellt worden war<sup>4)</sup>. Einzurechnen ist ferner auch das, was der Erblasser einem Sohne oder Enkel und wohl auch einer Tochter oder Enkelin unmittelbar zum Antritte oder zur Fortsetzung was immer für eines Gewerbes<sup>5)</sup> oder unmittelbar zum Antritte eines Amtes gegeben hat<sup>6)</sup>. Hierzu gehört aber nicht dasjenige,

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Winiwarter, Bemerkungen über die Anrechnung in den Pflicht- oder Erbteil, in Pratobereras Mat. 5, 278 ff. — Besteht eine Vermutung dafür, daß bei Zuwendungen von Seiten der Eltern die Zuwendung vom Vater herrühre? Dafür ohne alle Gründe Winiwarter, a. a. O. 278 f. Gleicher Meinung mit Berufung auf §§ 141, 143, 1220, 1231 Stubenrauch 1, 959 (Note 5). Jedenfalls aber gilt für alle Pflichtgaben des § 788 die Regel des § 1224. So auch Krausz 2, 686 (Note 5).

<sup>2)</sup> Der Begriff des Heiratsgutes ist auch für die Regel des § 788 aus § 1218 zu entnehmen. (Vgl. über diesen Begriff statt aller S. 153 ff. [speziell S. 156 ff.] im IV. Bande dieses Lehrbuchs). A. M. Oll. 371 und 729, welche Entscheidungen die Regel des § 788 nur oder doch auch auf das unmittelbar der Tochter oder Enkelin mit der Bestimmung, daß es zum Heiratsgut dienen solle, beziehungsweise zur Erleichterung des mit der ehelichen Gemeinschaft verbundenen Aufwandes Gegebene beziehen. So auch Stubenrauch 1, 960; Krausz 2, 686. Vgl. hier auch Wien, Zum Begriffe der Ausstattung und zur Frage der Kollisionspflicht der einer Tochter gegebenen Ausstattung, in Gerh. 1896, Nr. 25. (In diesem Aufsatz wird die im Titel aufgeworfene Frage verneint).

<sup>3)</sup> Der Begriff der Ausstattung ist auch für die Regel des § 788 aus § 1231 zu entnehmen. (Vgl. über diesen Begriff statt aller S. 182 ff. im IV. Bande dieses Lehrbuchs). Dagegen verstehen Zeiller, Kommentar 2, 810; Hüttner, Lehre von der gesetzlichen Erbfolge 185; und Scheidlein, Miscellen, 2. Heft, § 61 unter der Ausstattung im § 788 auch das dem Sohne zur Begründung und Führung einer eigenen Haushaltung ohne Rücksicht auf dessen Verehelichung Gegebene. Für die im Texte vertretene Ansicht auch Winiwarter, a. a. O. 290; ders., Das österreichische bürgerliche Recht 3, 377; Prockner, Bemerkungen über die Anrechnung der zu den im § 788 erwähnten Zwecken erhaltenen Gaben bei der testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge der Kinder in das Vermögen ihrer Eltern, in WagnersZ. 1825, II, 296; Unger 6, Anm. 4 auf S. 207; Stubenrauch 1, 960 und Note 2; Krausz 2, 686; Anders 80.

<sup>4)</sup> So schon Winiwarter in Pratobereras Mat. 5, 287; ders., Das österreichische bürgerliche Recht 3, 378; ferner Unger 6, Anm. 4 auf S. 207; Stubenrauch 1, 960; Anders 80; Oll. 729. A. M. — nämlich für die Anrechnungspflichtigkeit nur der dos necessaria — Prockner, a. a. O. S. 278 ff., 292 f., 296. Vgl. auch ders., Über die Anrechnungspflichtigkeit der Gaben, welche Kinder bei Lebzeiten der Eltern empfangen haben, bei einer zwischen diesen bestandenen Gütergemeinschaft, im Jurist 11, 83.

<sup>5)</sup> „Unter Gewerbe ist jeder Nahrungs-zweig in der weitesten Bedeutung zu verstehen.“ So richtig Oll. 13 289 (Der Wert eines einem Landwirte überlassenen Grundstückes ist als Ausstattung zu dessen Gewerbe in den Pflichtteil einzurechnen).

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 5 auf S. 207; Stubenrauch 1, 960 und Note 3; Krausz 2, 686.



was zur Erlangung eines Titels, einer Würde oder eines akademischen Grades<sup>1)</sup> oder zur Erziehung, Alimentierung oder Ausbildung<sup>2)</sup> gegeben wurde. Endlich wird in den Pflichtteil dasjenige eingerechnet, was der Erblasser zur Bezahlung der Schulden eines großjährigen Kindes verwendet hat<sup>3)</sup>. Enkel müssen sich auf ihren Pflichtteil nicht nur dasjenige, was sie selbst von ihren erblasserischen Großeltern zu einem der in § 788 aufgezählten Zwecke erhalten haben, anrechnen lassen, sondern auch dasjenige, was ihren vorverstorbenen Vszendenten, deren Erbteil sie erhalten, vom Erblasser zu einem der in § 788 aufgezählten Zwecke zugewendet wurde<sup>4)</sup> (arg. § 790).

b) Auf den Pflichtteil der Eltern werden jene Leistungen des Erblassers angerechnet, welche als Vorschuß, id est als Vorschuß auf den ihnen gebührenden Pflichtteil, erscheinen<sup>5)</sup>, daher weder zur gesetzlichen Unterstützung (nach § 154) an sie verabreicht, noch aus bloßer Freigebigkeit gemacht<sup>6)</sup> worden sind (§ 789).

Die Art und Weise, wie der Wert der anzurechnenden Vorausempfangen berechnet wird, bestimmt § 794<sup>7)</sup>. Es muß dieser Bestimmung zufolge unterschieden werden, ob das Vorausempfangene in barem Gelde<sup>8)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Unger 6, Anm. 6 auf S. 207; Stubenrauch 1, 960 (Note 3).

<sup>2)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 6 auf S. 207 f.; Stubenrauch 1, 960 (Note 3); Krainz 2, 686.

<sup>3)</sup> Vgl. Stubenrauch 1, 960 (Note 4); Krainz 2, 686 (Note 9).

<sup>4)</sup> Das wird allerdings von Zeiller (Kommentar 2, S. 811, 816), Scheidlein (Miscellen, 2. Heft, §§ 61, 76), Winiwarter (in Pratoberveras Mat. 5, 292 ff.), der hier Zeillers Ansicht folgt, daß den Enkeln der Pflichtteil jure proprio, das Intestaterbrecht jure repraesentationis gebühre, und Gspan (in Wagnerz. 1835, I, 377 ff.), der die entgegenge setzte Ansicht „geradezu für unbegreiflich“ erklärt, bestritten. Für die richtige Ansicht aber schon Gosal, in Wagnerz. 1833, II, 336 ff.; ferner Haerdtl, Die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichtteil S. 78, 109 ff.; Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 384 f.; Unger 6, 342 und Anm. 8 auf S. 345; Stubenrauch 1, 964 und Note 1; Krainz 2, 686 f.; Anders 129.

<sup>5)</sup> Vgl. Prot. I, 493; Stubenrauch 1, 959 und Note 4; Zoll, Sind Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteiles in Anrechnung zu bringen oder nicht?, in Ost. 1905, S. 85; Wroblewski, a. a. D. 966 f.; Anders 129. — Anders als der Text Zeillers, Kommentar 2, 813, nach dem nur Vorausempfangen deren Erstattung bedungen wurde, also eigentliche Schulden, einzurechnen sind, während alles übrige, was Eltern von ihren Kindern empfangen, billigerweise als ein Zoll der Dankbarkeit zu betrachten sei. Vgl. auch Winiwarter, in Mat. 5, 293 f.; Krainz 2, 731 f. (Note 29).

<sup>6)</sup> Gegen die Einschränkung Scheidleins auf Schenkungen aus bloßer Dankbarkeit oder Liebe im Unterschiede von Schenkungen „aus einem äußeren Grunde“ vgl. Winiwarter, a. a. D. 297 f.

<sup>7)</sup> Vgl. hiezu u. a. Zeiller, Kommentar 2, 823; Prockner, Ansicht über die Zeit und den Umfang der Wertbestimmung einzurechnender Gaben zu einem Erb- oder Pflichtteil, im Jurist 4, 16 ff.; Unger 6, 208 ff.; Stubenrauch 1, 968 f.; Wroblewski, Zur Anrechnungslehre, in Ost. 1905, 23, 985 ff.; Krainz 2, 690; Anders 80 f.

<sup>8)</sup> Hierüber, sowie über öffentliche Obligationen und abgetretene Schuldforderungen vgl. Prockner, a. a. D. 35 ff., dessen Erörterungen über das Geld allerdings

oder in unbeweglichen oder in beweglichen Sachen besteht. Der Wert der unbeweglichen Sachen wird nach dem Zeitpunkte des Empfanges, der der beweglichen Sachen nach dem Zeitpunkte des Erbanfalles bestimmt<sup>1)</sup>. Der ohne Zutun des Empfängers eingetretene Mehrwert der beweglichen Sachen im Zeitpunkte des Erbanfalles ist jedenfalls in Anrechnung zu bringen<sup>2)</sup>. Ob dies auch von dem durch Zutun und auf Kosten des Empfängers eingetretenen Mehrwerte gilt, ist zwar streitig, allein nach der ratio des § 794, der eine Bestimmung zugunsten des Kollationspflichtigen enthält<sup>3)</sup>, wohl zu verneinen<sup>4)</sup>. „Jede, wodurch immer herbeigeführte Wertverminderung, mag sie durch Zufall oder Fahrlässigkeit des Erben bewirkt worden sein, kommt außer Betrachtung“<sup>5)</sup>. Vor dem Erbanfalle ohne auffallende Sorglosigkeit des Empfängers vernichtete oder verbrauchte bewegliche Sachen sind nicht in Anrechnung zu bringen. Diese im preussischen Landrecht (II, 2, § 347) enthaltene Bestimmung wurde von Zeiller, von dem § 794 herrührt, auch für das österreichische Recht beantragt<sup>6)</sup>. Weshalb sie im ABGB. fehlt, ist nicht ersichtlich. Sie dürfte wohl jedenfalls auch für das österreichische Recht gelten<sup>7)</sup>.

Zu den in diesem Zusammenhange meistbehandelten Fragen gehört die nach der Methode der Anrechnung der in den §§ 788 und 789 angeführten Vorausempfangen in den Pflichtteil<sup>8)</sup>. Allerdings enthält § 793

nummehr ohne praktische Bedeutung sind. Vgl. auch Stubenrauch 1, 969 und Note 1; Krainz 2, 690; Anders 80.

<sup>1)</sup> Anders nach älterem Rechte, nach welchem die Berechnung nach dem Werte zur Zeit der Erbteilung erfolgte. Vgl. Vossius, Legum et consuetudinum Austriacarum cum jure Romano collatio 440.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, Anm. 6 auf S. 211; Stubenrauch 1, 969 und Note 2. U. M. Prockner, a. a. D. 24 und bezüglich der Wertpapiere Anders 80.

<sup>3)</sup> Vgl. Zeiller, Kommentar 2, 823.

<sup>4)</sup> So auch Prockner, a. a. D. 24; Unger 6, Anm. 7 auf S. 211 f.; Anders 80 f.

<sup>5)</sup> So richtig Prockner, a. a. D. 28. Vgl. hiezu auch Zeiller, Kommentar 2, 823; Krainz 2, 690 (Note 32).

<sup>6)</sup> Vgl. Prot. II, 553 (Note 2).

<sup>7)</sup> So auch Unger 6, Anm. 7 auf S. 211 f.; Stubenrauch 1, 969 (Note 3); Anders 81. U. M. Zeiller, Kommentar 2, 823; Prockner, a. a. D. 29 f. („Die empfangenen Sachen unterliegen auch dann der Anrechnung, wenn sie zugrunde gegangen oder sonst durch Zufall oder durch irgendeine selbstwillige Rathhandlung des Erben aus seinem Besitze gekommen sind“); auch Krainz 2, 690 (Note 31).

<sup>8)</sup> Vgl. die verschiedenen Anrechnungsmethoden bei Haerdtl, Über die verschiedenen Arten der Anrechnung in den Pflichtteil S. 1—75; bei Stubenrauch 1, 961 f. (Note 2); und bei Stüber, a. a. D. Insbesondere über die von der hier vertretenen (sogenannten römischen) Anrechnungsmethode abweichenden Meinungen vgl. u. a. Rippel, Erläuterung der gesetzlichen Bestimmungen über den Pflichtteil (1828) §§ 57 ff. (über Rippel Weßely, in Wagnerz. 1828, III, 371 ff.; die von Weßely selbst vertretene Anrechnungsart ebenda S. 376); Gspan, in Wagnerz. 1835, II, S. 1 ff., der die Formel

$$\frac{M}{2n} \quad (M \text{ Masse des Nachlassvermögens} \quad - \quad P \text{ Vorausempfang})$$
 aufstellt (die Methode Gspan wurde modifiziert von Menzi, Noch ein Wort über die Anrechnung zum Pflichtteil, in Wagnerz. 1848, II, 278 ff. Für die



eine ausdrückliche Bestimmung über die Art der Anrechnung in den Erbteil: „Die Anrechnung des Empfangenen zum Erbteile geschieht dadurch, daß jedes Kind den nämlichen Betrag noch vor der Teilung erhält.“ Allein diese Bestimmung ist für die Anrechnung in den Pflichtteil unbrauchbar. Die herrschende, u. a. auch von Unger<sup>1)</sup> adoptierte und nunmehr insbesondere gegen die abweichende Entscheidung O. U. 9326 durch eine Plenarentscheidung des O. G. G.<sup>2)</sup> bestätigte — gewiß zutreffende — Ansicht<sup>3)</sup> ist nun die, daß der nach § 794 berechnete Wert der Vorausempfangen zu dem nach § 784 festgestellten Werte des Nachlaß-

Methode Spanns haben sich erklärt Ellinger, Kommentar ad § 788 und Wroblewski, Zur Anrechnungslehre, in O. Z. Bl. 23, 981 ff.; ferner Winiwarter, in Pratoberas Mat. 5, 316 f., der folgende Methode vorschlägt: Die Verlassenschaft ist vorerst in zwei Teile zu teilen und die Zuteilung der Ausgleichsbeträge gemäß § 793 an die übrigen Noterben der den gemeinschaftlichen Pflichtteil enthaltenden Hälfte der Verlassenschaft allein aufzubürden; endlich Wagner, über die Art, die im § 788 benannten Gaben zum Pflichtteil anzurechnen, in Pratoberas Mat. 6, 64, der auf S. 97 f. folgende Methode empfiehlt: Vor jeder Teilung werden die zur Ausgleichung der Konferierungsposten nötigen Beträge den weniger oder gar nicht bedachten Kindern zugeteilt. Von dem Überreste wird jedem Kinde ein gleicher Anteil zugewiesen. Aus der Addition dieser Anteile und der im Voraus zugeteilten Beträge ergibt sich der gesetzliche Erbteil jedes Kindes. Diesen teilt man in zwei gleiche Teile, deren einer sonach der sich bereits als Resultat der geschehenen Anrechnung darstellende Pflichtteil eines jeden ist.

<sup>1)</sup> 6, 343 und Anm. 11 auf S. 346 f.

<sup>2)</sup> Vgl. O. U. 9872 (Jub. B. 114): „Die im § 788 ABGB. vorgeschriebene Einrechnung der in diesem Paragraphen und im § 789 bezeichneten Vorausempfangen in den Pflichtteil geschieht in der Art, daß dem reinen Nachlasse die Summe der anzurechnenden Vorausempfangen zugezählt, die Gesamtsumme durch die Zahl der Noterben, bezüglich ihrer Stämme geteilt, der Quotient bei Noterben absteigender Linie durch zwei, bei Noterben aufsteigender Linie durch drei weiter geteilt, und der Pflichtteil des Einzelnen dadurch ermittelt wird, daß man von dem letzten Quotienten den ihn betreffenden Vorausempfang in Abzug bringt.“ Ebenso O. U. 8625.

<sup>3)</sup> Für diese Ansicht u. a. im wesentlichen auch Scheidlein, Miscellen 2. Heft, S. 88 ff.; Czada, Abhandlung über die richtige Ausmessung und vollständige Entrichtung des Pflichtteils (1830) S. 54 ff., 107 f., 163 ff.; Haerdtl, a. a. O. S. 75 ff., 84 ff., 104 f.; Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, S. 379 f., 383 ff.; Breuer, Die Kollation anrechenbarer Gaben und reiner Schenkungen (1901); Stubenrauch 1, 961 ff.; Zoll, Sind Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteils in Anrechnung zu bringen oder nicht?, in O. Z. Bl. 1905, S. 85; Krausz 2, 732 f.; Anders 129 f. Wöb, über die Berücksichtigung von Schenkungen bei der Pflichtteilsbemessung, in O. Z. Bl. 1906, 66 f. weicht von der herrschenden Meinung nur insoweit ab, als nach ihm die anrechenbare Gabe nur bei Berechnung desjenigen Pflichtteils, in den sie eingerechnet wird, dem Nachlasse zuzuzählen ist, sonst aber — d. h. für die Berechnung der Pflichtteile der übrigen Noterben — außer Betracht bleibt. Vgl. hier schließlich auch Dfner, Die Berechnung des Pflichtteils bei Kollationspflicht, in O. Z. Bl. 1894, Nr. 35, der zwar den Pflichtteil, wie die herrschende Lehre, berechnet, trotzdem aber dem Erblasser das Verfügungsrecht in demselben Umfange wie ohne Kollation vorbehält, also dem Noterben doch nur einen Anspruch auf die Hälfte (beziehungsweise ein Drittel) des Nachlasses gibt. „Reicht diese Höchstsumme zur Befriedigung der Pflichtteilsansprüche nicht aus, so erhalten gemäß § 793 die Mindestbedachten vor der Teilung soviel, daß sie den Nachstbeserberbedachten gleichstehen, und diese allmähliche Gleichstellung wird fortgesetzt, bis die zu verteilende Summe erschöpft ist. Betreffs der frei verfügbaren Hälfte gilt das Testament.“

vermögens hinzugerechnet<sup>1)</sup>, nach der Summe dieser Werte der Pflichtteil berechnet, und von dem so berechneten Betrage des Pflichtteils jedes Noterben der ihm anzurechnende Vorausempfang in Abzug gebracht und ihm nur der Überschuß ausbezahlt wird.

Hat ein Noterbe an anrechnungspflichtigen Gaben mehr, als sein Pflichtteil beträgt, erhalten, so kann er zwar argumento § 793 nicht zur Rückerstattung des Mehrbetrages verhalten werden, andererseits aber aus der Verlassenschaft nichts mehr fordern<sup>2)</sup>. Dennoch müssen aber auch diese Vorausempfangen bei der Berechnung der Pflichtteile für die Noterben berücksichtigt werden<sup>3)</sup>. Unberücksichtigt bleiben nur die Vorausempfangen solcher Noterben, die aus irgend einem Grunde bei der Ausmessung des Pflichtteils nach § 767 nicht in Betracht kommen<sup>4)</sup> oder einen Pflichtteilsanspruch nicht erheben, weil sie inter vivos bereits für ihre Erbansprüche abgefunden wurden<sup>5)</sup>.

Reicht der Nachlaß zur Befriedigung jener Noterben, welche mit ihrem Pflichtteile noch gar nicht oder nicht vollständig abgefunden worden sind, für ihre in der oben dargestellten Weise berechnete Pflichtteilsforderung nicht hin, so muß der Ausfall von den Betreffenden verhältnismäßig, d. h.

<sup>1)</sup> Gegen die von Czada, a. a. O. verteidigte Realkollation vgl. Haerdtl, a. a. O. 98 ff.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, 343 und Anm. 12 auf S. 347; Stubenrauch 1, 961 f. und Note 2 auf S. 962; Anders 129 f. U. M. Czada, a. a. O. 122.

<sup>3)</sup> Vgl. Haerdtl, a. a. O. 78 („Wenn die Anrechnungen, welche einem Noterben in den Pflichtteil einzurechnen sind, dem allgemeinen Pflichtteile desselben gleichkommen, oder denselben sogar übersteigen, so wird dieser Noterbe bei der Verteilung der Verlassenschaft nicht mehr berücksichtigt“); Unger 6, 343 und Anm. 12 auf S. 347; Stubenrauch 1, 962 f. und Note 1 auf S. 963; Zoll, a. a. O. S. 38; Anders 130. Die hier vertretene Ansicht kann zu dem Ergebnisse führen, daß sie auf die nicht bedachten Noterben entfallenden Pflichtteilsansprüche den reinen Nachlaß erschöpfen oder übersteigen, so daß der Testamentserbe nichts erhält, und jede letztwillige Verfügungsfreiheit des Erblassers infolge der übermäßigen Vorausgabe aufgehoben erscheint. Gerade diese gewiß nicht wünschenswerte, aber auf dem Boden des jetzigen Rechtszustandes nicht zu vermeidende Konsequenz der herrschenden Ansicht bietet manchen Autoren den Anlaß, entweder die herrschende Anrechnungsmethode überhaupt zu verwerfen (vgl. z. B. Wroblewski's Ansicht in Note 8 auf S. 223 f. dieses Bandes, oder sie doch, wie z. B. Dfner (vgl. Note 3 auf S. 224 dieses Bandes), Wöb (vgl. Note 3 auf S. 224 dieses Bandes) und Krausz, zu modifizieren. Krausz 2, 732 hilft sich damit, daß er das empfangene Übermaß auch bei der Berechnung der Pflichtteile der andern Noterben unberücksichtigt läßt.

<sup>4)</sup> So auch Unger 6, 343 und Anm. 14 auf S. 347; Stubenrauch 1, 964 f. (Note 2); Anders 130. Die Richtigkeit dieser vielfach bestrittenen (vgl. z. B. Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 386 ff.; Haerdtl, a. a. O. 119 ff. [speziell 124]) Ansicht ergibt sich meines Erachtens aus der Entstehungsgeschichte des § 767 (vgl. Prot. I, 471 ff.; insbesondere die Worte auf S. 473: „... genug, daß dieser Noterbe als nicht vorhanden betrachtet wird, und dadurch der Teil der übrigen Noterben eben größer ausfällt“).

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 215 dieses Bandes; ferner Krausz 2, 732 f.; O. U. 13 770.

nach Verhältnis der Ansprüche der einzelnen Noterben an den Nachlaß, getragen werden<sup>1)</sup>.

## § 47.

**Die Hinterlassung des Pflichtteils.**

Der Pflichtteil kann dem Noterben zugewendet werden (§ 774):

1. in Gestalt eines Erbteils, indem der Noterbe auf einen den Pflichtteil nicht übersteigenden Erbteil zum Erben eingesetzt wird. Der Noterbe hat in diesem Falle in der Regel die Stellung eines Erben<sup>2)</sup>. Wird der Noterbe ausdrücklich auf seinen Pflichtteil gesetzt<sup>3)</sup>, so ist er nicht Erbe, sondern sowohl den Erben, als auch den Legataren gegenüber auf eine dem Betrage nach erst zu ermittelnde Geldsumme forderungsberechtigt<sup>4)</sup>.

2. durch Zuwendung eines den Pflichtteil erreichenden Vermächtnisses<sup>5)</sup>, sei es unter der Bezeichnung als Pflichtteil, sei es ohne diese Bezeichnung<sup>6)</sup>.

3. durch eine Schenkung auf den Todesfall.

<sup>1)</sup> So auch Unger 6, Anm. 12 auf S. 347; Stubenrauch 1, 962 f. und Note 1 auf S. 963; Anders 130. Über die verschiedenen Aushilfsrechnungsmethoden (Methode der proportionalen Aufteilung, Methode der sukzessiven Gleichstellung) vgl. Haerdtl, a. a. O. S. 49 ff., 75; auch Stubenrauch 1, Note 1 auf S. 963.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 219 und Note 2 auf S. 219 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Vgl. Gl. 2986.

<sup>4)</sup> So auch Krausz 2, 722 f. (Note 3); Anders 124; Gl. 3203. Anders Gl. 8301. Anders auch Unger 6, Anm. 1 auf S. 348 und Stubenrauch 1, 944 (Note 1), die hier die Anordnung eines Vermächtnisses des Pflichtteilsbetrages annehmen.

<sup>5)</sup> Über älteres Recht in Österreich vgl. niederösterreich. Landtafel I, 3, 39, zitiert bei Bossius, Legum et consuetudinum Austriacarum cum jure Romano collatio 419: „Etsi autem liberi necessario non sunt instituendi, cum tamen quocumque titulo illis aliquid relinquendum sit, plane praeteriti aut injuste exheredati testamentum rescindunt, laesi in legitima ad supplementum agunt.“

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Haerdtl, Über den Pflichtteilsanspruch des mit einem Vermächtnis bedachten Noterben, in JBl. 1890, Nr. 23; Stubenrauch 1, 944 (Note 1); Krausz 2, 723; Anders 124. Vgl. auch Wöb, Die Entstehung des Pflichtteilsanspruches, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. 2, 691 (Note 6). — Nach dem b. GB. (§ 2307) ist der nicht als Erbe eingesetzte, sondern nur mit einem Vermächtnisse bedachte Pflichtteilsberechtigter berechtigt, entweder das Vermächtnis zu behalten und den durch den Wert des Vermächtnisses — bei der Berechnung dieses Wertes bleiben Beschränkungen und Beschränkungen der im § 2306 bezeichneten Art außer Betracht — nicht gedeckten Rest des Pflichtteils in Geld zu beanspruchen oder aber das Vermächtnis auszuschlagen und den ganzen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen. Der mit dem Vermächtnisse beschwerte Erbe kann den Pflichtteilsberechtigten unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen, wenn nicht vorher die Annahme erklärt wird (§ 2307, Abs. 2). Hat ein Pflichtteilsberechtigter, der als (Erbe oder als) Vermächtnisnehmer in der im § 2306 bezeichneten Art beschränkt oder beschwert ist, (die Erbschaft oder) das Vermächtnis ausgeschlagen, so kann er die Ausschlagung anfechten, wenn die Beschränkung oder die Beschränkung zur Zeit der Ausschlagung weggefallen und der Wegfall ihm nicht bekannt war (§ 2308).

Die Klage auf Auszahlung des letztwillig hinterlassenen Pflichtteils ist nicht der im § 1487 normierten dreijährigen Verjährungsfrist unterworfen<sup>1)</sup>.

Der Pflichtteil muß in allen Fällen dem Noterben stets ganz frei bleiben. Jede Beschränkung oder Belastung des Pflichtteils durch eine Bedingung, Zeitbestimmung<sup>2)</sup>, Auflage<sup>3)</sup>, fideikommissarische Substitution — es wäre denn ein fideicommissum eius, quod supererit, einem testierunfähigen Noterben mit der Beschränkung auf den Fall, daß der Noterbe in der Testierunfähigkeit stirbt, auferlegt<sup>4)</sup> — ist ungültig (§ 774<sup>5)</sup>. Daher findet auch die Bestimmung des § 685 auf das Vermächtnis des Pflichtteils keine Anwendung. Wird dem Noterben ein den Pflichtteil übersteigender Erbteil zugedacht, so kann die Belastung nur auf den Teil, welcher den Pflichtteil übersteigt, bezogen werden; bezüglich des Pflichtteils ist sie ungültig (§ 774<sup>6)</sup>.

Wenn der Erblasser anordnet, daß der Noterbe einen den Pflichtteil übersteigenden Mehrbetrag nur dann erlangen soll, wenn er sich eine zugefügte Beschränkung auch in Ansehung des Pflichtteils gefallen läßt (Socinische Kautel)<sup>7)</sup>, so hat der Noterbe die Wahl, entweder lediglich den unbelasteten Pflichtteil zu fordern, oder zwar das ganze letztwillig Zugedachte, letzteres aber nur so, daß er sich die Beschränkung bezüglich der ganzen Zuwendung gefallen läßt<sup>8)</sup>. Eine Teilung der Erfüllung der auferlegten Beschränkung ist unzulässig.

<sup>1)</sup> Vgl. Gl. 4764, 10 767.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu § 13 G. v. 1. IV. 1889 (RGBl. 52) betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften für landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Größe.

<sup>3)</sup> Vgl. Gl. 6422 (Testamentarische Einsetzung der gesetzlichen Erben unter einem modus: Anspruch derselben lediglich auf den Pflichtteil im Falle der Nichterfüllung der Auflage).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 106 und Noten 2 und 3 auf S. 106 dieses Bandes; ferner Gl. 4383.

<sup>5)</sup> Vgl. hier auch Gl. 4525 (Die letztwillige Bestellung eines Vermögenskurators für den Pflichtteil eines unter väterlicher Gewalt stehenden Enkels kann nicht als Verletzung des Pflichtteils angesehen werden).

<sup>6)</sup> Über das Verhältnis dieser Bestimmung des § 774 zu § 808 vgl. weiter unten Note 10 auf S. 281 dieses Bandes.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu u. a. Wöb, a. a. O. 693 und Noten 14 und 15.

<sup>8)</sup> So auch Unger 6, 348 und Anm. 4 auf S. 349; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 651; Stubenrauch 1, 945 und Note 1; Krausz 2, 723 und Note 7; Anders 125; Gl. 1507 (Das unter der Bedingung der Anerkennung des legitimen Fruchtgenusses am ganzen Nachlasse eingesetzte Kind hat nur die Wahl zwischen dem unbelasteten Pflichtteile und der belasteten Erbschaft).

## § 48.

## Die Ausschließung vom Pflichtteile (Enterbung).

A. Die Enterbung zur Strafe. Das Gesetz hat die Ursachen, aus denen ein Noterbe rechtmäßig enterbt, d. h. vom Pflichtteile ausgeschlossen werden kann<sup>1)</sup>, taxativ aufgezählt (§§ 768, 769, 770). Das Vorhandensein des Enterbungsgrundes muß immer, d. h. ohne Unterschied, ob er im letzten Willen angeführt ist oder nicht, vom Erben erwiesen werden<sup>2)</sup>, und die angegebene Enterbungsurache in den Worten und dem Sinne des Gesetzes<sup>3)</sup> gegründet sein (§ 771).

Die in § 768 aufgezählten Gründe, aus denen ein Kind enterbt werden kann, sind:

1. wenn das Kind vom Christentum abfällt;
2. wenn es den Erblasser im Notstande<sup>4)</sup> hilflos gelassen hat;
3. wenn es wegen eines Verbrechens zur Todesstrafe<sup>5)</sup> oder zur lebenslangen oder zwanzigjährigen Kerkerstrafe verurteilt worden ist;
4. wenn es eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensweise beharrlich führt<sup>6)</sup>.

Hierzu ist zu bemerken: Von diesen vier Enterbungsgründen ist der unter 1. angeführte des Abfalls vom Christentum durch Art. 7 G. v. 25. V. 1868 (RGBl. 49)<sup>7)</sup> aufgehoben worden. Geringer ist der unter 3. angeführte Enterbungsgrund durch das G. v. 15. XI. 1867 (RGBl. 131) gewiß nicht aufgehoben, aber auch die Zulässigkeit der Enterbung aus

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu auch Graßl, Zur Lehre von der Enterbung nach österreichischem Recht, in Haimersl. WJSchr. 1, 1 ff.

<sup>2)</sup> So auch § 2336, Abs. 2 d. BGB.

<sup>3)</sup> Damit soll gesagt werden, daß die Aufzählung der Enterbungsgründe eine taxative und jede ausdehnende Interpretation in Ansehung der Enterbungsgründe ausgeschlossen ist. Vgl. Prot. I, 477; Stubenrauch 1, 940 und Note 2; Krainz 2, 726 (Note 1); Anders 130.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 5 auf S. 352 f.: Unter „Notstand“ ist nicht nur die pekuniäre Dürftigkeit zu verstehen. So auch Stubenrauch 1, 939 (Note 2); Anders 131.

<sup>5)</sup> Für diese Ergänzung des § 768, Z. 3 Unger 6, Anm. 6 auf S. 353; Anders 131; und wohl auch Krainz 2, 727 (Note 3). Dagegen Stubenrauch 1, 939 (Note 3).

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Zeiller, Kommentar 2, 778; Unger 6, Anm. 7 auf S. 353; Stubenrauch 1, 939 (Note 4); Krainz 2, 727 (Note 6); Anders 131. Mit Recht sagt OMMZ. 2241, daß es für die Frage, ob der Tatbestand des § 768, Z. 4 vorliegt, nicht darauf ankommt, ob ein öffentliches Argerniß wirklich herbeigeführt wurde, und daß diese Frage nach den allgemein geltenden Anschauungen, nicht nach den Bestimmungen des Strafgesetzes zu beurteilen sei. Absurd ist aber in dieser Entscheidung die Behandlung des konkreten Falles. Der OGH. erklärte nämlich, daß eine gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößige Lebensart und somit eine rechtmäßige Enterbungsurache vorliege, wenn ein erwachsener Sohn seine Geliebte ins Theater und auf den Kennplatz führe (!).

<sup>7)</sup> Vgl. schon Art. 14 AllgStaatsbG.

diesem Grunde nicht durch § 6 des zitierten Gesetzes zeitlich beschränkt worden<sup>1)</sup>.

Aus den nämlichen Gründen, wie Descendenten von ihren Eltern, können auch Eltern von ihren Kindern enterbt werden. Überdies tritt hier noch der Enterbungsgrund der gänzlichen Verwahrlosung der Kinder in der Erziehung hinzu (§ 769).

Endlich kann einem Noterben der auf- oder absteigenden Linie auch wegen eines der in den §§ 540 und 542 angeführten Erbnunfähigkeitsgründe durch den letzten Willen der Pflichtteil ausdrücklich entzogen werden<sup>2)</sup> (§ 770)<sup>3)</sup>. Die Bedeutung einer solchen ausdrücklichen Enterbung eines Erbnunfähigen liegt in folgendem: Die Erbnunfähigkeit auf Grund der §§ 540 und 542 wird schon durch die nachgewiesene ausdrückliche oder stillschweigende Verzeihung des Erblassers beseitigt. Ist aber der Erbnunfähige enterbt worden, so kann die vorgenommene Enterbung nur durch einen ausdrücklichen, in gesetzlicher Form (d. i. in Testamentform) erklärten Widerruf aufgehoben werden (§ 772). Die bloße Vergebung des Erblassers genügt zur Beseitigung der vorgenommenen Enterbung<sup>4)</sup> nicht<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Für diese Ansicht auch Unger 6, Anm. 6 auf S. 352; Brandhuber, Delikt und Erbrecht 21 ff.; Schen, ad § 768 in der Manzchen Ausgabe des ABGB. N. M. Pražák, im Právník 1870, 397 ff.; Schiffrer, Systematisches Lehrbuch § 55; Burckhard, System 1, 33 (Note 6); Stubenrauch 1, 941 (Note 3); Krainz 2, 727; Anders 131.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 9 auf S. 353.

<sup>3)</sup> Die Gründe, aus denen einem Abkömmlinge der Pflichtteil entzogen werden kann, sind nach dem d. BGB. die folgenden:

- „1. wenn der Abkömmling dem Erblasser, dem Ehegatten oder einem anderen Abkömmlinge des Erblassers nach dem Leben trachtet;
2. wenn der Abkömmling sich einer vorsätzlichen körperlichen Mißhandlung des Erblassers oder des Ehegatten des Erblassers schuldig macht, im Falle der Mißhandlung des Ehegatten jedoch nur, wenn der Abkömmling von diesem abstammt;
3. wenn der Abkömmling sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten schuldig macht;
4. wenn der Abkömmling die dem Erblasser gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht böswillig verlegt;
5. wenn der Abkömmling einen ehrenvollen oder unsittlichen Lebenswandel wider den Willen des Erblassers führt“ (§ 2333).

Dem Vater kann der Pflichtteil entzogen werden, wenn er sich einer der im § 2333, Z. 1, 3 und 4 bezeichneten Verfehlungen schuldig macht (§ 2334). Das gleiche gilt bezüglich der Mutter (§ 2334). Dem Ehegatten kann der Pflichtteil entzogen werden, wenn er sich einer Verfehlung schuldig macht, auf Grund deren der Erblasser nach den §§ 1565—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 (§ 2335). — Über die Anfechtbarkeit des Pflichtteilsanspruchs wegen Erbnunwürdigkeit des Pflichtteilsberechtigten vgl. § 2345 und weiter oben Note 3 auf S. 21 f. dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Die vor der Enterbung erfolgte Verzeihung macht aber die Enterbung wirkungslos. Vgl. auch Stubenrauch 1, 940. Den Beweis dieser Verzeihung hat der Enterbte zu erbringen. Vgl. OMMZ. 3362.

<sup>5)</sup> Vgl. Prot. I, 480; Graßl, a. a. O. 18 ff.; Unger 6, Anm. 20 auf S. 356; Stubenrauch 1, 940 und Note 5 auf S. 941; Krainz 2, 728; Anders 131.

Die Enterbung kann gültig nur in der für letztwillige Anordnungen vorgeschriebenen Form vorgenommen werden<sup>1)</sup>. Sie braucht aber keineswegs in einem Testamente zu erfolgen<sup>2)</sup>, sie braucht auch die Enterbungsursache nicht ausdrücklich anzugeben<sup>3)</sup> (§ 771) und kann schließlich entweder eine ausdrückliche oder eine stillschweigende sein. Die Enterbung ist eine ausdrückliche, wenn der Noterbe mit oder ohne Angabe des Enterbungsgrundes vom Pflichtteile ausdrücklich ausgeschlossen, enterbt wird. Eine stillschweigende ist die Enterbung<sup>4)</sup>, wenn der im Testamente eingesetzte Erbe beweisen kann, daß der mit Stillschweigen übergangene, d. h. in der letzten Anordnung<sup>5)</sup>, in welcher über den ganzen Nachlaß<sup>6)</sup> verfügt wird, weder letztwillig bedachte noch ausdrücklich enterbte Noterbe, dessen Dasein als Noterbe dem Erblasser bekannt war<sup>7)</sup>, sich schon zur Zeit der letztwilligen Anordnung<sup>8)</sup> „einer der in den §§ 768—770 angeführten Enterbungsursachen schuldig gemacht“ hat, und<sup>9)</sup> dies dem Erblasser bekannt geworden war (§ 782)<sup>10)</sup>.

Die Enterbung kann übrigens eine vollständige oder eine teilweise, ferner auch eine bedingte sein. Sie ist eine vollständige, wenn sie in der vollständigen Entziehung des Pflichtteils, eine teilweise, wenn sie in einer Beschränkung oder Belastung des Pflichtteils besteht<sup>11)</sup>.

Die Wirkung der rechtmäßigen Enterbung besteht somit in der Entziehung oder Beschränkung des Pflichtteils. Kommt es jedoch zur gesetzlichen Erbfolge, sei es, weil letztwillig ein Erbe nicht eingesetzt wurde, oder weil das errichtete Testament bezüglich der Erbeinsetzung (nicht etwa

<sup>1)</sup> Vgl. auch § 2336, Abs. 1 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. Unger 6, 350 und Anm. 11 auf S. 354; Anders 130.

<sup>3)</sup> Anders § 2336, Abs. 2 d. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Stubenrauch, in Wagners Z. 1839, I, 213 f.

<sup>5)</sup> Testament oder Kodizill. Vgl. G.M.Z. 2882. Anders Stubenrauch 1, 953.

<sup>6)</sup> Vgl. Zeiller, Kommentar 2, 791; Unger 6, Anm. 13 auf S. 355; Stubenrauch 1, 953. Nach G.M.Z. 2882 genügt auch Verfügung (in einem Kodizille) über den größten Teil des Nachlasses. Vgl. hier auch E. O.G. v. 1. III. 1910, Rv. VII. 1/10, in O.F.Z. 29, Nr. 292 (Wurde in einer letztwilligen Verfügung einer der Söhne des Erblassers auf den Pflichtteil gesetzt, und eine andere Erbeinsetzung nicht verfügt, so gelten die übrigen Kinder des Erblassers nicht als mit Stillschweigen übergegangen).

<sup>7)</sup> Gegen Zeillers (Kommentar 2, 799) unrichtige Ansicht, daß eine stillschweigende Enterbung auch dann vorhanden sei, wenn dem Erblasser das Dasein des Noterben aus Irrtum unbekannt war, vgl. Unger 6, Anm. 13 auf S. 354 und die dort Zitierten (insbesondere Graßl, a. a. O. 16 ff.). Vgl. auch Stubenrauch 1, 954 und Note 1; Anders 130.

<sup>8)</sup> Vgl. auch § 2336, Abs. 2 d. BGB.

<sup>9)</sup> Vgl. auch hier die in Note 7 Zitierten; ferner Stubenrauch 1, 953 f. und Note 3.

<sup>10)</sup> Vgl. hierzu Prot. I, 477.

<sup>11)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 16 auf S. 355.

vollinhaltlich) ungültig oder unwirksam ist, so ist der Enterbte in der Regel auch von der Intestaterbfolge ausgeschlossen<sup>1)</sup>.

Aufgehoben wird die Enterbung, und zwar sowohl die ausdrückliche, als auch die stillschweigende<sup>2)</sup>, nur durch einen „ausdrücklichen“<sup>3)</sup>, in gesetzmäßiger Form erklärten Widerruf (§ 772).

Selbst ein vom Pflichtteile gesetzmäßig ausgeschlossener Noterbe der auf- oder absteigenden Linie hat nun aber den Anspruch auf den notwendigen Unterhalt gemäß § 795<sup>4)</sup>. Subjekt dieses Alimentationsanspruches ist der von dem ihm sonst gebührenden Pflichtteile durch eine Verfügung des Erblassers<sup>5)</sup>, durch das Gesetz (§§ 540 und 542) oder durch Erbverzicht<sup>6)</sup> ausgeschlossene Noterbe der auf- oder absteigenden Linie. Belastet mit der Alimentationsverbindlichkeit ist die Erbschaft, weshalb alle Erben, ja sogar die auf den Pflichtteil Gesetzten, und Legatäre verhältnismäßig dazu beitragen müssen. Der Anspruch geht aber nur auf den notwendigen Unterhalt<sup>7)</sup>; er setzt daher Bedürftigkeit in der Person des Not-

<sup>1)</sup> So auch u. a. Stubenrauch, in Wagners Z. 1839, I, 214 f.; Winigwartner, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 337; Unger 6, 351; Stubenrauch 1, 954; Anders 131.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 18 auf S. 356; Stubenrauch 1, S. 941 (Note 5), 954; Krainz 2, 728; Anders 131.

<sup>3)</sup> Hiemit will nur gesagt werden, daß die Enterbung nur in derselben Weise aufgehoben werden kann, wie letztwillige Verfügungen überhaupt (§§ 713, 719, 721) (vgl. auch Prot. I, 480; Unger 6, Anm. 19 auf S. 356; Stubenrauch 1, 941 und Note 4; Krainz 2, 728; Anders 131), nicht schon durch die Verzeihung des Erblassers oder durch den Wegfall der Enterbungsursache nach der Enterbung, wenn auch vor dem Erbanfalle (vgl. aber Unger 6, Anm. 17 auf S. 355 f.). — Nach dem d. BGB. erlischt das Recht zur Entziehung des Pflichtteils durch Verzeihung. Eine Verfügung, durch die der Erblasser die Entziehung angeordnet hat, wird durch die Verzeihung unwirksam (§ 2337). Ferner bestimmt § 2336, Abs. 4, daß im Falle des § 2333, Z. 5 die Entziehung unwirksam ist, wenn sich der Abkömmling zur Zeit des Erbfalls von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat.

<sup>4)</sup> Über die rechtliche Natur dieses Anspruches vgl. statt aller Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 129 ff. Zu § 795 überhaupt vgl. u. a. Hofmann, Der Unterhaltsanspruch des überlebenden Gatten nach § 796 ABGB. in Grünhuts Z. 1, 557 ff.; Hussarek, Die familienrechtliche Alimentation nach österreichischem Rechte, in Grünhuts Z. 20, 663; Schiffner, a. a. O. 127 ff.; Stubenrauch 1, 969 f. Über den Zusammenhang der Bestimmung des § 795 mit der älteren Theorie vgl. Schiffner, a. a. O. 127. Vgl. hier schließlich auch die Ausführungen über die Alimentationsansprüche im IV. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>5)</sup> Mit Unrecht nimmt Unger 6, Anm. 22 auf S. 357 den gemäß § 770 Enterbten aus.

<sup>6)</sup> Dies wird allerdings von Unger 6, Anm. 8 auf S. 339 bestritten: „§ 795 ist schon seinem Wortlaute nach nur auf den Fall der rechtmäßigen Enterbung zu beziehen, und ließe es sich irgendwie rechtfertigen, daß der etwa mit einer beträchtlichen Geldsumme abgefundene Noterbe noch überdies Anspruch auf Alimentation haben solle?“ Dagegen für die Ansicht des Textes Zeiller, Kommentar 2, 824; Pfaff und Hofmann Exkurs 2, 55; Schiffner, a. a. O. 129 und Note 11; Stubenrauch 1, 970 (Note 2).

<sup>7)</sup> Vgl. Hussarek, a. a. O. 663.



erben voraus und kann nie den Umfang des Pflichtteils übersteigen<sup>1)</sup>. Über die Art der Verabreichung entscheidet auch hier das richterliche, durch Berücksichtigung aller konkreten Umstände geleitete Ermessen<sup>2)</sup>. Regelmäßig erfolgt die Alimentation durch Verabreichung einer Geldrente, auf die in der Regel § 1418 Anwendung findet<sup>3)</sup>.

B. Die Enterbung in guter Absicht<sup>4)</sup> (§ 773). Einem Noterben der auf<sup>5)</sup> oder absteigenden Linie<sup>6)</sup>, der

1. sehr verschuldet oder verschwenderisch ist — ob er verschwenderisch ist, haben die Gerichte zu entscheiden<sup>7)</sup>, ohne daß es darauf ankommt, ob eine Prodigalitätserklärung bereits erfolgt ist oder nicht<sup>8)</sup> 9) —, und

<sup>1)</sup> Vgl. Schiffner, a. a. O. 129; Stubenrauch 1, 970 und Note 5; Krainz 2, 728; Anders 131. U. M. Hussarek, a. a. O. 664 (Note 27).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu statt aller Hussarek, a. a. O. 661 f.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu statt aller Hussarek, a. a. O. 661 f.

<sup>4)</sup> Auch das b. OGB. (§ 2338) kennt eine Enterbung in guter Absicht. Diese kann nur gegenüber einem Abkömmling, der in solchem Maße der Verschwendung ergeben oder überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, erfolgen und ist keine Entziehung, sondern nur eine Beschränkung des Pflichtteils. Sie besteht nämlich in der Anordnung, daß nach dem Tode des Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnis ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen, mit welcher Anordnung auch die Übertragung der Verwaltung für die Lebenszeit des Abkömmlings an einen Testamentsvollstrecker verbunden werden kann, in welchem Falle der Abkömmling Anspruch auf den jährlichen Reinertrag hat. Die Enterbung in guter Absicht unterliegt den Regeln des § 2336, Abs. 1 und 3 und ist unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls der Abkömmling sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder die den Grund der Anordnung bildende Überschuldung nicht mehr besteht.

<sup>5)</sup> Gegen Winwarters (Das österreichische bürgerliche Recht 3, 347 f.) abweichende Ansicht, daß unter den Noterben des § 773 nur Descendenten zu verstehen seien, u. a. P. v. L., Rechtsfall über die Anwendbarkeit des § 773 OGB. auf nachgeborene Kinder des bona mente ausgeschlossenen Noterben, in Wagners 3. 1844, II, 176 (Note 1); Unger 6, Anm. 2 auf S. 358. Übereinstimmend auch Stubenrauch 1, 942 (Note 1); Krainz 2, 727; Anders 132.

<sup>6)</sup> Auch einem Adoptivkinde. So auch Schuller, Die Annahme an Kindesstatt 126.

<sup>7)</sup> Vgl. Prot. I, 482.

<sup>8)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 783; Krainz 2, 727. Teilweise anders Unger 6, Anm. 1 auf S. 357 f., nach dessen Ansicht die Enterbung bona mente wegen Verschwendung bei einem schon wegen Verschwendung unter Kuratel gesetzten Noterben nicht Platz greifen kann, „da in diesem Falle ohnehin schon dafür gesorgt ist, daß seinen Kindern der ihm zufallende Pflichtteil nicht durch verschwenderisches Gebahren entgehe“, während die Enterbung bona mente wegen Überschuldung auch einen gerichtlich erklärten Verschwender treffen kann. Ähnlich Stubenrauch 1, 942 und Note 2; Anders 132.

<sup>9)</sup> Über die ratio und die Erfordernisse der Enterbung wegen Verschwendung vgl. die zutreffende Begründung der Entscheidung O.M. 12 990: „Bei der Anwendung des § 773 handelt es sich keineswegs in erster Linie um das Abhnden eines der Erblasser zum Durchbrechen der ihm gesetzten gesetzlichen Schranken ermächtigenden Verschuldens des Noterben, sondern um das Abwenden einer der Familie von Seite des Noterben drohenden Gefahr. Hieraus ergibt sich, daß der Anordnung des § 773 diejenigen Fälle nicht entzogen sein können, in denen ein Noterbe, welcher bisher nie über eine größere Summe baren Geldes zu verfügen hatte, zwar noch nie in der Lage war, auffallend große Auslagen zu machen, welche als Akte der Verschwendung im

2. wenigstens im Zeitpunkte des Todes des Erblassers Descendenten<sup>1)</sup> ersten oder entfernteren Grades hat, denen der ihrem Ascendenten gebührende Pflichtteil wahrscheinlich ganz oder größtenteils entgehen würde, kann vom Erblasser der Pflichtteil in der Art entzogen werden, daß er den Kindern des Noterben, und zwar allen zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen, beziehungsweise empfangenen (§ 22)<sup>2)</sup> Kindern, und diesen zu gleichen Teilen, zugewendet wird.

Die Erfordernisse für die Wirksamkeit dieser Enterbung, die übrigens (arg. § 782) eine ausdrückliche sein<sup>3)</sup>, und deren Ursache vom eingesezten Erben erwiesen werden muß<sup>4)</sup>, sind sonach:

a) das Vorhandensein (§ 22) von erbfähigen Kindern ersten oder entfernteren Grades<sup>5)</sup> des verschuldeten oder verschwenderischen Noterben wenigstens im Zeitpunkte des Todes des Erblassers. Sind sämtliche Descendenten des Noterben vor dem Tode des Erblassers weggefallen oder in diesem Zeitpunkte erbunfähig, so wird die Enterbung ungültig und der Pflichtteil bleibt dem Noterben<sup>6)</sup>.

b) daß der Pflichtteil allen<sup>7)</sup> diesen Kindern des Noterben, und zwar zu gleichen Teilen<sup>8)</sup>, zugewendet wird. Nach dem Tode des Erblassers erzeugte Kinder haben auf den dem Noterben entzogenen Pflichtteil oder auf einen Anteil an diesem keinen Anspruch<sup>9)</sup>. Eine Disposition des Erblassers über den Pflichtteil zugunsten Dritter entzieht dem Noterben seinen Pflichtteilsanspruch nicht<sup>10)</sup>. Doch steht nur dem gesetzwidrig enterbten Noterben, nicht dessen Kindern, ein Klagerecht auf den Pflichtteil

gebräuchlichen Sinne des Wortes bezeichnet werden könnten, sich jedoch während einer langen Reihe von Jahren so betragen hat, daß sich an seiner verschwenderischen Natur nicht zweifeln läßt.“ Zustimmend Krainz 2, 727. Dagegen verlangt Stubenrauch 1, 942 (Note 2) ein solches Verhalten des zu Enterbenden, das eine Prodigalitätserklärung rechtfertigen könnte.

<sup>1)</sup> Auch Adoptivkinder? Mit Recht bejahend Schuller, a. a. O. 126; Stubenrauch 1, 942 (Note 3); Anders 132.

<sup>2)</sup> Vgl. van der Straß, Kann den übergangenen Kindern eines enterbten Noterben auf Grund des § 773 OGB. ein Klagerecht zukommen?, im Jurist 16, 440; Schuller, a. a. O. 127; Unger 6, Anm. 4 auf S. 358; Stubenrauch 1, 942 f. (Note 3); Anders 132.

<sup>3)</sup> Vgl. Stubenrauch 1, 943 und Note 2; Anders 132.

<sup>4)</sup> Vgl. Zeiller, Kommentar 2, 784; Stubenrauch 1, 943.

<sup>5)</sup> Vgl. van der Straß, a. a. O. 440 f.; Stubenrauch 1, 942 (Note 3).

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 357; Stubenrauch 1, 942 f. und Note 3; Anders 132. — Der Noterbe kann natürlich in diesem Falle auch über den Pflichtteil letztwillig frei verfügen. Vgl. hierzu auch E. OGH. v. 11. X. 1851, 3. 8098, in OStGHZ. 1856, S. 143.

<sup>7)</sup> Vgl. auch van der Straß, a. a. O. 442; Unger 6, Anm. 4 auf S. 358; Stubenrauch 1, 943 (Note 1); Krainz 2, 727; Anders 132.

<sup>8)</sup> Vgl. auch van der Straß, a. a. O. 443 f.; Unger 6, Anm. 4 auf S. 358; Stubenrauch 1, 943 (Note 1); Anders 132.

<sup>9)</sup> So auch van der Straß, a. a. O. 449; Unger 6, Anm. 4 auf S. 358; Stubenrauch 1, 942 f. (Note 3); Krainz 2, 727. U. M. P. v. L., a. a. O. 170 ff.

<sup>10)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 357; Stubenrauch 1, 943 (Note 1).

zu<sup>1)</sup>. Ist der Pflichtteil bloß einzelnen Kindern des Enterbten zugewendet worden, so ist die Enterbung insoweit, als der auf die übergangenen Kinder entfallende Anteil reicht, zugunsten des Enterbten unwirksam<sup>2)</sup>. Sind die Teile, die den Kindern des Enterbten bestimmt werden, ungleich, so ist die Teilbestimmung ungültig<sup>3)</sup> 4).

## § 49.

## Die Rechtsmittel des Noterben gegen Verletzungen seines Pflichtteilsrechtes.

I. Ist ein Noterbe durch unrechtmäßige Enterbung in seinem Pflichtteilsrechte verletzt, oder ist er in dem Betrage des Pflichtteils verkürzt worden, so steht ihm<sup>5)</sup> eine Klage auf den Pflichtteil, beziehungsweise auf Ergänzung des Pflichtteiles<sup>6)</sup> zu (§§ 729, 775)<sup>7)</sup>. Die Klage ist gegen den im Testamente eingesetzten Erben gerichtet und geht auf Bezahlung des zur Entrichtung, beziehungsweise Ergänzung des Pflichtteils erforderlichen Geldbetrages<sup>8)</sup>. Wird die Klage im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung vor Feststellung des reinen Wertes des Nachlasses angestellt, so kann sie nicht sofort auf Auszahlung eines ziffernmäßig bestimmten Betrages, sondern nur auf Anerkennung des Pflichtteilsanspruches in einem erst festzustellenden Betrage gerichtet werden (Feststellungsklage)<sup>9)</sup> 10). Zur

<sup>1)</sup> Vgl. Stubenrauch 1, 943 (Note 1).

<sup>2)</sup> Vgl. van der Straß, a. a. O. 443 f.; Unger 6, Anm. 7 auf S. 359; Stubenrauch 1, 943 (Note 1); Anders 132.

<sup>3)</sup> So auch Schuller, a. a. O. 129; Unger 6, Anm. 7 auf S. 359; Anders 132. Nach Stubenrauch 1, 943 (Note 1) darf in diesem Falle der Noterbe das dem begünstigten Kinde zuge dachte Plus für sich in Anspruch nehmen.

<sup>4)</sup> Vorausempfang der Descendenten des Noterben sind nicht einzurechnen. So auch van der Straß, a. a. O. 445 f.

<sup>5)</sup> Nur ihm, nicht seinen Erben, weil der Pflichtteilsanspruch ein höchstpersönlicher ist. Vgl. OLNZ, 2931; E. OGH. v. 24. III. 1903, 3. 926, in ÖstRZ, 1909, S. 287 f. — Nach dem d. BGB. (§ 2317) ist der Anspruch auf den Pflichtteil vererblich und übertragbar.

<sup>6)</sup> Vgl. § 2305 d. BGB.

<sup>7)</sup> Die Unterlassung der Anfechtung einer Enterbung durch den Noterben bildet keinen Gegenstand der Gläubigeranfechtung nach § 13 AnfG. Vgl. Hintelen, Das österreichische Konkursrecht 176 (Note 2); OLNZ, 1905.

<sup>8)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 218 f. dieses Bandes.

<sup>9)</sup> Nicht widersprechend wohl OLN. 12635, weil nach der Ansicht des OGH. in concreto der Beklagte das Pflichtteilsrecht der Klägerin nicht bestritt, sondern nur behauptete, daß sie die Befriedigung ihres Pflichtteilsanspruches nicht mehr fordern könne, weil sie bereits befriedigt sei. Bei dieser Sachlage war allerdings eine Feststellungsklage überhaupt unzulässig, eine Leistungsklage aber verfrüht, denn: „Um beurteilen zu können, ob die Klägerin aus dem Titel des Pflichtteils überhaupt noch einen Anspruch auf den Nachlaß des Vaters erheben könne, und eventuell, wie hoch sich derselbe belaufe, muß vor allem der reine Nachlaß festgestellt und demnach der Pflichtteil bemessen worden sein.“

<sup>10)</sup> Art. XLII ÖZPD. (Verbindlichkeit zur Leistung des Offenbarungseides) ist hier unanwendbar, da die Voraussetzungen keines der beiden Fälle des Art. XLII, al. 1 ÖZPD. gegeben sind. So auch Krausz 2, 730 (Note 15); OLNZ, 2941.

Deckung des Pflichtteiles müssen sowohl die eingesetzten Erben, als auch die Legatäre — und zwar die letzteren nicht bloß in subsidium<sup>1)</sup> — verhältnismäßig beitragen (§ 783), weshalb sich die Legatäre eine verhältnismäßige Herabminderung der Legate gefallen lassen müssen<sup>2)</sup>. Die hier behandelte Pflichtteilsklage, die von der Klage auf Auszahlung des letztwillig hinterlassenen Pflichtteils zu unterscheiden ist<sup>3)</sup>, verjährt in drei Jahren, gerechnet vom Antritte der Erbschaft durch den eingesetzten Erben<sup>4)</sup> (§ 1487)<sup>5)</sup> 6).

II. Neben dem sub I behandelten Rechtsmittel kennt das ABGB. (§ 951) auch ein Rechtsmittel wegen Verletzung des Pflichtteils durch übermäßige Schenkungen (querela inofficiosae donationis)<sup>7)</sup> 8).

Anders Weinberger, Die Klage auf Ablegung des Manifestationseides im österreichischen Rechte, in Grünhützl 3, 35, 304 ff. Vgl. auch OLN. 10767 (erzepiert weiter oben in Note 5 auf S. 216 dieses Bandes) und E. OGH. v. 6 IV. 1910, Rv. II 237/10, in ÖstRZ, 29, Nr. 334. — Nach § 2314 d. BGB. hat dem Pflichtteilsberechtigten, der nicht Erbe ist, der Erbe auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen. Der Pflichtteilsberechtigte kann verlangen, daß er bei der Aufnahme des ihm nach § 260 vorzulegenden Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände zugezogen und daß der Wert der Nachlaßgegenstände ermittelt wird. Er kann auch verlangen, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird. Die Kosten fallen dem Nachlasse zur Last.

<sup>1)</sup> Vgl. zu dieser bestrittenen Frage Prot. I, 482; II, 552 und über die Vertreter der beiden verchiedenen Ansichten die Anm. 4 auf S. 362 bei Unger. Für die im Texte vertretene Auffassung insbesondere Hoffbauer, Die §§ 783 und 690 ABGB., im Jurist 6, 410 ff.; Winwartner, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 366 ff.; Unger 6, 360 und Anm. 4 auf S. 362; Stubenrauch 1, 954; Krausz 2, 733; Anders 132. Für die entgegengesetzte Ansicht insbesondere Zeiller, Kommentar 2, 800 f.; und Prockner, in Wagners 3, 1837, II, 316 ff., der aus dem Begriff „Erbe“, aus dem Pflichtteilsystem des ABGB. und aus den §§ 782, 771 und 690 seine Ansicht zu beweisen sucht.

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch die Bestimmungen des d. BGB. über die Verteilung der Pflichtteilslast in den §§ 2318–2324, und dazu Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 457 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. über die Verjährung dieser Klage weiter oben S. 227 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Anders Winwartner, in Pratoheveras Mat. 8, 135: vom Tode des Erblassers. Wiederum anders Stubenrauch 2, 952; Krausz 2, 725; Anders 133; OLN. 3084, 6070: vom Tage der Kundmachung des letzten Willens.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu auch OLNZ, 4480 (Die Einwendung der Verjährung kann nicht mehr erhoben werden, wenn zwischen den Parteien nach Ablauf der Verjährungsfrist ein Vertrag über die Nichtigstellung eines bei der Pflichtteilsberechnung im Abhandlungsverfahren unterlaufenen Irrtums abgeschlossen worden war).

<sup>6)</sup> Nach § 2332 d. BGB. verjährt der Pflichtteilsanspruch in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritte des Erbfalles und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von dem Eintritte des Erbfalles an. Die Verjährung wird nicht dadurch gehemmt, daß der Anspruch erst nach der Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses geltend gemacht werden kann.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu u. a. Stubenrauch, Von dem Rechte des Noterben, eine Schenkung wegen Verkürzung des Pflichtteils zu widerrufen, in Wagners 3, 1841, II, 197 ff.; Bachmann, Ein Beitrag zum Verständnis des § 951 ABGB., in Haimers Mag. 11, 44 ff.; Unger 6, 362 ff.; Breuer, Die pflichtwidrige Schenkung, in Gerh. 46, Nr. 36, 37; Stubenrauch 2, 143 ff.; Zoll, Sind Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteils in Anrechnung zu bringen oder nicht?, in ÖstRZ, 1905,

Diese Klage wegen Verletzung des Pflichtteils durch übermäßige Schenkungen steht nur Abstammlichen (nicht Ufzendenten, aber auch Adoptivkindern<sup>1)</sup>) des Erblassers, und zwar nur den im Zeitpunkte der Schenkung bereits vorhandenen (mindestens erzeugten<sup>2)</sup>) und in diesem Zeitpunkte bereits pflichtteilsberechtigten<sup>3)</sup>, zu, nicht also den nach der Schenkung erst erzeugten Kindern<sup>4)</sup> oder den Kindern des erst nach der Schenkung ver-

Nr. 4—11, 21, 25; Wroblewski, Zur Anrechnungslehre, in *StZBl.* 23, 970 ff.; Wöb, Über die Berücksichtigung von Schenkungen bei der Pflichtteilsbemessung, in *NotZ.* 1906, Nr. 4—11; Krainz 2, 733 ff.; Anders 133 ff. — Zur Redaktionsgeschichte des § 951 vgl. Prot. II, S. 39—43.

<sup>1)</sup> Wesentlich abweichend vom römischen Rechte und vom Rechte des ABGB. führen den Schutz des Pflichtteilsberechtigten gegen Beeinträchtigung seines Rechtes durch Schenkungen des Erblassers das d. BGB. (§§ 2325—2331) und in Anlehnung an dieses Vorbild, aber doch auch in wesentlichen Punkten von ihm abweichend, nunmehr der *RevEntw.* (§§ 138—142) durch. Der *RevEntw.* bestimmt: § 138: „§ 785 ABGB. hat zu lauten: Auf Verlangen eines pflichtteilsberechtigten Kindes 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 Werte hinzuzurechnen, der für die Anrechnung nach § 794 maßgebend ist. — Unberücksichtigt bleiben Schenkungen, die der Erblasser zu einer Zeit machte, da er keine pflichtteilsberechtigten Kinder hatte; ferner Schenkungen, die aus den Einkünften des Geschenkgebers ohne Schmälerung des Grundvermögens gemacht wurden, sowie Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder Rücksicht des Anstandes entsprochen wurde, oder Schenkungen zu gemeinnützigen Zwecken, endlich Schenkungen an die pflichtteilsberechtigten Personen, die mehr als zwei Jahre vor dem Tode des Erblassers gemacht wurden. Bei Schenkungen an den Ehegatten beginnt die Frist nicht vor Auflösung oder Scheidung der Ehe.“ — § 139: „Dem § 787 ABGB. ist als zweiter Absatz beizufügen: Wenn bei Bestimmung des Pflichtteils Schenkungen in Anschlag zu bringen sind, muß sich jeder Noterbe auf die dadurch bewirkte Erhöhung seines Pflichtteils die nach § 785 zum Nachlasse hinzuzurechnenden Geschenke anrechnen lassen, die er selbst vom Erblasser erhalten hat.“ — § 140: 789 ABGB. hat zu lauten: Bei dem Pflichtteile der Eltern findet die Anrechnung eines Vorstufes infolfern statt, als er nicht zur gesetzlichen Unterstützung (§ 154) geleistet worden ist.“ — § 141: „§ 951 ABGB. hat zu lauten: Wenn bei Bestimmung des Pflichtteils Schenkungen in Anschlag gebracht werden (§ 785), der Nachlaß aber zu dessen Deckung nicht ausreicht, kann der verkürzte Noterbe vom Beschenkten die Herausgabe des Gesentes zur Deckung des Fehlbetrages verlangen. Der Besenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden. — Ist der Besenkte selbst pflichtteilsberechtigt, so haftet er dem anderen nur so weit, als er infolge der Schenkung mehr als den ihm bei Einrechnung der Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten würde. — Unter mehreren Besenkten haftet der früher Besenkte nur in dem Maße, als der später Besenkte zur Herausgabe nicht verpflichtet oder nicht imstande ist. Gleichzeitig Besenkte haften verhältnismäßig.“ — § 142: „Inwieweit Schenkungen, die vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes gemacht wurden, bei Berechnung des Pflichtteils in Betracht kommen oder wegen Verkürzung des Pflichtteils zurückgefordert werden können, ist nach den bisher geltenden Bestimmungen zu beurteilen.“

<sup>1)</sup> So auch Schuller, Die Annahme an Kindesstatt 135; Unger 6, Anm. 3 auf S. 365; Breuer, a. a. D. 413; Stubenrauch 2, 145 (Note 2); Krainz 2, 734 (Note 7); Anders 133. U. M. Pachmann, a. a. D. 47.

<sup>2)</sup> Die von Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1841, II, 219 vertretene Ansicht, daß auch das Dasein der erst erzeugten Kinder dem Erblasser zur Zeit der gemachten Schenkung bekannt gewesen sein muß, ist im Gesetze nicht begründet.

<sup>3)</sup> Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1841, II, 220 nimmt, wie es scheint, mit Unrecht nur die im Zeitpunkte der Schenkung erbunfähigen Kinder aus.

<sup>4)</sup> Vgl. Prot. II, 43.

storbenen Kindes des Erblassers<sup>1)</sup>). Übermäßig ist eine Schenkung<sup>2)</sup>, wenn sie allein oder im Zusammenhange mit anderen gleichzeitigen Schenkungen die Hälfte des zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögens übersteigt<sup>3)</sup>). Daraus folgt, daß eine zur Zeit ihrer Vornahme nicht pflichtwidrige Schenkung durch eine hinterher eintretende zufällige Verminderung des Vermögens nicht anfechtbar wird<sup>4)</sup>). Wird das Vermögen erst durch aufeinander folgende Schenkungen unter die Hälfte seines ursprünglichen Wertes gebracht, so enthalten die nachfolgenden Schenkungen, obwohl sie einzeln an sich nicht übermäßig sind, dennoch eine Pflichtteilsverletzung und sind daher anfechtbar<sup>5)</sup>).

Ist nun eine Schenkung eine übermäßige, so kann sie nach dem Tode des Schenkers mittels Klage angefochten werden. Wer klageberechtigt ist, wurde bereits weiter oben ausgeführt<sup>6)</sup>. Beklagter ist der Besenkte oder dessen Erbe<sup>7)</sup>, nicht ein dritter Besitzer der geschenkten Sache. Voraussetzung der Klage ist, daß der reine Nachlaß nicht einmal die Hälfte

<sup>1)</sup> So auch Pachmann, a. a. D. 48; *GM.* 13542. U. M. Unger 6, Anm. 3 auf S. 365; Stubenrauch 2, 145 (Note 2); Krainz 2, 734; Anders 133.

<sup>2)</sup> Auch nicht einem erst nach der Schenkung durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinde. Vgl. *GMNz.* 3955.

<sup>3)</sup> Auf die Absicht bei der Schenkung kommt es nicht an. So u. a. auch Pachmann, a. a. D. 49; Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1841, II, 207; Unger 6, Anm. 4 auf S. 365. — Nach Wroblewski, a. a. D. 975 ist die Bestimmung des § 951 auch auf Schenkungen auf den Todesfall sinngemäß anzuwenden. U. M. Zöll, a. a. D. S. 78; ders., Noch einige Worte zur Frage, ob die Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteils nach dem BGB. in Anschlag zu bringen sind oder nicht, in *StZBl.* 24, 233.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu *GM.* 13066. Vgl. weiter auch *GM.* 3265 (Unanfechtbarkeit einer Schenkung eines Verstorbenen wegen Verkürzung des Pflichtteils im Falle der Überschuldung des Geschenkgebers zur Zeit der Schenkung) und dazu Stubenrauch 2, 144 und Note 1.

<sup>5)</sup> Sind die Abweichungen von der gesetzlichen Erbfolge in den Nachlaß katholischer Geistlicher auch bei Schenkungen zugrunde zu legen, die ein mit Hinterlassung aus einer früheren Ehe erzeugter Kinder verstorbener katholischer Pfriindner des römischen Ritus der Bestimmung des § 951 ABGB. zuwider bei seinen Lebzeiten machte? Diese Frage wird wohl mit Recht bejaht von Gapp, in *WagnersZ.* 1826, II, 16 ff.

<sup>6)</sup> So auch Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1841, II, 212.

<sup>7)</sup> So auch Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1841, II, 215, dessen Berechnung wohl zu einem gleichen Resultate führt; Unger 6, Anm. 6 auf S. 366 f.; Breuer, a. a. D. S. 402 f.; Stubenrauch 2, 144 und Note 4; Zöll, a. a. D. S. 72; Anders 134; *GM.* 2268. Anders insbesondere Zeiller, *Kommentar* 3, 175; Pachmann, a. a. D. 52; Wöb, a. a. D. S. 59, 66; Krainz 2, 734, welche Autoren untercheiden, ob die sukzessiven Schenkungen erwießenermaßen zur Umgehung des § 951 gemacht wurden oder nicht, und behaupten, daß im letzteren Falle die sukzessiven Schenkungen nur einzeln nach dem jeweiligen Stande des Vermögens, von dem sie genommen wurden, beurteilt werden dürfen.

<sup>8)</sup> Stirbt das verletzte Kind nach dem Schenker, aber vor Anstellung der Klage, so können die Erben des Kindes die Widerrufsklage anstrengen. So auch Unger 6, Anm. 12 auf S. 368; Stubenrauch 2, 145; Anders 134. U. M. Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1841, II, 229 ff.

<sup>9)</sup> Vgl. Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1841, II, 228 f.



des Vermögens erreicht, welches der Erblasser zur Zeit der Schenkung gehabt hat. Diese Voraussetzung hat der Kläger zu beweisen. Somit hat der Kläger zu beweisen:

1. die Tatsache und den Umfang der Schenkung<sup>1)</sup>;

2. den Umfang des Vermögens des Erblassers zur Zeit der Schenkung. Die Notwendigkeit, dies zu beweisen, wurde wegen der auch bei der Beratung des ABGB. anerkannten Schwierigkeit dieses Beweises<sup>2)</sup> zwar bestritten<sup>3)</sup>, ist aber sowohl nach dem Wortlaute des § 951, als auch nach Ausweis der hier zweifellos maßgebenden Beratungsprotokolle<sup>4)</sup> nicht zu bezweifeln<sup>5)</sup>.

3. den Betrag des reinen Nachlasses.

Mit der Klage wird vom Beschenkten „das gesetzwidrig empfangene Übermaß verhältnismäßig“ zurückgefordert. Die Klage kann also nicht auf die gänzliche oder teilweise Ungültigkeitserklärung der Schenkung oder auf die Restitution des geschenkten Vermögens in natura gerichtet werden<sup>6)</sup>, sondern nur auf das gesetzwidrig empfangene Übermaß, d. h. auf jenen Betrag, um welchen die Schenkung die Hälfte des zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögens übersteigt, und auch auf diesen Betrag nur „verhältnismäßig“, d. h. nur insoweit, als der zur Zeit des Todes entfallende Pflichtteil dadurch geschmälert wird, also insoweit, „als der Unterschied zwischen dem aus dem Nachlasse erlangten Vermögensbetrag und dem Betrag des nach dem damaligen unverminderten Vermögen berechneten Pflichtteils ausmacht“<sup>7)</sup>). Doch ist die Haftung des Beschenkten auf die im Zeit-

<sup>1)</sup> Vgl. Stubenrauch, in WagnersZ. 1841, II, 226.

<sup>2)</sup> Vgl. Prot. II, 42.

<sup>3)</sup> So einerseits von Stubenrauch, in WagnersZ. 1841, II, 227 ff., der behauptet, daß der Kläger nichts weiter als den Betrag der angefochtenen Schenkung und des reinen Nachlasses zu erweisen habe, denn die Summe aus diesen beiden Beträgen stelle sich als das mutmaßliche Vermögen dar, welches der Schenker zur Zeit der gemachten Schenkung besessen habe; andererseits von H. v. M., Zur Frage der Widerruflichkeit der Schenkung nach § 951 und des Beweises des zur Zeit der Schenkung vorhanden gewesenen Vermögens, in ZBl. 1891, Nr. 6, 7, nach dessen Meinung „dem Gesetze Genüge geleistet ist, wenn der Anfechtungserber dargetut, daß das Vermögen des Schenkers im Augenblicke der Vergabung mindestens einen solchen Betrag erreicht, daß der Pflichtteil verletzt erscheint. Behauptet der Gegner den damaligen Stand eines größeren Vermögens, so ist es seine Sache das Plus zu beweisen.“ Für diese Ansicht auch Gll. 1497.

<sup>4)</sup> Vgl. Prot. II, 43.

<sup>5)</sup> Für die Ansicht des Textes auch Unger 6, Anm. 8 auf S. 367; Stubenrauch 2, 144 und Note 3; Zoll, a. a. O. 55; Krainz 2, 735; Anders 134; Gll. 991, 7254, 13062.

<sup>6)</sup> Vgl. Gll. 10822, 11985; Gll. 3885.

<sup>7)</sup> So Unger 6, 363 f. Vgl. auch Prot. II, 43; Zeiller, Kommentar 3, 175; Stubenrauch, in WagnersZ. 1841, II, 223 f. („verhältnismäßig, d. h. als es zur Ergänzung des Pflichtteils des klagenden Noterben erforderlich ist, wie das durch eine nach gemachter Schenkung eingetretene Vermehrung des Vermögens des Schenkers herbeigeführt werden kann“); Unger 6, Anm. 4 auf S. 365 f.; Breuer, a. a. O.

punkte der Klage bei ihm noch vorhandene Bereicherung, d. h. auf dasjenige, was er von dem Geschenkten oder von dessen Werte noch besitzt<sup>1)</sup>, beschränkt, es wäre denn, daß der Beschenkte das Geschenkte unredlicher Weise, d. h. wohl, um der Anfechtungsklage zu entgehen, aus dem Besitze gelassen hat<sup>2)</sup> (§ 952). Im letzteren Falle haftet der Beschenkte in dem Umfange der im Zeitpunkt der erlangten Kenntnis von der Pflichtteilsverletzung bei ihm vorhandenen Bereicherung<sup>3)</sup>.

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, daß die Klage nicht zulässig ist, wenn der Noterbe infolge nachträglicher Vermehrung des Vermögens des Schenkers aus dem Nachlasse soviel erhält, als er ohne die übermäßige Schenkung als Pflichtteil erhalten haben würde, also wenn der Nachlass infolge nachträglicher Vermehrung des Vermögens des Schenkers die Hälfte des zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögens erreicht<sup>4)</sup>, oder wenn die in den Pflichtteil gemäß § 788 einzurechnenden Vorausempfangs soviel

S. 401 f.; Stubenrauch 2, 146 und Note 1; Krainz 2, 735; Anders 134; Gll. 1497, 10822; auch Gll. 282 (Werden nach der Schenkung weitere Noterben geboren, so ist bei Berechnung des dem zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden gewesenen Noterben gebührenden Rückforderungsbetrages die der Anzahl der Noterben im Zeitpunkt des Erbansfalles entsprechende geringere Pflichtteilsquote zugrunde zu legen). Abweichend Pachmann, a. a. O. 53 ff. und Ungermann, über den Pflichtteil der Noterben im Falle einer inoffiziösen Schenkung, in OStZ. 1856, Nr. 15, welche das Wort „verhältnismäßig“ im Sinne von „nach Maßgabe jenes Betrages, der auf die Noterben als Pflichtteil ausfiel, wenn der Geschenkgeber in seiner Verlassenschaft die Hälfte jenes Vermögens, das er zur Zeit seiner übermäßigen Freigebigkeit hatte, hinterlassen haben würde,“ auslegen, somit den Noterben nur ein Viertel des ganzen ursprünglichen Vermögens als Pflichtteil zuweisen und dem Erblasser das Recht einräumen, noch über die nach Abzug der Schenkung erübrigende Vermögenshälfte lehtwillig zu verfügen.

<sup>5)</sup> Über die Aufteilung des Rückforderungsanspruchs auf mehrere widerrufsberechtigte Noterben vgl. Wöb, a. a. O. 50 f.; Krainz 2, 735 und Note 13; Gll. 2298, 4544.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Stubenrauch, in WagnersZ. 1841, II, 225: Bestand das Geschenkte nicht in barem Gelde, so kann der Kläger nur auf eine Rückvergütung nach dem Schätzungswerte dringen, und zwar nach dem Schätzungswerte im Zeitpunkt des Empfanges, jedoch so, daß später eingetretene Verschlimmerungen die Ersatzpflicht allerdings verringern können, da sie ja durch Untergang der Sache gänzlich aufgehoben wird.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Stubenrauch, in WagnersZ. 1841, II, 225 f.

<sup>3)</sup> Anders Unger 6, 363, dessen Behauptung, daß der Beschenkte vom Zeitpunkte der erlangten Kenntnis der Verletzung des Pflichtteils in vollem Umfange des pflichtwidrig erhaltenen Betrages haftet, aber wohl im Widerspruche steht mit den Ausführungen von Unger 2, § 98 (Note 26). Wie Unger, Anders 134.

<sup>4)</sup> Vgl. Prot. II, 43; auch Stubenrauch, in WagnersZ. 1841, II, 216 f.; Breuer, a. a. O. S. 401 f.; Stubenrauch 2, 144 f. und Note 6; Zoll, a. a. O. S. 55; Wroblewski, a. a. O. 972. Unrichtig ist die von Unger 6, Anm. 9 auf S. 366 und Anders 134 vertretene Ansicht, daß das Rückforderungsrecht endgültig entfällt, wenn nachträglich eine solche Vermögensvermehrung eintritt, daß die Hälfte des vermehrten Vermögens die Vermögenshälfte zur Zeit der pflichtwidrigen Schenkung mindestens erreicht, mag auch in Folge einer späteren Vermögensverminderung der Nachlass kleiner sein, als die Vermögenshälfte zur Zeit der Schenkung. Gegen diese Ansicht vgl. insbesondere Breuer, a. a. O. S. 412 f.



ausmachen, als der nach dem Stande des Vermögens zur Zeit der Schenkung gerechnete Pflichtteil beträgt<sup>1)</sup>.

Bei Verletzung des Pflichtteilsrechtes durch mehrere gleichzeitige Schenkungen geht die Klage verhältnismäßig gegen alle Beschenkte<sup>2)</sup>. Würde aber die Verletzung des Pflichtteils durch nacheinanderfolgende Schenkungen herbeigeführt, so können nur die späteren Schenkungen, welche die Verletzung des Pflichtteils herbeiführten, in dem angeführten Umfange rückgängig gemacht werden<sup>3)</sup>.

Die Klage verjährt in drei Jahren<sup>4)</sup>, gerechnet vom Zeitpunkte des Todes des Schenkers<sup>5)</sup> <sup>6)</sup>.

## § 50.

Die Übergehung von Noterben<sup>7)</sup>.

Ein Noterbe ist übergangen, wenn ihn der Erblasser, der über den ganzen<sup>8)</sup> Nachlaß letztwillig durch Testament oder Kodizill<sup>9)</sup> verfügt hat, weder bedacht noch auch ausdrücklich enterbt hat.

In der Übergehung eines Noterben der auf- oder absteigenden Linie kann eine stillschweigende Enterbung liegen (§ 782). Vgl. hierzu § 48 dieses Bandes.

Von diesem Falle abgesehen, ist aber zu unterscheiden:

I. Sind Noterben der aufsteigenden Linie mit Stillschweigern übergangen worden, so können sie immer nur den Pflichtteil fordern<sup>10)</sup> (§ 781). Hierbei macht es keinen Unterschied, ob sie bereits im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens Noterben waren oder erst nach diesem Zeit-

<sup>1)</sup> So auch Stubenrauch 2, 144 und Note 5; Breuer, a. a. O. S. 403, 411; GllMz. 2293, 4544. Anders Gll. 1660.

<sup>2)</sup> Vgl. Stubenrauch, in WagnersZ. 1841, II, 222; Breuer, a. a. O. S. 413; Stubenrauch 2, 147; Anders 134.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Stubenrauch, in WagnersZ. 1841, II, 222 („indem die gesetzwidrige Beeinträchtigung erst mit den späteren Schenkungen begann oder durch dieselben erhöht wurde“); Unger 6, 364 und Anm. 13 auf S. 368; Breuer, a. a. O. S. 402 f., 413 f.; Stubenrauch 2, 146 f.; Zöll, a. a. O. S. 72; Gll. 2268.

<sup>4)</sup> So auch Stubenrauch, in WagnersZ. 1841, II, 230; Unger 6, 364 und Anm. 11 auf S. 368; Stubenrauch 2, 147; Wöb, a. a. O. S. 58 (Note 46); Krausz 2, 735; Anders 134; Schiffrer, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum öfterreichischen ABGB. 78; Gll. 1355; E. OGH. v. 7. I. 1862, 3. 6708 (JudB. 45).

<sup>5)</sup> So auch die in der vorigen Note zitierten Autoren und Gll. 13542.

<sup>6)</sup> Nach d. ABGB. (§ 2332) gilt die Vorschrift über die Verjährung des ordentlichen Pflichtteilsanspruches auch für den außerordentlichen Pflichtteilsanspruch gegen den Erben (§§ 2325 ff.).

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu u. a. auch Stubenrauch, Von der Übergehung der Noterben, in WagnersZ. 1839, I, 193 ff.; Gllinger, Einige Bemerkungen über die Anwendung der §§ 776—782, in WagnersZ. 1840, I, Nr. 14; Unger 6, 368 ff.; Stubenrauch 1, 946 ff.; Krausz 2, S. 618 f., 623 f., 659 f.; Anders 136 ff.

<sup>8)</sup> Vgl. hierzu weiter oben Note 6 auf S. 230 dieses Bandes.

<sup>9)</sup> Vgl. hierzu weiter oben Note 5 auf S. 230 dieses Bandes.

<sup>10)</sup> Vgl. Stubenrauch, in WagnersZ. 1839, I, 258 f.

punkte durch das Wegfallen anderer Noterben diese Qualität erlangten, ferner ob der Erblasser im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens von ihrem Dasein als Noterben Kenntnis hatte oder sie aus Irrtum mit Stillschweigern übergang<sup>1)</sup> <sup>2)</sup>.

II. Werden Kinder, und zwar solche Kinder, welche im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens die nächsten Noterben waren, übergangen, so ist wieder zu unterscheiden:

1. die wissentliche Übergehung eines Kindes<sup>3)</sup>. Eine wissentliche Übergehung liegt vor, wenn ein Kind, dessen Dasein<sup>4)</sup> und Pflichtteilsanspruch<sup>5)</sup> dem Erblasser im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens<sup>6)</sup> bekannt war, im letzten Willen, worin über den ganzen Nachlaß verfügt wird, weder bedacht noch enterbt ist. Die wissentliche Übergehung berechtigt das übergangene Kind nur, den Pflichtteil mittels Klage<sup>7)</sup> zu fordern (§ 776), mag das wissentlich übergangene Kind das einzige sein oder eines

<sup>1)</sup> Vgl. Unger 6, Anm. 2 auf S. 370.

<sup>2)</sup> Nach § 2079 d. ABGB. gilt, daß eine letztwillige Verfügung angefochten werden kann, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten (Ascendenten oder Descendenten) übergangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, daß der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde. Weitere Bestimmungen über die anfechtungsberechtigte Person, über die Form der Anfechtung usw. enthalten die §§ 2080 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. Stubenrauch, in WagnersZ. 1839, I, 206 ff.

<sup>4)</sup> Kenntnis der eigenen Schwangerschaft oder der Schwangerschaft der Frau genügt nicht. So auch Krausz 2, 618 (Note 12); Gll. 6317, 11245, 14730; auch Gll. 16014. Anders Stubenrauch, in WagnersZ. 1839, I, 209 („Wissentliche Übergehung liegt auch dann vor, wenn der Erblasser zur Zeit der Errichtung seines letzten Willens zwar noch keinen Noterben hatte, wenn dieser aber schon als Leibesfrucht vorhanden, und dem Erblasser dieser Umstand bekannt war“); ders., in WagnersZ. 1840, II, 74 f.; Stubenrauch 1, 946 (Note 1).

<sup>5)</sup> So auch Kompaß, Welches Recht steht den Kindern resp. Enkeln bei der testamentarischen Erbfolge in die großelterliche Verlassenschaft zu, wenn ihre Eltern zwar mittels eines rechtsgültigen Testamentes als Erben eingesetzt, aber vor ihren Großeltern verstorben sind?, im Jurist 7, 327 ff. (spez. S. 333 f.); Unger 6, Anm. 4 auf S. 371; Krausz 2, 618; Gll. 15579. Anders zum Teil Stubenrauch, in WagnersZ. 1839, I, 207 („Nur der Irrtum über die Existenz einer Person kann die ... Ausnahme [§ 777 und 778] begründen, keineswegs aber der wesentlich davon verschiedene Irrtum in den Eigenschaften der Person“); ders., in WagnersZ. 1840, II, 74 f.; Stubenrauch 1, S. 946 (Note 1) („Die Übergehung stellt sich dann als eine wissentliche dar, wenn der Erblasser von dem Dasein des Kindes [auch Leibesfrucht, § 22] Kenntnis hatte, d. h. wenn er wußte, daß sich die in Frage stehende Person in dem Verhältnis eines Verwandten der auf- oder absteigenden Familie zu ihm befände, gleichgültig, ob ihm bekannt war, daß die fragliche Person berechtigt ist, einen Pflichtteil von ihm anzusprechen“) und S. 947 (Note 3) („Es ist gleichgültig, ob sich der Irrtum auf die physische Existenz des Noterben oder bloß auf das faktische Verwandtschaftsverhältnis bezog. Dagegen würde ein Rechtsirrtum bezüglich der Pflichtteilsberechtigung oder der ehelichen Abstammung nicht hinreichen“).

<sup>6)</sup> Vgl. Gll. 207.

<sup>7)</sup> Vgl. Gll. 4707 (Der stillschweigend übergangene Noterbe ist zur Klage gegen den Testamentserben zu verweisen).



aus mehreren — auf welchen Fall § 776 seinem Wortlaute nach sich bezieht — oder mögen mehrere oder alle vorhandenen Kinder<sup>1)</sup> ersten oder, wenn ihr Patens bereits im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens vorverstorben war, entfernteren Grades wissentlich mit Stillschweigen übergegangen sein<sup>2)</sup>.

2. die Übergehung eines Kindes aus Irrtum<sup>3)</sup> 4). Eine Übergehung aus Irrtum liegt vor, wenn dem Erblasser im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens das Dasein des Kindes als eines Pflichtteilsberechtigten<sup>5)</sup> unbekannt war. Das Obwalten des Irrtums muß von demjenigen, der ihn behauptet, also vom Übergangenen, bewiesen werden<sup>6)</sup>. Der Beweis ist ein sogenannter Indizienbeweis; er wird „aus den Umständen“ (§ 777) geführt<sup>7)</sup>.

Das ABGB. unterscheidet drei Fälle:

a) den Fall, daß eines aus mehreren Kindern ersten oder bei Errichtung des letzten Willens bereits wenn ihr Patens verstorben war<sup>8)</sup>) entfernteren Grades nur deshalb übergegangen wurde, weil dessen Dasein dem Erblasser im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens erweislich unbekannt war. Für diesen Fall bestimmt § 777, daß der Übergangene nicht schuldig ist, sich mit dem Pflichtteile zu begnügen, sondern den Erbteil (richtiger den Betrag: Erbteil oder Vermächtnis<sup>9)</sup>), welcher für den am mindesten begünstigten Noterben gleichen Grades<sup>10)</sup> ausfällt, wofern aber der einzige noch übrige Noterbe eingesetzt ist oder alle übrigen zu gleichen Teilen berufen sind,

<sup>1)</sup> Vgl. Prot. I, 481.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1839, I, 225 f.; Fuchs, im *Jurist* 6, 269; Winiwarter, *Das österreichische bürgerliche Recht* 3, 352; Stubenrauch I, 946 f. (Note 2).

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu auch Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1840, II, 69 ff.

<sup>4)</sup> Über die bezüglichlichen Normen des b. BGB. vgl. weiter oben Note 2 auf S. 241 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu weiter oben Note 5 auf S. 241 dieses Bandes.

<sup>6)</sup> Vgl. Stubenrauch I, 947 (Note 1); Anders 136; *GM.* 4523, 15579.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu Nippel, *Erläuterung* 5, 106; Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1840, II, 86 f.; Winiwarter, a. a. O. 353; Unger, in *Haimersl. WJSchr.* I, 91 ff.; *derj.* 6, Anm. 3 auf S. 370.

<sup>8)</sup> Vgl. Prot. I, 481.

<sup>9)</sup> Das übergangene Kind wird also Miterbe oder eventuell Vermächtnisnehmer, wenn der mindestbegünstigte Noterbe selbst nicht Erbe ist, also nur ein Vermächtnis erhält. So auch Zeiller, *Kommentar* 2, 793; Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1840, II, 93 f.; Herbst, *Die Wirkung der Erlangung von Noterben nach errichteter letztwilliger Anordnung*, in *WagnersZ.* 1843, II, 184; Schiffner, *Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse* 124 ff.; Stubenrauch I, 949 (Note 2); Krausz 2, 618 (Note 15); Anders 137 f. *U. M.* Unger 6, 370 und Anm. 12 und 13 auf S. 375 f., der behauptet, daß das übergangene Kind den zu Erben eingesetzten Kindern nicht als Miterbe zuwache und immer nur einen persönlichen Anspruch habe, der zwar größer, aber nicht von anderer Beschaffenheit sei, als der Pflichtteilsanspruch.

<sup>10)</sup> Sind nur oder auch Noterben anderer Grade eingesetzt, so ist auf das Repräsentationsprinzip und auf die Regel des § 559 Bedacht zu nehmen, so daß z. B. ein übergangener Sohn soviel bekommt, wie mehrere eingesetzte Enkel von einem anderen vorverstorbenen Sohne zusammen, usw. Vgl. Prot. I, 481; Stubenrauch,

einen gleichen Erbteil fordern kann<sup>1)</sup>. Diese Bestimmung kommt natürlich auch dann zur Anwendung, wenn einige aus mehreren Kindern erweislich aus Irrtum übergegangen wurden<sup>2)</sup>. Im einzelnen ist zu § 777 zu bemerken: Als „begünstigt“ kann ein bloß auf den Pflichtteil gesetzter Noterbe nicht betrachtet werden. Daraus folgt, daß das irrtümlich präterierte Kind, wenn unter den instituierten Noterben einer bloß auf den Pflichtteil gesetzt ist, nicht schuldig ist, sich mit dem Pflichtteile zu begnügen, sondern Anspruch auf gleiche Behandlung mit den auf mehr als den Pflichtteil eingesetzten Noterben hat<sup>3)</sup>. Wäre daher das einzige noch übrige Kind, oder wären alle übrigen enterbt, wissentlich übergegangen, auf den Pflichtteil gesetzt oder in ihrem Pflichtteile verkürzt worden, so käme zugunsten des irrtümlich präterierten Kindes nicht die Bestimmung des § 777, sondern die des § 778 zur Anwendung<sup>4)</sup>.

Das Recht des aus Irrtum übergangenen Kindes ist unabhängig davon, ob dem Erblasser dessen Dasein später bekannt geworden ist oder nicht; entscheidend ist allein der Irrtum im Zeitpunkte der Testamentserrichtung<sup>5)</sup>.

Zur Entrichtung des Erbteiles müssen die eingesetzten Erben und Legatäre<sup>6)</sup> verhältnismäßig beitragen, und zwar die Legatäre nicht bloß subsidiär<sup>7)</sup>, weshalb sie sich einen verhältnismäßigen Abzug an den Legaten gefallen lassen müssen (§ 783).

in *WagnersZ.* 1840, II, 89; Unger 6, Anm. 10 auf S. 375; Stubenrauch I, 948 (Note 3); Krausz 2, 618; Anders 137; und die II. Instanz zu *GM.* 15579.

<sup>1)</sup> Diese Klage unterliegt nicht der Verjährung des § 1487. So auch Winiwarter, in *Pratobeveras Mat.* 8, 130 f.; *derj.*, *Das österreichische bürgerliche Recht* 5, 235; Pachmann, *Die Verjährung* S. 46, 54 (Note 33); Anders 138; I. und II. Instanz zu *GM.* 15579. Anders insbesondere Unger 6, 370 und Anm. 11 auf S. 375 f.

<sup>2)</sup> Vgl. Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1840, II, 98 ff.; Stubenrauch I, 948 (Note 1).

<sup>3)</sup> So auch Unger 6, 369 und Anm. 8 auf S. 373 f.; Schiffner, a. a. O. 124 (Note 42); Stubenrauch I, 949 und Note 1; *GM.* 5389. *U. M.* u. a. Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1840, II, 90 ff.; Krausz 2, 618 (Note 16); Anders 137 f.

<sup>4)</sup> Selbstverständlich würden aber die anderen ausdrücklich auf den Pflichtteil gesetzten oder wissentlich übergangenen Kinder nicht ihre ganze Intestatsportion, sondern nur den Pflichtteil bekommen. Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 8 auf S. 374; auch die (unrichtig begründete) Entscheidung *GM.* 207.

<sup>5)</sup> So auch u. a. Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1840, II, 79 ff.; Herbst, a. a. O. 172 f.; Winiwarter, *Das österreichische bürgerliche Recht* 3, 356 f.; Unger 6, 369 und Anm. 7 auf S. 373; Stubenrauch I, 950 und Note 4; Anders 138. Vgl. auch *GM.* 207. *U. M.* Ellinger, a. a. O. 226 ff.

<sup>6)</sup> Dafür auch u. a. Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1840, II, 95; Unger 6, 370 und Anm. 14 auf S. 376; Stubenrauch I, 955 und Note 1 auf S. 955; Krausz 2, 619; Anders 138; und wohl auch Herbst, a. a. O. 185. Anders u. a. Zeiller, *Kommentar* 2, 793; Winiwarter, a. a. O. S. 353, 363, die nicht § 783, sondern die Vorschrift des § 558 angewendet wissen wollen.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu weiter oben Note 1 auf S. 235 dieses Bandes; ferner Stubenrauch, in *WagnersZ.* 1840, II, 95; Unger 6, 370; Stubenrauch I, 954 und Note 4; Krausz 2, 619 (Note 24); Anders 138.

b) den Fall, daß ein kinderloser Erblasser, d. h. ein Erblasser, der im Zeitpunkte der Errichtung des letzten Willens keine pflichtteilsberechtigten Kinder hat — der nasciturus wird hier nicht pro iam nato behandelt, selbst wenn dem kinderlosen Testator im Zeitpunkte der Testamentserrichtung die Schwangerschaft seiner Frau oder der kinderlosen Testatorin ihre Schwangerschaft im Zeitpunkte der Testamentserrichtung bekannt war<sup>1)</sup> —, nach Errichtung des letzten Willens durch Geburt, Legitimation oder Adoption<sup>2)</sup> Noterben<sup>3)</sup> erhält, für welche im letzten Willen keine Vorkehrung getroffen ist; und

c) den Fall, daß der Erblasser einen einzigen Noterben hat und ihn erweislich aus Irrtum über sein Dasein mit Stillschweigen übergeht, welchem Falle natürlich der Fall gleich steht, daß der Erblasser sämtliche Kinder aus Irrtum mit Stillschweigen übergeht<sup>4)</sup>.

In diesen beiden Fällen (b und c) gibt § 778 dem irrtümlich übergangenen, beziehungsweise später hinzutretenden Noterben, und zwar wieder ohne Unterschied, ob dem Erblasser später das Dasein, beziehungsweise das Hinzutreten des Noterben bekannt wurde oder nicht<sup>5)</sup>, das Recht, die Ungültigkeitserklärung des Testamentes mittels einer in drei Jahren vom Tode des Erblassers verjährenden<sup>6)</sup> Nullitätsklage zu fordern. Nur die zu öffentlichen Anstalten, zur Belohnung geleisteter Dienste oder zu frommen Absichten<sup>7)</sup> bestimmten Vermächtnisse<sup>8)</sup> werden innerhalb eines den vierten

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu weiter oben Note 4 auf S. 235 dieses Bandes, insbesondere die dort angeführten Entscheidungen; ferner C. OGH. v. 14. IV. 1897, Sinks 4941.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Stubenrauch, in Wagner's Z. 1840, II, 77 (Note 53); Herbst, a. a. O. 160 ff. (speziell 169 f.); Unger 6, Anm. 4 auf S. 371; Stubenrauch 1, 950 (Note 2); Krainz 2, 659 und Note 33; Anders 137; Gll. 1974.

<sup>3)</sup> Einen oder mehrere. Vgl. Herbst, a. a. O. 178 (Note 1).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Fuchs, a. a. O. 270 f.; Herbst, a. a. O. 178 (Note 1); Stubenrauch, in Wagner's Z. 1840, II, 96, der (S. 97) auch den Fall gleich behandeln will, daß das zur Zeit der Errichtung des letzten Willens vorhandene Kind wegen unbefugter Auswanderung, Desertion oder Eintritt in einen Orden erbunfähig war. Noch weiter geht Anders 138, nach dem § 778 auch dann gilt, wenn außer dem irrtümlich übergangenen Kinde dem Erblasser bekannte Kinder vorhanden sind, die erbrechtlich nicht in Betracht kommen (z. B. wegen Erbunfähigkeit, Enterbung, Erbverzicht).

<sup>5)</sup> M. M. Ellinger, a. a. O. 226 ff. Gegen Ellinger und für die Meinung des Textes Stubenrauch, in Wagner's Z. 1840, II, 79 ff.; Herbst, a. a. O. 172 f.; Winiwarter, a. a. O. 356 f.; Unger 6, 369 und Anm. 7 auf S. 373; Stubenrauch 1, 950 (Note 4); Krainz 2, 619; Anders 138.

<sup>6)</sup> So auch Unger 6, 370 und Anm. 17 auf S. 377; Stubenrauch 2, 951 und Note 6; Krainz 2, 619 (Note 20); Anders 138. Gegen die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 1487 auf diesen Fall insbesondere Winiwarter, in Pratoberer's Mat. 8, 130; derj., Das österreichische bürgerliche Recht 5, S. 232, 235; Pachmann, Die Verjährung S. 46, 54 (Note 34).

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu weiter oben Note 8 auf S. 143 f. dieses Bandes.

<sup>8)</sup> Nicht auch das Vermächtnis des Unterhaltes. So richtig gegen Rippel (Erläuterung 5, 108) Stubenrauch, in Wagner's Z. 1840, II, 99; Herbst, a. a. O. 169 ff.; Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 357; Unger 6, Anm. 16 auf S. 377; Stubenrauch 1, 950 (Note 1).

Teil des reinen Nachlasses nicht übersteigenden Betrages verhältnismäßig<sup>1)</sup> entrichtet<sup>2)</sup>. Das Testament erlangt jedoch wieder Kraft (richtiger: bleibt gültig<sup>3)</sup>), wenn der zur Anfechtung berechtigte Noterbe vor dem Erblasser verstorben<sup>4)</sup>, oder sein Erbanpruch durch Verzicht oder Erbunfähigkeit weggefallen ist, oder das Adoptionsverhältnis wieder aufgehoben wurde<sup>5)</sup> 6).

Nicht entschieden ist, was Rechtsens ist, wenn ein Erblasser, der bereits (pflichtteilsberechtigten) Kinder hat, nach Errichtung des Testamentes noch einen Noterben durch Geburt, Legitimation oder Adoption erhält. Es ist freitig, ob in diesem Falle die Vorschrift des § 777 direkt<sup>7)</sup> oder per analogiam<sup>8)</sup> oder die des § 778<sup>9)</sup> zur Anwendung komme. Richtig ist wohl die Anwendung des § 777<sup>10)</sup>, da die ratio für beide Fälle die gleiche ist. So wurde auch § 777 bei der Beratung verstanden<sup>11)</sup>.

III. Für den Fall, daß entferntere Deszendenten durch Wegfall ihrer Ascendenten nach Errichtung des letzten Willens die Noterbenqualität erlangen, enthält das ABGB. folgende zwei Bestimmungen<sup>12)</sup>:

1. Abstammlinge eines im letzten Willen ausdrücklich enterbten, aber vor dem Erblasser verstorbenen<sup>13)</sup> Kindes sind bloß befugt, den Pflichtteil zu verlangen (§ 780)<sup>14)</sup>. Diese mit der Bestimmung des § 541 zusammen-

<sup>1)</sup> Reicht der vierte Teil der Verlassenschaft zur Bezahlung aller privilegierten Vermächtnisse nicht hin, so sind alle verhältnismäßig zu mindern; keines genießt vor einem anderen einen Vorzug. Dagegen nur Herbst, a. a. O. 170 ff., der behauptet, daß, wenn „zur Belohnung geleisteter Dienste“ der Unterhalt vermacht wurde, das Vermächtnis des Unterhaltes auch in diesem Falle nach § 691 zu behandeln, vor allen anderen zu entrichten sei.

<sup>2)</sup> Vgl. Vossius, Legum et consuetudinum Austriacarum cum jure Romano collatio 421: „Ex testamento rupto per agnationem legata praestanda sunt, uti etiam ex rescisso. Irritum testamentum et destitutum plane corrui, ita, ut nec legata debeantur.“

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, Anm. 18 auf S. 377 f.; Anders 138.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Stubenrauch, in Wagner's Z. 1840, II, 100 und Note 1.

<sup>5)</sup> Vgl. Herbst, a. a. O. 171.

<sup>6)</sup> Hingegen erlangt der letzte Wille nicht wieder Kraft, wenn der Übergangene sich einer der im § 768 angeführten Enterbungsurfachen schuldig gemacht hat. So auch Stubenrauch, in Wagner's Z. 1840, II, 100 f.; Herbst, a. a. O. 171 und Note 2; Unger 6, Anm. 18 auf S. 377 f.; Stubenrauch 1, 951; Anders 138.

<sup>7)</sup> Dafür Herbst, a. a. O. 182.

<sup>8)</sup> Dafür Unger 6, Anm. 4 auf S. 370 f.; Stubenrauch 1, 950 und Note 3.

<sup>9)</sup> Dafür Rippel, Erläuterung 5, 107 f.; Gll. 207.

<sup>10)</sup> Dafür auch noch Krainz 2, 659 f.; Anders 137; Gll. 5389.

<sup>11)</sup> Vgl. Prot. I, 481.

<sup>12)</sup> Vgl. hierzu u. a. auch Fuchs, Über die §§ 779 und 780 ABGB, im Jurist 6, 219 ff.; Stubenrauch, in Wagner's Z. 1839, I, 227 ff.; Schreiber, Über die Pflichtteils-, respektive Erbanprüche der nachrückenden Noterben, in OstABZ. 1879, Nr. 89, 90.

<sup>13)</sup> § 133 RevEntw. bestimmt: „§ 780 ABGB. hat zu lauten: Die Abstammlinge eines enterbten Kindes sind bloß befugt, den Pflichtteil zu verlangen, dies aber auch, wenn der Enterbte den Erblasser überlebt hat.“

<sup>14)</sup> Vgl. hierzu Fuchs, a. a. O. 264 ff.: „Tritt aber die gesetzliche Erbfolge ein, weil das Testament aus was immer für einem Grunde wegfällt, und tritt für diese

hängende<sup>1)</sup>, als Ausnahme von dem Repräsentationsprinzip aufgefachte<sup>2)</sup>, durch das natürliche Recht begründete Norm findet jedenfalls auch bei stillschweigender<sup>3)</sup> Enterbung des vorverstorbenen Kindes Anwendung. Gedacht ist im § 780 zweifellos nur an die rechtmäßige Enterbung. Allein es liegt kein Grund vor, die Norm des § 780 nur auf diesen Fall zu beschränken<sup>4)</sup> und nicht auch auf den Fall unrechtmäßiger Enterbung anzuwenden<sup>5)</sup>.

2. Wenn ein Kind vor dem Erblasser verstirbt und Abstammlinge hinterläßt, so treten diese mit Stillschweigen übergangenen Abstammlinge<sup>6)</sup> in Ansehung des Erbrechtes an die Stelle des Kindes (§ 779)<sup>7)</sup>. Diese dem preussischen Landrechte entlehnte<sup>8)</sup> Bestimmung findet jedenfalls<sup>9)</sup> Anwendung, wenn ein im Testamente bedachte<sup>10)</sup> Kind vor dem Erblasser

mit Stillschweigen übergangener Abstammlinge das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge ein, so sollen sie das Recht auf einen größeren Erbteil oder wohl auf die ganze Erbschaft haben.“

<sup>1)</sup> Vgl. Prot. II, 552.

<sup>2)</sup> Vgl. Prot. II, 537 f.

<sup>3)</sup> So auch Gapp, in WagnersZ. 1825, II, 204 (Note \*\*); Fuchs, a. a. O. 250; Stubenrauch, in WagnersZ. 1839, I, 234 ff., der freilich aus dem Wort „ausdrücklich“ im § 780 unrichtige Folgerungen für den Fall, daß Intestaterbfolge eintritt, ableitet; Unger 6, Anm. 6 auf S. 372 f.; Stubenrauch I, 952 (Note); Anders 139; und wohl auch Krainz 2, 624. Vgl. auch § 133 RevEntw. N. N. u. a. Rippel, Erläuterung 5, 109 f.; Herbst, a. a. O. 177 (Note 1).

<sup>4)</sup> Für diese Beschränkung Zeiller, Kommentar 2, 797. Rippel, Erläuterung 5, 110 ff. beschränkt wiederum den § 780 gerade auf Nachkommen widerrechtlich enterbter Kinder. Gegen beide Einschränkungen Fuchs, a. a. O. 250 f.; Stubenrauch, in WagnersZ. 1839, I, 231 f.; Winowarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 362; Unger 6, Anm. 6 auf S. 372; Stubenrauch I, S. 952 f. (Note); Anders 139.

<sup>5)</sup> Auch die mit Stillschweigen übergangenen Nachkommen eines vor dem Erblasser verstorbenen „erbunwürdigen“ Kindes sind nur auf den Pflichtteil beschränkt. Vgl. Fuchs, a. a. O. 262; Krainz 2, 624; Anders 139.

<sup>6)</sup> Nicht aber uneheliche Kinder und auch nicht Wahlkinder, da sich § 779 nur auf solche „Abstammlinge“ beziehen kann, die ein gesetzliches, beziehungsweise Noterbrecht gegen den Erblasser haben. So auch Krainz 2, 623 (Note 28); GMMZ. 2144. Dagegen Toy, Zur Lehre des § 779 ABGB, in Notz. 1903, Nr. 29.

<sup>7)</sup> Nach § 2069 d. ABGB. ist, wenn der Erblasser einen seiner Abstammlinge bedacht hat und dieser nach der Errichtung des Testaments weggefallen ist, im Zweifel anzunehmen, daß die Abstammlinge des bedachten Abstammlings insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden.

<sup>8)</sup> Preuß. RN. II, 2, § 443. Vgl. hierzu Kompaß, im Jurist 7, 335; Stubenrauch, in WagnersZ. 1839, I, 229; Winowarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 358 ff.; Unger 6, Anm. 5 auf S. 371; Stubenrauch I, 951 (Note 3); Krainz 2, 623 (Note 29); Anders 139.

<sup>9)</sup> Vgl. Prot. II, 552: Bei der Superrevision wurde die Aufnahme folgender erweiterten Vorschrift beantragt: „Stirbt ein in einem Testamente bedachtes Kind vor dem Erblasser und hinterläßt Abstammlinge, so gebührt ihnen auch ohne neuerliche Anordnung der für den Verstorbenen bemessene Anteil.“ Dieser Antrag wurde auch angenommen. Trotzdem wurde diese Bestimmung nicht beigelegt, weil sie, wie Zeiller in einer Randbemerkung sagt, „schon in den Worten des § 774 (Schreibfehler für § 777 = § 779 ABGB.) enthalten ist.“

<sup>10)</sup> Mit einem Erbteile oder Legate. Vgl. auch Fuchs, a. a. O. S. 227 f., 241;

verstirbt und Abstammlinge hinterläßt<sup>1)</sup>. Die letzteren treten — und darin liegt allerdings eine Besonderheit (vgl. § 536)<sup>2)</sup> — in Ansehung des Erbrechtes an die Stelle ihres vorverstorbenen Väterntenden<sup>3)</sup>. Sie erhalten also das diesem Zugedachte<sup>4)</sup>, vorausgesetzt, daß dadurch ihr Pflichtteilsrecht nicht beeinträchtigt wird<sup>5)</sup>. Es fragt sich nun aber, was Rechtes ist, wenn ein mit Stillschweigen übergangenes Kind vor dem Erblasser stirbt und Abstammlinge hinterläßt<sup>6)</sup>. War das vorverstorbene Kind wesentlich mit Stillschweigen übergangen worden, so können seine Abstammlinge jedenfalls nur den Pflichtteil fordern (arg. § 780)<sup>7)</sup>. War es aber aus Irrtum mit Stillschweigen übergangen worden, so müssen seine Abstammlinge für sich nach dem Unterschiede, ob sie wesentlich oder aus Irrtum übergangen sind, behandelt werden; d. h. die Abstammlinge können, wenn sie wesentlich übergangen wurden, nur den Pflichtteil fordern, wenn sie aber aus Irrtum übergangen wurden, das Recht aus § 777, beziehungsweise § 778 geltend machen<sup>8)</sup>. Diese Auffassung wird allerdings bestritten, indem nämlich behauptet wird<sup>9)</sup>, daß auch auf den Fall der irrtümlichen Übergehung der nächstberechtigten Deszendenten § 779

Stubenrauch I, 951 (Note 3); Krainz 2, 623; Ehrenzweig, Die Schenkung auf den Todesfall, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des ABGB. 2, 631 und Note 8.

<sup>1)</sup> Auf diesen Fall, den der Honorierung des Kindes, beschränken den § 779 u. a. Stubenrauch, in WagnersZ. 1839, I, 237 ff.; Kompaß, im Jurist 7, 327 ff.; Winowarter, a. a. O. 358 ff. Gegen diese Meinung insbesondere Fuchs, a. a. O. 242 ff.; Unger 6, Anm. 5 auf S. 371 f. Zeiller, Kommentar 2, 796 beschränkt wiederum den § 779 gerade auf den Fall der Übergehung eines Kindes.

<sup>2)</sup> Vgl. aber Fuchs, a. a. O. 231 ff.

<sup>3)</sup> Als Testamentserben, nicht als gesetzliche Erben. So auch Toy, a. a. O., der aber hieraus unrichtige Folgerungen ableitet. Vgl. ferner weiter oben S. 99 und Note 5 auf S. 99 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. GMM. 2075 (ZubB. 44).

<sup>5)</sup> Vgl. Stubenrauch I, 951 (Note 4); Anders 139; GMM. 2075 (ZubB. 44). Vgl. hier auch E. OGH. v. 1. III. 1910, Rv. VII. 1/10, in ÖstZBl. 29, Nr. 292 (Anspruch der Nachkommen eines vorverstorbenen letztwillig auf den Pflichtteil gejeten Kindes auch bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge nur auf den Pflichtteil).

<sup>6)</sup> Gerade auf diesen Fall schränkt merkwürdigerweise Zeiller, Kommentar 2, 796, wie bereits weiter oben in der Note 1 auf dieser Seite bemerkt wurde, die Anwendbarkeit des § 779 ein. Fuchs, a. a. O. 241 sagt: „Der § 779 muß auf Abstammlinge eines jeden vor dem Erblasser verstorbenen und nicht ausdrücklich enterbten Kinder bezogen werden, es mag dasselbe eingeseht oder übergangen, und, wenn es eingeseht wurde, mit einem Erbteile oder Vermächtnisse bedacht, auf den Pflichtteil oder ein Mehreres eingeseht, und, wenn es übergangen wurde, aus was immer für einem Grunde übergangen worden sein.“

<sup>7)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 796; Fuchs, a. a. O. 269; Unger 6, Anm. 5 auf S. 371 f.; Stubenrauch I, 952 (Note); Krainz 2, 624; Anders 139. Anders nur Winowarter, a. a. O. 359 für den Fall, daß der Erblasser den enterbten Deszendenten für tot gehalten hat.

<sup>8)</sup> Für diese Ansicht u. a. auch Gredler, Zivilrechtsfall als Beitrag zur Erläuterung des § 779, im Jurist 2, S. 62, 76; Winowarter, a. a. O. 3, 359; Unger 6, Anm. 5 auf S. 372; Stubenrauch I, 952 f. (Note); Anders 139.

<sup>9)</sup> U. a. von Zeiller, Kommentar 2, 796; Rippel, Erläuterung 5, 109; Fuchs, a. a. O. 243 ff.; Krainz 2, 624 und Note 31.



Anwendung findet, daß also der durch Nachrücken Noterbe gewordene entferntere Deszendent immer aus der Person seines Patens die Rechte aus den §§ 777 und 778 geltend machen könne. Für diese letztere Ansicht scheinen auch die Beratungsprotokolle zu sprechen<sup>1)</sup>. Nichtsdestoweniger ergibt sich aber doch wohl die Richtigkeit der von uns vertretenen Meinung mit zwingender Notwendigkeit aus der ratio des Gesetzes.

<sup>1)</sup> Vgl. Prot. II, 552: Bei der Superrevision wurde folgende erweiterte Vorschrift beantragt: „Ist aber der Verstorbene (ein Kind des Erblassers) in dem Testamente übergegangen worden, so können seine Abstammlinge nur den Anteil fordern, der ihnen nach dem Gesetze gebührt.“ Dieser Antrag wurde auch angenommen. Trotzdem wurde diese Bestimmung nicht beigelegt, weil sie, wie Zeiller in einer Randbemerkung sagt, „schon in den Worten des § 774 (Schreibfehler für § 777 = § 779 ABGB.) enthalten ist.“

## Fünftes Kapitel.

### Die Besitznehmung, der Erwerb der Erbschaft.

#### § 51.

#### Die Antretung der Erbschaft<sup>1)</sup>.

Im Gegensatz zum römischen Rechte und als Ergebnis einer besonderen historischen Entwicklung<sup>2)</sup> gilt im österreichischen Rechte der Grundsatz: „Niemand darf eine Erbschaft eigenmächtig in Besitz nehmen“<sup>3)</sup>. Das Erbrecht muß vor Gericht verhandelt und von demselben die Einantwortung des Nachlasses, das ist, die Übergabe in den rechtlichen Besitz, bewirkt werden“ (§ 797<sup>4)</sup> <sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu insbesondere Unger 6, 147 ff.; Stubenrauch 1, 975 ff.; Krainz 2, 671 ff.; Anders 55 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. hierüber die weiter unten in Note 1 auf S. 250 angeführten Autoren.

<sup>3)</sup> Vgl. Vossius, Legum et consuetudinum Austriacarum cum jure Romano collatio 226: „Ipsam quoque hereditatis possessionem legitime non consequitur, antequam idem magistratus de hereditate cognoverit: bevor nicht die Abhandlung der Verlassenschaft gepflogen worden.“

<sup>4)</sup> Vgl. Vossius, a. a. O. 217 f.: „His praestitis denuo petit heres, ut sigilla aperiendo sibi possessio hereditatis tradatur (um die Einantwortung der Verlassenschaft mittels Abnehmung der Sperre).“

<sup>5)</sup> Nach dem Rechte des d. BGB. geht die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers ipso jure auf den Erben über (§ 1922). Da dieser Übergang aber — von der Ausnahme bezüglich des Fiskus abgesehen (§ 1942, Abs. 2) — unbeschadet des Rechtes, die Erbschaft auszuschlagen, erfolgt (§ 1942, Abs. 1), so schafft er in aller Regel noch nicht eine endgültige Rechtslage, sondern vorerst nur ein „Stadium, während dessen ungewiß ist, ob der für den zunächst berufenen Erben eingetretene Erbschaftserwerb als ein nur provisorischer oder als definitiver zu gelten haben wird. Diese Ungewißheit findet ihre Erledigung nach der letzteren Richtung hin, wenn der Erbe entweder 1. die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstreichen ließ, ohne vorher ausgeschlagen zu haben, oder 2. wenn er noch vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist seinen Willen die Erbschaft anzunehmen, in rechtswirksamer Weise zum Ausdruck bringt.“ (Strohhal, Das deutsche Erbrecht [3] 2, 1 f.). Bestimmungen über die erbchaftlichen Verhältnisse vor der Annahme der Erbschaft enthalten die §§ 1958 (Stellung des einstweiligen Erben in Rechtsstreiten über Ansprüche gegen den Nachlass), 1959 (Verwaltungshandlungen des einstweiligen Erben), 1960 f. (Nachlassfürsorge und Nachlasspflegschaft), 1963 (Unterhaltsanspruch der Mutter des nasciturus). „Eine amtliche Erbenermittlung und Nachlassbehandlung tritt in der Regel nicht ein (vgl. §§ 1981 ff.). Die Ermittlung des Erben ist in der Regel Sache der Beteiligten; vom Nachlassgerichte wird der Erbe nur aus bestimmten im Gesetze bestimmten Anlässen ermittelt, z. B. wenn das Gericht auf Antrag eines Miterben die Auseinandersetzung des Nachlasses vermittelt, wenn eine der dem Nachlassgerichte obliegenden Mit-

Der Inbegriff jener Rechtshandlungen des Gerichtes und der Erben, welche dazu dienen, den Nachlaß zu erheben und zu sichern und denjenigen, die einen Anspruch darauf erweisen, zu übergeben, bildet die sogenannte Abhandlung der Verlassenschaft<sup>1) 2) 3)</sup>. Die Vorschriften über

teilungen zu machen ist (§§ 1342, Abf. 2, 1597 Abf. 2, 1953 Abf. 2, 1957 Abf. 2, 2018 Abf. 2). Landesgesetzlich kann aber die amtliche Ermittlung der Erben und die amtliche Nachlaßbehandlung vorgegeschrieben werden" (Fischer-Henle, BGB., Anm. vor § 1942).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu u. a. Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung in Osterreich. Ein Votum für deren Aufhebung (1862) (das Votum Ungers wurde gebilligt u. a. von Urndts, in KritWJSchr. 4, 443 ff. und Dworzak, in Haimers WJSchr. 10, 59 ff.; bekämpft von Haraajowaky, Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung [1862] und Helm, in Haimers WJSchr. 10, 198 ff.); Unger 6, 159 ff.; Chorinaky, Das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Osterreich (1877) und die über dieses Werk erschienenen Rezensionen von Nowak, in ÖstWZ. 1877, Nr. 64, 65, 66; Lufchin, in Grünhutsz. 4, 782 ff.; und Steinbach, in Grünhutsz. 4, 786 ff.; ferner Fuka, Aufsätze zur Reform der österreichischen Verlassenschaftsabhandlung, in Notz. 1892, Nr. 10—15; ders., Die Reform der Verlassenschaftsabhandlung, in Notz. 1896, Nr. 4; Weißler, Die Reform der vorbeugenden Rechtspflege in Osterreich (vgl. von Schauer, in ÖstWZ. 1900, Nr. 41); Kraus, Der Manifestationseid im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung, in Notz. 1903, S. 75 ff.; Stubenrauch 1, 972 ff.; Weinberger, Zur Reform des Erbschaftserwerbes (1906); Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtspflegeverfahrens (1906); Krausz 2, 746 ff.; Anders 61 ff.; schließlich Schuster-Bonnott, Kommentar zum Gesetze über das Verfahren außer Streitigkeiten (4) 59 ff.; Sander, Das zivilgerichtliche Verfahren außer Streitigkeiten nach österreichischem Recht (1907) 291 ff.

<sup>2)</sup> Über die Abgrenzung des offiziellen Abhandlungsverfahrens vom streitigen Verfahren vgl. § 2 Z. 7 Ausf. G. und dazu von neueren Entscheidungen des OGH. — abgesehen von den an anderen Stellen des Textes angeführten — insbesondere: GMMZ. 3060 (Streitige Auslegung einer Testamentbestimmung: Unzulässigkeit der Entscheidung durch das Abhandlungsgericht, selbst bei einverständlichem Ansuchen der Beteiligten) und dagegen GMMZ. 3434 (Die Entscheidung der Frage, ob die im Testament angeordnete Teilung unter Verwandte „in gleiche Teile“ Kopf- oder Stammteilung bedeute, kann über Antrag der Interessenten unter Vorbehalt des Rechtsweges auch im offiziellen Wege erfolgen); ferner GMMZ. 3337 (Die Entscheidung der Frage, ob den Vermächtnisnehmern die Legate im vollen Betrage gehören oder nicht, und ob eine Verletzung der Regel des § 774, daß der Pflichtteil dem Noterben ganz frei bleiben müsse, vorliege, kann nicht im offiziellen Wege erfolgen); GMMZ. 4682 (Über die Frage, wem das Sterbequartal auszufolgen sei [in concreto: ob den Schwestern des Erblassers oder dem Nachlassrat für den Nachlaß], kann nicht der Abhandlungsrichter entscheiden); GMMZ. 4693 (Unzulässigkeit der Abnahme des Offenbarungseides über einen Nachlaß im außerstreitigen Verfahren); O. VGH. v. 16. XI. 1910, R. II. 1023/10, in ÖstWZ. 29, Nr. 193 (Der Abhandlungsrichter darf von einem Erben den von diesem angebotenen Manifestationseid nicht abnehmen, da es sich hier um einen Manifestationseid im Sinne des Art. XLII C. Z. P. D. handelt, nach welcher Bestimmung der Antrag nur im Rechtswege gestellt werden kann und im Falle der Stattgebung die Ablegung des Manifestationseides mittels Urteiles aufzutragen ist. Die Ablegung eines Manifestationseides im außerstreitigen Verfahren, den Fall des Konkurses ausgenommen, kennt das Gesetz nicht) (vgl. zu den beiden letztangeführten richtigen GG. übereinstimmend Schauer, in ÖstWZ. 1900, Nr. 41; Stubenrauch 1, 980 f. [Note 2]; Ott, a. a. O. 186; Weinberger, Die Klage auf Ablegung des Manifestationseides im österreichischen Rechte, in Grünhutsz. 35, 191 f.; dagegen aber Krausz, a. a. O., und die GG. GMMZ. 3765 [erzerrpiert in Note 2 auf S. 277 dieses Bandes]), sowie GMMZ. 3976 [Zulässigkeit der Abnahme des Offenbarungseides im Nachlaßverfahren, wenn die Parteien sowohl darüber, daß der Eid geleistet werden solle, als auch darüber, was beschworen werden soll, einig geworden sind].

<sup>3)</sup> Vgl. hier auch § 26 Ausf. G.: „Hat der Verstorbene außer seinem frei

diese enthalten die §§ 20—180 Ausf. G. Auf diese Vorschriften verweist § 798. Die Kompetenz der Gerichte ist in den §§ 105—107 Z. N. <sup>1)</sup>, ferner in den Artt. III <sup>2)</sup> und VIII, Z. 1 und 2 <sup>3)</sup> G. Z. N. und schließlich in den durch Art. VIII, Z. 3 G. Z. N. aufrechterhaltenen §§ 22—25 und 140—144 Ausf. G. <sup>4)</sup> <sup>5)</sup> normiert.

vererblichen Vermögen auch ein Fideikommiß, ein Lehen oder ein mit fideikommissarischem Substitution behaftetes Vermögen, so müssen die verschiedenen Erbschaftsmassen bei der Abhandlung ganz abgefordert werden.“

<sup>1)</sup> § 105 Z. N.: „Zur Abhandlung von Verlassenschaften ist das Bezirksgericht, wenn sich aber in der Verlassenschaft landtägliche oder aus dem Gemeindeverbande ausgehiebene Güter oder Lehen befinden, das Kreis- oder Landesgericht berufen, bei dem der Verstorbene seinen allgemeinen Gerichtsstand in Streitigkeiten hatte.“ — § 106 Z. N.: „Ist ein österreichischer Staatsbürger im Auslande gestorben, so ist zur Abhandlung seiner Verlassenschaft das Gericht, bei welchem der Verstorbene seinen letzten allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hatte, oder wenn sich dieser nicht ermitteln läßt, das Gericht zuständig, in dessen Sprengel die in die Verlassenschaft gehörigen unbeweglichen Güter ganz oder zum größeren Teile, und wenn er bloß bewegliches Vermögen besessen hat, der größere Teil des im Inlande befindlichen beweglichen Vermögens gelegen ist. Gehören landtägliche oder aus dem Gemeindeverbande ausgehiebene Güter oder Lehen zur Verlassenschaft, so sind die Bestimmungen des § 105 entsprechend anzuwenden.“ — § 107 Z. N.: „Rücksichtlich der im Geltungsgebiete dieses Gesetzes gelegenen unbeweglichen Güter eines verstorbenen Ausländers kommt die Verlassenschaftsabhandlung dem Bezirksgerichte, oder wenn diese Güter oder ein Teil derselben in einer Landtafel eingetragen oder aus dem Gemeindeverbande ausgehiebene sind, dem Kreis- oder Landesgerichte zu, in dessen Sprengel diese unbeweglichen Güter ganz oder ihrem größeren Teile nach gelegen sind.“

<sup>2)</sup> Art. III G. Z. N.: „Das Obersthofmarschallamt wird erhalten in der Ausübung der Gerichtsbarkeit:

1. über die Mitglieder des kaiserlichen Hauses;
2. über Personen, auf welche die Gerichtsbarkeit des Obersthofmarschallamtes ausgedehnt wurde oder in Zukunft ausgedehnt wird;
3. über Personen, welchen die Exterritorialität zusteht, falls sie sich der Gerichtsbarkeit des Obersthofmarschallamtes unterwerfen.

Überdies bleibt der bisherige Wirkungskreis des Obersthofmarschallamtes in Betreff der Zustellung gerichtlicher Erlasse an extritoriale Personen und in Betreff der Vornahme anderer gerichtlicher Amtshandlungen gegen solche Personen aufrecht. — Die im G. Z. v. 14. X. 1785 (JGS. 481) in Ansehung des Instanzenzuges getroffenen Bestimmungen, sowie die Vorschriften für das Verfahren in den zur Gerichtsbarkeit des Obersthofmarschallamtes gehörigen Rechtsachen bleiben unberührt.“

<sup>3)</sup> Art. VIII G. Z. N.: „Desgleichen bleiben unberührt:

1. das dem deutschen Ritterorden mit B. v. 28. VI. 1340 (JGS. 451) eingeräumte Abhandlungsrecht über das freieigene Vermögen des Hoch- und Deutschmeisters, der Ordensritter und Ordenspriester;
2. die Vorschriften der Kaij. B. v. 21. XII. 1855 (RGBl. 2 ex 1856), über die Kompetenz der Handelsgerichte in Wien und Triest zur Abhandlungspflege nach protokollierten Handelsakten und Fabrikanten, sowie zur Beforgung der Vormundschafts- und Kuratelsgeschäfte über die Kinder solcher Personen; vom Beginne der Wirksamkeit der Jurisdiktionsnorm kommt dem Handelsgerichte in Prag die gleiche Kompetenz in Rechtsangelegenheiten außer Streitigkeiten zu.“

<sup>4)</sup> § 22 Ausf. G.: „Über die innerhalb des österreichischen Staates liegenden unbeweglichen Güter eines verstorbenen Ausländers kommt dem nach dem Gesetze über die Zuständigkeit in bürgerlichen Rechtsachen dazu berufenen österreichischen Gerichte, wenn nicht durch Staatsverträge ein anderes Übereinkommen getroffen wird, die Abhandlung im vollen Umfange zu. Dasselbe hat daher die Beurteilung der Rechte aller Beteiligten und die Obforge über die Berichtigung sämtlicher Abhandlungsgebühren nach den hierländigen Gesetzen zu pflegen.“ — § 23 Ausf. G.: „In Ansehung des beweglichen Vermögens der in dem österreichischen Staate oder im Auslande ver-

Der erste Akt der Verlassenschaftsabhandlung ist die Todfalls-

storbenen Ausländer haben die österreichischen Gerichte, wenn der Verstorbene einem Staate angehört, welcher sich nach gleichen Grundsätzen bestimmt, der zuständigen ausländischen Behörde des Erblassers sowohl die Erbschaftsverhandlung, als die Entscheidung aller streitigen Erbanprüche zu überlassen, und sich in der Regel darauf zu beschränken, für die Sicherung des Nachlasses und der Ansprüche derjenigen Erben und Legatäre, welche österreichische Untertanen oder in dem österreichischen Staate sich aufhaltende Fremde sind, dann für die Befriedigung der hierländigen Gläubiger nach den in den §§ 137—139 enthaltenen Vorschriften zu sorgen. — Gehört der verstorbene Ausländer einem Staate an, welcher die Zuständigkeit der österreichischen Gerichtsbehörden rücksichtlich des dort befindlichen Nachlasses österreichischer Untertanen nicht im gleichen Maße anerkennt, — worüber die Behörden im Zweifel die Belehung des Justizministers einzuholen haben, — oder dessen Benehmungsweise nicht ermittelt werden kann, so ist im ersten Falle der Grundsatz der Gegenseitigkeit zu beobachten, im zweiten Falle aber über den hierlands befindlichen Nachlaß eines solchen Ausländers, wie über die Verlassenschaft jedes Inländers, zu verfahren.“ — § 24 AusstreitG.: „Sollten in dem Falle, als über den Nachlaß eines Ausländers, welcher seinen ordentlichen Wohnsitz in dem österreichischen Staate genommen hatte, nach den angeführten Bestimmungen (§ 23) die Abhandlung von der ausländischen Behörde zu pflegen wäre, die hierlands befindlichen Beteiligten um die Abhandlungspflege durch die österreichischen Gerichtsbehörde anzusuchen, so hat die letztere die Erbverhandlung nach den österreichischen Gesetzen vorzunehmen, sofern über vorausgegangene Ediktalvorladung auch die auswärtigen Beteiligten, von welchen etwa Erbrechtsansprüche angemeldet wurden, sich dieser Verhandlung unterwerfen. — Wie sich hiebei zu benehmen, und wie insbesondere hinsichtlich der Verlassenschaften der in dem österreichischen Staate verstorbenen türkischen Untertanen zu verfahren sei, wird in den §§ 140—144 bestimmt.“ — § 25 AusstreitG.: „Der bewegliche Nachlaß der Ausländer, rücksichtlich deren nicht ausgemittelt werden kann, welchem Staate sie angehören, oder welche die Staatsbürgerschaft in demjenigen Staate, welchem sie angehörten, bereits verloren haben, ist von den österreichischen Gerichten und nach den österreichischen Gesetzen zu verhandeln.“ — § 140 AusstreitG.: „Wird im Falle des Todes von Ausländern, welche ihren ordentlichen Wohnsitz in dem österreichischen Staate hatten (§ 24), von den hierlands befindlichen Erben um die Vornahme der Verlassenschaftsabhandlung durch die österreichische Gerichtsbehörde angefleht, so sind in dem auszufertigenden Edikte auch die allfälligen auswärtigen Erben und Vermächtnisnehmer aufzufordern, ihre Ansprüche anzumelden, widrigenfalls die Verhandlung von dem österreichischen Gerichte mit denjenigen Beteiligten, welche darum eingeschritten sind, vorgenommen werden würde. Meldet sich infolge dieses Ediktes, welches auch in den auswärtigen Zeitungsblättern einzuschalten ist, niemand, oder sind die sich Meldenden mit der Verhandlung vor dem österreichischen Gerichte einverstanden, so ist diese nach den hierländigen Gesetzen zu pflegen. Wird aber von Beteiligten, welche sich gemeldet haben, oder von der zuständigen auswärtigen Behörde selbst, auf die Verhandlung vor dem zuständigen Richter gedungen, so ist diesem Begehren zu willfahren.“ — § 141 AusstreitG.: „Die Verlassenschaften türkischer in dem österreichischen Staate verstorbener Untertanen sollen, wenn die Erben bekannt und in dem österreichischen Staate ansässig sind, und wegen Vornahme der Abhandlung einschreiten, hinsichtlich des hierlands hinterlassenen beweglichen Vermögens von der nach dem Wohnsitz des Erblassers zuständigen österreichischen Gerichtsbehörde nach den österreichischen Gesetzen abgehandelt und den Erben eingekanntwordet werden.“ — § 142 AusstreitG.: „Sind die Erben unbekannt, oder wird es von den bekannten Erben verlangt, so sind alle diejenigen, welche auf die Verlassenschaft einen Anspruch machen, durch Edikt aufzufordern, ihre Ansprüche binnen sechs Monaten anzumelden und gehörig darzutun, widrigenfalls der ganze Nachlaß oder der entsprechende Teil desselben (§ 143) an die nächste ottomanische Mission verabsolgt werden würde. — Jedenfalls hat aber die nach dem vorhergehenden Paragraphen zuständige Gerichtsbehörde für die sichere Verwahrung der Effekten und Schriften des Verstorbenen Sorge zu tragen.“ — § 143 AusstreitG.: „Werden keine Ansprüche angemeldet, oder wird durch die angemeldeten die Masse nicht erschöpft, oder verlangen einige der beteiligten türkischen Untertanen, daß ihr Erbteil an die ottomanische Regierung verabsolgt werde, so ist entweder die ganze, oder die nach gepflogener Ab-

aufnahme. Sie erfolgt auf Anordnung des Bezirksgerichtes, in dessen

handlung mit den sich meldenden Erben und nach Befriedigung der sonst angemeldeten und gehörig nachgewiesenen Ansprüche übrig bleibende Verlassenschaft an die nächste ottomanische Mission zu übergeben. Dieses hat auch mit jenem Teile der Verlassenschaft zu geschehen, auf welche türkische Untertanen einen Anspruch angemeldet haben, wenn dieser von anderen türkischen Untertanen bestritten, und die Übergabe an die ottomanische Mission von der einen oder der anderen Partei verlangt wird.“ — § 144 AusstreitG.: „In wie weit von Verlassenschaften türkischer Untertanen Gebühren zu entrichten sind, bestimmen besondere Vorschriften.“ — Vgl. hiezu auch §§ 137—139 AusstreitG.: „Im Falle des Todes von Ausländern, über deren Verlassenschaft die Erbverhandlung und Entscheidung der streitigen Erbrechtsansprüche nach den Bestimmungen des § 23 der auswärtigen Gerichtsbehörde zu überlassen ist, hat doch die hierländige Gerichtsbehörde auf Verlangen derjenigen Erben und Vermächtnisnehmer, welche österreichische Staatsbürger oder in dem österreichischen Staate sich aufhaltende Fremde sind, mit der Ausfolgung des Nachlasses oder des zu ihrer Befriedigung erforderlichen Teiles in das Ausland so lange inne zu halten, bis über ihre Ansprüche durch die dortigen Gerichtsbehörden rechtsgültig entschieden ist“ (§ 137 AusstreitG.) — „Für die Gläubiger aber, welche österreichische Staatsbürger oder hierlands sich aufhaltende Fremde sind, und ihre Forderungen wider den Erblasser schon bei seinem Leben anhängig gemacht haben, oder doch vor der wirklichen Ausfolgung des Nachlasses klagbar machen oder gerichtlich anmelden, ist von den österreichischen Gerichtsbehörden jederzeit insoweit Rechnung zu tragen, daß die Ausfolgung des Verlassenschaftsvermögens erst dann geschehen darf, wenn deren Befriedigung erfolgt, oder Sicherstellung für die Forderungen derselben geleistet ist“ (§ 138 AusstreitG.) — „Daher sind im Falle des Todes eines Ausländers stets alle Erben, Vermächtnisnehmer und Gläubiger der angeführten Art (§§ 137 und 138), welche auf den Nachlaß Ansprüche stellen zu können glauben, mittels eines auf angemessene Frist auszufertigenden Ediktes aufzufordern, ihre Forderungen binnen derselben so gewiß anzumelden, widrigenfalls der Nachlaß an die auswärtige Gerichtsbehörde oder die von derselben zur Übernahme gehörig legitimierte Person ausgesetzt werden würde“ (§ 139 AusstreitG.) — Über die Behandlung der Verlassenschaften von Ausländern und der im Auslande befindlichen Verlassenschaften von Inländern vgl. ferner auch die Ausführungen über internationales Privatrecht im I. Bande dieses Lehrbuchs; endlich Ott, a. a. O. 126; und von neueren Entscheidungen des OGH.: GMR. 840 (Nachlaßabhandlung nach einem im Inlande mit einer letztwilligen Verfügung über das, was „er bei sich hat“, verstorbener Ausländer; Voraussetzungen der Auslieferung von Depotscheinen über im Auslande befindliche Wertpapiere aus dem Inventar); 849 (Verlassenschaftsabhandlung nach einem im Inlande verstorbenen Ausländer; ausschließliche Geltung des österreichischen Rechtes); 1405 (Abhandlung des im Inlande befindlichen Mobilnachsasses eines Ausländers unbekannter Staatsbürgerschaft; Zuständigkeit der österreichischen Gerichte); 1672 (Abhandlung des im Inlande befindlichen beweglichen und unbeweglichen, und des im Auslande [Frankreich] befindlichen beweglichen Nachlasses eines im Auslande [Argentinien] verstorbenen Österreicher; Zuständigkeit der österreichischen Gerichte. Einflußlosigkeit der in einem ausländischen Staate [Argentinien], mit welchem kein Vertrag über die Nachlaßabhandlung besteht, vorgenommenen Einantwortung des Nachlasses); 1903 und 1927 (Verlassenschaftsabhandlung nach türkischen Untertanen; Notwendigkeit der ediktalen Ladung der Erbinteressenten vor der Übergabe des Nachlasses an die türkischen Behörden); 2076 (Zuständigkeit des Gerichtes des letzten österreichischen Wohnortes eines im Inlande verstorbenen Schweizer zur Abhandlung seines gesamten Nachlasses); 2344 (Einfluß des Wirkamwerdens des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich auf die Abhandlung des beweglichen Nachlasses von im Inlande verstorbenen Reichsdeutschen. Zuständigkeit der deutschen Behörden; Vorgang des inländischen Gerichtes nach §§ 138 ff. AusstreitG.); 2595 (Abhandlung des im Auslande befindlichen Nachlasses eines im Inlande verstorbenen und wohnhaft gewesenen Ausländers; Unzuständigkeit der inländischen Gerichte); 2646 (Abhandlung des aus Beweisurkunden über Forderungen an ausländische Unternehmungen bestehenden Nachlasses eines Engländers; Unzuständigkeit der österreichischen Gerichte); 3785 (Überlassung der Nachlaßabhandlung nach einem Ausländer [unter Zurückhaltung des Nachlasses bis zur Sicherung der



Bezirk der Todesfall sich ereignet hat<sup>1)</sup>, entweder durch einen Gerichtsabgeordneten<sup>2)</sup> oder durch einen Notar<sup>3)</sup> (§§ 36, 37 AusstreitG.)<sup>4)</sup>.

inländischen Ansprecher] an das zuständige ausländische Gericht: Anzuständigkeit des inländischen Gerichts zur Entscheidung über ein Absonderungsbegehren; C. D. G. v. 12. V. 1903, Z. 7054, in OstZBl. 22, Nr. 360 (Zuständigkeit der bayerischen Behörde zur Verlassenschaftsabhandlung über das bewegliche Vermögen eines im Inlande verstorbenen bayerischen Staatsangehörigen); C. D. G. v. 25. I. 1910, in OstZBl. 28, Nr. 146 (Behandlung des hierländischen beweglichen Nachlasses eines Ausländers, der hier nur seinen Aufenthalt gehabt hat: Auslieferung an die ausländische Abhandlungsbehörde erst nach rechtskräftiger Entscheidung über die Erbansprüche des hierlands sich aufhaltenden Erben).

<sup>1)</sup> Über die Befugnisse der Abhandlungsinstanz vgl. §§ 21 und 27 AusstreitG.: „Das Gericht, welchem nach dem Gesetze über die Zuständigkeit in bürgerlichen Rechts-sachen die Abhandlung der Verlassenschaft eines Inländers zukommt, hat dieselbe über alles, wo immer befindliche bewegliche Vermögen und die in dem österreichischen Kaiserstaate gelegenen unbeweglichen Güter des Verstorbenen zu pflegen“ (§ 21 AusstreitG.). — „Das Gericht, welchem die Abhandlung der Verlassenschaft zusteht, ist allen Erben, Legataren und anderen Teilnehmern, wenn sie auch für ihre Person einer anderen Gerichtsbarkeit unterworfen sind, in den im Gesetze bestimmten Fällen (§§ 77, 78) zur Erbschaftsverhandlung Kuratoren zu bestellen berechtigt. Die Abhandlungsinstanz hat über alle bei der Erbverhandlung entstehenden Fragen auch dann zu entscheiden, wenn Mündel oder Pflegebefohlene als Erben eintreten, die nicht unter ihrer Jurisdiktion stehen. Soll aber bei der Erteilung in Rücksicht der Übernahme unbeweglicher Güter oder in anderen wichtigen Punkten von der Anordnung des Gesetzes oder des Erblassers durch besondere Übereinkunft abgegangen oder über zweifelhafte Rechte ein Vergleich geschlossen werden, so ist hiezu die Genehmigung der Vormundschafts- oder Kuratelsbehörde erforderlich“ (§ 27 AusstreitG.). — Über die Kontrolle der gehörigen Beforgung der Verlassenschaftsabhandlungen vgl. §§ 32 und 33 AusstreitG.: „Bei den Gerichtshöfen ist über jede Verlassenschaftsabhandlung ein Tagebuch zu führen, welches eine fleißige Übersicht über den Stand der Verhandlung und die darin vorzunehmenden Maßregeln zu gewähren geeignet sein muß“ (§ 32 AusstreitG.). — „Welche Ausweise jedes Gericht am Schlusse des Jahres über die anhängig gebliebenen Verlassenschaftsabhandlungen jedem Obergerichte zu erstatten hat, wird in dem Gesetze über die Geschäftsordnung der Gerichtsbehörden bestimmt“ (§ 33 AusstreitG.). — Vgl. auch §§ 273, 274, 394 ff. C. D.

<sup>2)</sup> Vgl. § 28 AusstreitG.: „Die Todfallsaufnahme und Versiegelung des Nachlasses, die Eröffnung und Räummachung des letzten Willens, und alle in Beziehung auf das Verlassenschaftsvermögen erforderlichen unaufschieblichen Vorkehrungen stehen dem Bezirksgerichte . . . , in dessen Bezirk der Todesfall sich ereignet hat, in der Regel auch dann zu, wenn die Verlassenschaftsabhandlung nach den Bestimmungen des Gesetzes über die Gerichtszuständigkeit von einem anderen Bezirksgerichte oder von einem Gerichtshofe zu pflegen, oder einer auswärtigen Gerichtsbehörde (§ 23) zu überlassen ist. — In Fällen, wo die Abhandlungspflege einem Gerichtshofe zusteht, kann jedoch derselbe diese Akte, wenn er von dem Todesfall Kenntnis erhält, auf Ansuchen der Beteiligten, oder aus wichtigen Gründen von Amtswegen auch durch eigene Abgeordnete vornehmen lassen.“ — Vgl. hierzu auch § 34 AusstreitG.: „Die Bezirksgerichte haben dafür zu sorgen, daß ihnen alle in ihrem Bezirke vorkommenden Todesfälle sogleich bekannt werden. Auf dem flachen Lande sollen die Gemeindevorsteher dem Gerichte jeden in ihren Gemeinden eingetretenen Todesfall sogleich anzeigen;“ ferner § 35 AusstreitG.: „Die Angehörigen und Hausgenossen des Verstorbenen sowohl, als dritte Personen haben sich jeder eigenmächtigen Verfügung mit dem Verlassenschaftsvermögen strenge zu enthalten.“

<sup>3)</sup> In wichtigen Fällen können auch zwei Gerichtsabgeordnete bestellt werden (§ 36 AusstreitG.).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu § 37 AusstreitG.: „Das Bezirksgericht kann innerhalb seines Sprengels einem öffentlichen Notare auch eine allgemeine Ermächtigung zur Aufnahme aller in einem bestimmten Bezirke vorkommenden Todesfälle erteilen“; §§ 29 und 30 AusstreitG.: „In denjenigen Kronländern, in welchen das Notariatsinstitut besteht, können die öffentlichen Notare (§ 3) nicht nur zur Todfallsaufnahme (§§ 36, 93), zur

Zweck der Todfallsaufnahme ist die Konstatierung und Erhebung derjenigen Verhältnisse, welche auf die Verlassenschaftsabhandlung Einfluß nehmen (§§ 38, 39 AusstreitG.)<sup>1)</sup>. Bei der Todfallsaufnahme ist eine

Errichtung der Inventur und zur Vornahme von Feilbietungen abgeordnet werden, sondern auch, nachdem von dem Gerichte die Erbserklärung angenommen ist, Verlassenschaftsanzweise und Erbteilungen aufnehmen, und alle zur Erwirkung der Einantwortung erforderlichen Akte dergestalt vorbereiten und zur gerichtlichen Genehmigung vorlegen, daß der Richter in die Lage gesetzt wird, sogleich über diese Eingabe des Notars mit der Erteilung der Einantwortungsurkunde vorgehen zu können“ (§ 29 AusstreitG.). „Die öffentlichen Notare haben bei diesen Geschäften die für die Gerichtsabgeordneten bestehenden Vorschriften zu beobachten“ (§ 30 AusstreitG.); sowie die durch Art. II N. O. aufrecht erhaltenen Bestimmungen des XIII. Hauptstückes der N. O. v. 21. V. 1855 (RGBl. 94), der §§ 27—30 des derselben beigegebenen Gebührentarifes und der J. M. v. 7. V. 1860 (RGBl. 120) betreffend die Verwendung der Notare als Gerichtskommissäre (abgedruckt im III. Bande der Manjischen Taschenausgabe). Vgl. hier ferner G. M. N. 848 (Der Notar als Gerichtskommissär hat für die Eruiierung vorher unbekannter Nachlassobjekte keinen Anspruch auf eine besondere Belohnung, da er hiebei nur diejenige Tätigkeit entfaltet hat, welche ihm als Gerichtskommissär nach Vorschrift des § 98 AusstreitG. zur Pflicht gemacht wird. Gegen den Zuspruch einer solchen Belohnung ist jeder einzelne Erbe zum Rekurse legitimiert); G. M. N. 850 (Belohnung einer höheren als der von der ersten Instanz bemessenen Gebühr für den Notar als Gerichtskommissär durch das höhere Gericht, unter Berücksichtigung der vom Notar gepflogenen Erhebungen); G. M. N. 1143 (Unzulässigkeit des Rekurses des Notars als Gerichtskommissärs gegen die verhängte Übertragung der Vornahme einer Nachlassinventur an den Vollstreckungsbeamten); G. M. N. 1463 (Enthebung des von der ersten Instanz zum Gerichtskommissär behufs der Abhandlungspflege bestellten Notars durch das Rekursgericht: Legitimation des Notars zum Revisionsrekurse); G. M. N. 3134 (Aufhebtourliche Betrauung eines Notars als Gerichtskommissär mit einem Abhandlungsgeschäfte auf Vorstellung der Partei: kein Rekursrecht des im Turnus überlungsgeschäfte auf Vorsteher der Partei; kein Rekursrecht des im Turnus überlungsgangenen Notars); G. M. N. 3719 (Da der Notar nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist, die ihm als Gerichtskommissär aufgetragenen Geschäfte in der Regel persönlich vorzunehmen, so ist die auf der Anschauung, der Notar hätte die Vorarbeiten zur Verfassung des Inventars [Vorerhebungen im Grundbuche, bei der Steueradministration, imappenarchiv] auch durch einen Kanzleibeamten besorgen lassen können, beruhende Ermäßigung der Kosten für diese Tätigkeit ungerechtfertigt); G. M. N. 4002 (Gebühr des Notars für die Vornahme der Inventur über einen 200 K. nicht übersteigenden Teil eines größeren Nachlasses. Unanwendbarkeit des § 4 J. M. v. 7. V. 1860 [RGBl. 120]); G. M. N. 4505 (Auscheidung einiger Teile aus dem Nachlassvermögen; Einflußlosigkeit derselben auf die Bemessung der Gebühren des Notars); G. M. N. 4537 (Wirkung des Rekurses eines von mehreren Erben gegen den Zuspruch der Gebühren des Gerichtskommissärs).

<sup>2)</sup> Über die Todfallsaufnahme durch Gemeindevorsteher und über die Mitwirkung der Gemeinden und ihrer Vorstände in Verlassenschaftsangelegenheiten überhaupt vgl. § 31 AusstreitG.: „Inwiefern den Gemeinden und ihren Vorständen die Mitwirkung in Angelegenheiten der Verlassenschaftsabhandlung zusteht, wird durch besondere Vorschriften bestimmt;“ ferner J. M. v. 28. VI. 1850 (RGBl. 256); J. M. G. v. 22. I. 1858, Z. 23300, v. 10. III. 1859, Z. 2708 und v. 16. VI. 1884, Z. 9305 (abgedruckt ad § 31 AusstreitG. [Manj.]); und dazu Nowak, Zur Frage der Todfallsaufnahme durch Gemeindevorsteher, in OstZBl. 3. 1885, Nr. 45, 46.

<sup>3)</sup> § 38 AusstreitG.: „Der Abgeordnete, welchem die Todfallsaufnahme übertragen ist, hat sich zu diesem Ende mit möglichster Beschleunigung, und wenn Gefahr am Verzuge haftet, augenblicklich in die Wohnung des Verstorbenen zu begeben, dort selbst mit Zugiehung zweier Hausgenossen oder in deren Ermangelung zweier anderen Zeugen die Erhebung über diejenigen Verhältnisse, welche auf die Verlassenschaftsabhandlung Einfluß nehmen, zu pflegen und nötigenfalls die Versiegelung des Nachlasses vorzunehmen.“ — § 39 AusstreitG.: „Hiebei ist insbesondere I. über Vor- und Namen, Stand oder Beschäftigung, Alter und Religionsbekenntnis des Verstorbenen; 2. über den Tag und Ort des erfolgten Todes, den letzten ordentlichen Wohnsitz des



vorgefundene offene letzte Willenserklärung sogleich durch Ablesung in Gegenwart zweier Zeugen und der sonst etwa anwesenden Personen kund zu machen (§ 41 AusstreitG.). Das Verfahren bei Kundmachung verriegelter oder mündlicher<sup>1)</sup> letzter Willenserklärungen normieren die §§ 41 und 61—69 AusstreitG.<sup>2) 3) 4)</sup>. Die Vorschriften über eine

Erblässers und alle Verhältnisse, welche die Gerichtskompetenz bestimmen; 3. über den Namen und Aufenthaltsort des allenfalls hinterlassenen Ehegatten, und 4. über Namen, Stand, Alter und Aufenthaltsort der groß- und minderjährigen Kinder des Verstorbenen Erfindungen einzuziehen. Wenn 5. die Erbfolge oder Vormundschaft über des Erblässers Kinder die nächsten Verwandten trifft, ist der Name, Stand, das Alter und der Aufenthaltsort derselben, und wenn zur Zeit der ersten Erhebung der Testamentserbe schon bekannt ist, auch der Wohnort dieses letzteren auszuforschen. Der Gerichtsabgeordnete soll: 6. vorläufig im allgemeinen Auskunft darüber zu erhalten suchen, ob der Nachlaß von einiger Bedeutung sei, ob und welche unbewegliche Güter dazu gehören, und ob eine beträchtliche etwa das Vermögen übersteigende Schuldenlast wahrscheinlich sei. Insoferne 7. dem Gerichte die letztwilligen Anordnungen des Erblässers nicht ohnehin bekannt sind, ist die sorgfältigste Nachforschung zu pflegen, ob ein letzter Wille, ein Erbvertrag, eine Schenkung auf den Todesfall oder Ehegatten vorhanden seien, oder an einem dritten Orte, allenfalls bei einem Gerichte oder öffentlichen Notare erliegen. 8. Ist Erfindung darüber einzuziehen, welche Vormundschaften und Kuratelen der Verstorbene versehen habe; ob für dessen Kinder oder Erben etwa bereits Vormünder oder Kuratoren benannt seien, und wen die überlebende Witwe zum Mitvormunde vorzuschlagen gedenke; dann 9. ob der Verstorbene über Amtsgelder Rechnung geführt, eine Besoldung, Pension, Stiftung oder Unterhaltsgelder aus öffentlichen Kassen bezogen habe; endlich 10. ob sich in der Verlassenschaft nicht Gegenstände vorfinden, welche nach den später (§§ 90 und 91) folgenden Vorschriften eine besondere Anzeige erfordern.“ — Hiezu vgl. Anonymus, Zur Praxis der Gerichte in Abhandlungsfällen, in Notz. 1888, Nr. 26; Tobiaschek, Abhandlung der Verlassenschaft nach Besitzern geistlicher Pfänden, in Notz. 1891, Nr. 16, 17. — Vgl. ferner § 40 AusstreitG.: „Über die angeführten Punkte hat der Gerichtsabgeordnete die Hausgenossen und Angehörigen des Erblässers und andere von dessen Verhältnissen unterrichtete Personen zu vernehmen. — Im Falle der Notwendigkeit sind auch die Schränke und Behältnisse des Erblässers, in welchen eine letztwillige Anordnung oder andere für die Verlassenschaftsabhandlung wichtige Papiere verwahrt sein können, zu eröffnen und zu besichtigen. Hierbei ist stets mit der erforderlichen Schonung zu Werke zu gehen. Doch können die Abgeordneten, wenn ihnen darin Hindernisse in den Weg gelegt werden, sich angemessener Zwangsmittel, und zwar insofern Gefahr am Verzuge eintritt, selbst ohne vorläufige Genehmigung des Gerichtes bedienen“; und hiezu Ott, a. a. O. 155; Pann, Über die Rechtsfragen in Exhumierungsfällen, in Gerh. 1881, Nr. 41.

<sup>1)</sup> Vgl. auch § 42 AusstreitG.: „Hat der Erblasser seinen letzten Willen mündlich erklärt, so ist, wenn nicht schon eine schriftliche Aufzeichnung von Seiten der Zeugen vorhanden ist, welche darüber Auskunft gibt, Name, Stand und Wohnort der Letzteren in der Todfallsaufnahme anzugeben.“

<sup>2)</sup> § 41 AusstreitG.: „... Verriegelte letztwillige Erklärungen müssen, wenn die Todfallsaufnahme nicht von dem Vorsteher des Gerichtes selbst vorgenommen wird, zur Eröffnung und Kundmachung an das Gericht abgegeben werden. Nur wenn der Inhalt durch die Kundmachung bei dem Gerichte nicht zeitlich genug bekannt werden könnte, ist auch der Gerichtsabgeordnete berechtigt, diese Urkunden sogleich selbst zu eröffnen und kund zu machen. Bei der Kundmachung eines letzten Willens hat derselbe stets nach Vorschrift der §§ 61—64 zu verfahren.“ — § 61 AusstreitG.: „Schriftliche Testamente und Kodizille müssen, sobald über den Tod des Erblässers kein Zweifel obwaltet, selbst wenn denselben ein gesetzliches Erfordernis mangeln sollte, sogleich eröffnet und kund gemacht werden. Sie sind dem Vorsteher derjenigen Gerichtsbehörde, welcher die Todfallsaufnahme obliegt, zu überreichen. — Dieser hat sie, wenn die Kundmachung nicht schon bei der Todfallsaufnahme geschehen ist (§ 41), in Gegenwart von zwei Zeugen, deren einer der Überbringer sein kann, ohne das Siegel

zu beschädigen, zu eröffnen und den Zeugen vorzulesen oder durch einen Gerichtsbeamten vorlesen zu lassen. — Hat der Erblasser mehrere letztwillige Anordnungen hinterlassen, so werden alle, sogleich auch diejenigen, welche aufgehoben oder abgeändert zu sein scheinen, kundgemacht.“ — § 62 AusstreitG.: „Die Kundmachung des letzten Willens geschieht ohne Vorladung der Beteiligten. Es bleibt ihnen jedoch unbenommen, sich unaufgefordert dabei einzufinden.“ — § 63 AusstreitG.: „Über Kundmachungen des letzten Willens muß ein Protokoll aufgenommen, und darin zugleich ausgeführt werden: 1. die Anzahl und das Datum der vorgefundnen letztwilligen Anordnungen; 2. von wem sie dem Gerichte überreicht wurden; 3. welche Zeugen bei der Eröffnung und Kundmachung zugegen waren und 4. ob die Urkunden offen oder versiegelt überreicht wurden. 5. Sollte bei der Eröffnung eine Verletzung des Siegels oder an der Urkunde selbst eine Radierung, Korrektur oder etwas anderes Bedenkliches wahrgenommen werden, so ist auch dieses zu bemerken. — Das Protokoll ist von dem Richter und den zugezogenen Zeugen zu unterfertigen.“ — § 64 AusstreitG.: „Auf der letztwilligen Anordnung selbst ist der Tag der Kundmachung sowohl, als die Anzahl und das Datum der übrigen noch vorhandenen, wenn auch nicht zu gleicher Zeit vorgefundnen Testamente oder Kodizille zu bemerken, und diese Anmerkung von dem Richter zu unterfertigen. — Findet sich ein letzter Wille nach bereits erfolgter Erledigung der Todfallsaufnahme vor, so ist nach der Kundmachung auf die in den §§ 75, 76, 80 und 84 vorgeschriebenen Verfügungen Bedacht zu nehmen.“ — § 65 AusstreitG.: „Wird dem Gerichte bekannt, daß der Erblasser seinen letzten Willen mündlich erklärt habe, und liegt darüber ein gehörig verfaßter, von allen Zeugen eigenhändig gefertigter Aufsat vor, so ist mit der Kundmachung desselben wie bei einem schriftlichen Testamente vorzugehen. Außer diesem Falle hat das Gericht sämtliche Zeugen von Amtswegen vorzuladen, jeden derselben allein, vorläufig ohne Beeidigung (§ 123), über seinen Namen und Stand, über sein Alter, dann über den Inhalt der letzten Willenserklärung und die Umstände, von denen die Gültigkeit derselben abhängt, sowie über Zeit und Ort der von dem Erblasser abgegebenen Erklärung zu vernehmen und das aufgenommene Protokoll kundzumachen.“ — § 66 AusstreitG.: „Verlangt aber eine Partei dem § 586 des GB. gemäß die eidliche Vernehmung der bei der Errichtung der mündlichen letztwilligen Anordnung zugezogenen Zeugen, so hat der Richter ohne vorläufiges rechtliches Verfahren den Bittsteller, die Zeugen, und wenn es ohne Gefahr am Verzuge geschehen kann, die übrigen Parteien, welche wegen des Erbrechtes zu dem Nachlasse bereits eingeschritten sind, vorzuladen, die Zeugen zu beeidigen, und sogleich nach den Vorschriften der Prozeßordnung jeden derselben ohne Gegenwart der übrigen über die allgemeinen Fragestücke, über den errichteten letzten Willen und die oben (§ 65) erwähnten Umstände zu Protokoll zu vernehmen. Nötigenfalls kann den Zeugen dabei der über den letzten Willen bereits verfertigte Aufsat vorgelesen werden. Auch steht den vorgeladenen Parteien frei, vor oder bei der Tagelassung Fragen vorzuschlagen, welche der Richter, wenn sie zweckmäßig erscheinen, bei der Vernehmung der Zeugen zu berücksichtigen hat. — Wegen Abhörung derjenigen Zeugen, welche einem anderen Gerichte unterstehen, hat die Abhandlungsbehörde das Ersuchen dahin zu erlassen. Ist kein Gesuch um Beeidigung der Zeugen überreicht worden, jedoch aus dem Inhalte ihrer Aussage die Beteiligung von Personen ersichtlich, für deren Rechte von Amtswegen zu sorgen ist, so hat das Gericht, wenn Gefahr am Verzuge ist, und der Vertreter der gedachten Personen nicht zeitig genug für sie einschreiten kann, einen Kurator mit dem Auftrage zu bestellen, im Namen dieser Beteiligten die Beeidigung der Zeugen anzufuchen.“ — § 67 AusstreitG.: „Die auf diese Art erfolgte eidliche Befähigung einer mündlichen letzten Willenserklärung hat nicht nur in der Ansehung derjenigen, welche darum ange sucht haben, oder sonst zur Vernehmung vorgeladen worden sind, sondern zwischen allen bei dem Nachlasse beteiligten Personen Beweiskraft. Es bleibt aber jedem Teile unbenommen, die Gültigkeit des abgelegten Zeugnisses oder der Anordnung durch den Beweis obwaltender, bei der Vernehmung der Zeugen nicht vorgekommener Mängel oder entgegenstehender Umstände im rechtlichen Verfahren zu bestreiten.“ — § 68 AusstreitG.: „Die Originalen der über letztwillige Anordnungen errichteten Urkunden sollen in der Registratur auf die in der Geschäftsordnung vorgeschriebene Weise streng verwahrt werden. Auf Verlangen sind sie den Gerichtsbeamten und Parteien, denen daran gelegen ist, in der Registratur oder Gerichtsakten von einem Registraturbeamten vorzuweisen. — Von jeder solchen Urkunde ist sogleich nach der Kundmachung eine beglaubigte Abschrift zu verassen

etwaige Versiegelung des Nachlasses enthalten die §§ 43—49 AusstreitG. 1) 2).

und den Abhandlungsakten beizulegen.“ — § 69 AusstreitG.: „Die Vorschriften der §§ 61, 64 und 68 gelten auch für die Erbverträge der Ehegatten.“ — Über die Kundmachung notarieller letztwilliger Anordnungen vgl. § 70 AusstreitG.: „Wie sich das Gericht bei der Kundmachung einer von einem öffentlichen Notare aufgenommenen letztwilligen Anordnung zu benehmen habe, und wo die Urschrift derselben aufzubewahren sei, wird in der Notariatsordnung bestimmt“; sowie § 111 R.D.: „Sobald ein Notar in die Kenntnis des Todes einer Person kommt, über deren letztwillige Anordnung er einen Notariatsakt aufgenommen, oder welche vor ihm in Gemäßheit des § 70 eine letztwillige Anordnung mündlich oder schriftlich errichtet hat, hat er, ohne einen Auftrag abzuwarten, die Urschrift der letztwilligen Anordnung und des etwa in Gemäßheit des § 73 aufgenommenen Protokoll des dem Gerichte seines Amtes sitzenden, oder falls sich das Erbschaftsgericht daselbst befindet, sofort diesem behufs der Kundmachung vorzulegen. Bei dem Gerichte wird unverzüglich in Gegenwart des Notars ein Protokoll über den Zustand der allenfalls angebrachten Siegel und über die Entseelung aufgenommen. — Nach erfolgter Kundmachung werden die vorgelegten Urschriften dem Notare zurückgestellt, welchem obliegt, beglaubigte Abschriften derselben ohne Verzug dem Gerichte zu überreichen. — Die Kosten der Abschriftnahme hat die Verlassenschaft zu tragen. Letztwillige Anordnungen, welche von dem Notar in Gemäßheit des § 104 nur in Verwahrung genommen worden sind, hat derselbe dem Gerichte gegen Empfangsbestätigung in Urschrift auszufolgen. — Ist das Gericht, welches die Kundmachung vornimmt, nicht selbst das Erbschaftsgericht, so hat es die beglaubigte Abschrift oder die Urschrift der nach § 104 vom Notare bloß zur Verwahrung übernommenen letztwilligen Anordnung samt dem Kundmachungsprotokolle dem Erbschaftsgerichte zu überreichen.“ Hierzu vgl. die Artt. in Notz. 1885, Nr. 18 und 32; Vertold, zu § 111 der geltenden R.D., in Notz. 1895, Nr. 47; Maiz, in Notz. 1895, Nr. 49; G.M.N.Z. 3173 (Anspruch des Notars auf die Gebühren für die nach § 41, Abf. 2 R.D. dem Gerichte vorgelegten Abschriften von notariellen letztwilligen Anordnungen, ungeachtet des Vorliegens einer Ausfertigung des Notariatsaktes bei Gericht. — Vgl. hier weiter auch die Bestimmungen über Testamentseröffnung im b. O.G.B. (§§ 2259—2264 und § 2273) und die Vorschrift des § 2300 über die Eröffnung eines Erbvertrages.

3) Vgl. hier auch G.M.N.Z. 1121 (Unzulässigkeit der Beweisaufnahme durch den Abhandlungsrichter über Erklärungen des Erblassers, die ein Versprechen unter Lebenden, nicht eine letztwillige Anordnung enthalten. § 66 AusstreitG. ist hier nicht anwendbar); G.M.N.Z. 4605 (Es ist nicht Sache des Verlassenschaftsrichters, zu entscheiden, ob vorgefundene letztwillige Verfügungen als schriftliche Testamente oder als Aufzeichnungen mündlicher Testamente anzusehen sind. Er hat vielmehr, wenn das Vorhandensein mündlicher letztwilliger Verfügungen behauptet wird, deren Kundmachung gemäß §§ 65 ff. AusstreitG. vorzunehmen); E. O.G. v. 8. III. 1910, in SfrzBl. 28, Nr. 366 (Unzulässigkeit der abhandlungsgerichtlichen Vernehmung der Zeugen eines schriftlichen Testamentes).

4) Vgl. hier auch § 116, al. 2 AusstreitG.: „Wenn es tunlich ist, so soll die Erbschaftserklärung zugleich bei der Todesfallaufnahme von dem Gerichtsbeamten oder dem dessen vertretenden öffentlichen Notare aufgenommen werden“; und dazu G.M. 10 298 (Die dem Notar als Gerichtskommissär gegenüber abgegebene Erbschaftserklärung ist vom Gerichte anzunehmen).

1) § 43 AusstreitG.: „Wenn die bekannten oder mutmaßlichen Erben ihr Vermögen selbst zu verwalten fähig sind, so ist in der Regel die Verlassenschaftsmasse ohne Anlegung des Gerichtssiegels ihnen oder ihren mit gehöriger Vollmacht versehenen Geschäftsträgern oder den von dem Erblasser dazu benannten Personen in Verwahrung zu belassen. Nur ist auch in diesem Falle auf die vorgeschriebene Sicherstellung der Verlassenschaftsgebühren Bedacht zu nehmen. Wenn dagegen die Erben ihr Vermögen zu verwalten unfähig, abwesend oder gänzlich unbekannt sind; wenn eine das Vermögen übersteigende Schuldenlast zu besorgen ist, oder andere Umstände besondere Vorsicht fordern, so muß die Verlassenschaftsmasse zugleich versiegelt werden.“ — § 44 AusstreitG.: „Auch wenn auf Ansuchen eines Erbschaftsgläubigers, Legatars

oder Noterben infolge des § 812 A.B.G. von dem Gerichte die Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben bewilligt wird, muß die Versiegelung des Verlassenschaftsvermögens zugleich vorgenommen werden.“ — § 45 AusstreitG.: „Wenn der Fall der Versiegelung eintritt, hat der Gerichtsabgeordnete das vorhandene bare Geld, das Gold- und Silbergeräte, die Pretiosen, öffentlichen und Privatschuldscheine und sonst vorhandenen wichtige Urkunden zu Gericht zu erlegen; andere Verlassenschaftsschriften, Fahrnisse und Gerätschaften aber, insofern es tunlich und zur Versicherung der Teilnehmenden nötig ist, in einem oder mehreren Zimmern oder an einem anderen schicklichen Orte vorsichtig zu verschließen, und durch Anlegung des Gerichtssiegels auf die Türen, Behältnisse oder Schränke von allen Seiten so zu verwahren, daß ohne Verletzung des Siegels und sichtbare Gewalt nichts entfernt werden kann.“ — § 46 AusstreitG.: „Zugleich hat der Gerichtsabgeordnete die Aufsicht über die Verlassenschaftsmasse und die Beforgung des Hauswesens einstweilen und bis auf weitere Verordnung des Gerichtes einem Hausgenossen des Erblassers oder einer anderen tauglichen Person anzuvertrauen. Dieser werden auch die zur Berichtigung der Leichenkosten und anderen dringenden Auslagen und zur Befreiung des Hauswesens erforderlichen Beträge aus den Verlassenschaftsgeldern vorgeschossen und diejenigen Fahrnisse übergeben, die ihrer Beschaffenheit nach nicht versperert werden können, dem Verderben unterliegen, oder zum Wirtschafts- oder Geschäftsbetriebe unentbehrlich sind, oder bei welchen keine Gefahr zu besorgen ist.“ — § 47 AusstreitG.: „Ist der künftige Vormund oder Kurator der Erben schon zuverlässig bekannt, so können nach Umständen auch alle Verlassenschaftsgegenstände, die nicht zu Gericht zu erlegen sind, unversiegelt in seiner Verwahrung gelassen werden.“ — § 48 AusstreitG.: „Immer sind jedoch unvergeschlossen gebliebene Fahrnisse nach Tunlichkeit zu verzeichnen.“ — Auch ist jedoch ein Verzeichnis der von dem Gerichtsabgeordneten in Empfang genommenen Gelder, Kostbarkeiten und Urkunden zu verfertigen, mit seiner Unterschrift zu versehen und den Erben oder derjenigen Person, welcher die Obforge über die Verlassenschaft anvertraut wird, zu übergeben.“ — § 49 AusstreitG.: „Ist nur ein Teil der Erben zur Verwaltung seines Vermögens unfähig oder abwesend, oder treten diese Umstände nur bei Pflichtteilnehmern oder Legatarien ein, so kann sich das Gericht mit dem geeigneten Verlassenschaftsgegenstände begnügen. Auch dieser Ertrag kann jedoch erlassen werden, wenn eine zur Sicherstellung geeignete Verlassenschaftsrealität vorhanden ist.“ — ad § 49 AusstreitG. vgl. G.M.N.Z. 3082 (Voraussetzungen und Art der Sicherstellung der Erbteilsbeträge Minderjähriger).

2) Über besondere Vorkehrungen bei der Todesfallaufnahme vgl. §§ 53—60 AusstreitG.: „Wenn bekannt oder zu vermuten ist, daß der Verstorbene Amtsschriften, Amtsgelder oder Schlüssel zu öffentlichen Kassen in seiner Wohnung gehabt habe, so hat die Behörde, deren Mitglied oder Untergebener er war, zugleich einen Kommissär abzusenden, welcher sich mit dem Gerichtsabgeordneten in die Wohnung des Erblassers zu verfügen und diese Amtsgegenstände gegen Empfangschein zu übernehmen hat. Kann das Gericht seine Amtsverrichtungen nicht bis zur Ankunft des Kommissärs verschieben, oder finden sich Amtsschriften, Gelder oder Kassen Schlüssel in der Verlassenschaft einer Person, bei der man sie nicht vermutet hat, so sollen sie von dem Gerichtsabgeordneten, welcher sich dabei aller ihm nicht zustehenden Nachforschungen in den Amtsschriften zu enthalten hat, in sichere Verwahrung gebracht und baldmöglichst an die zuständige Behörde übergeben werden“ (§ 53 AusstreitG.). — „War der Erblasser ein Beamter eben des Gerichtes, welches den Todesfall aufzunehmen hat, so werden Schriften, Gelder und Schlüssel von dem Gerichtsabgeordneten selbst übernommen, in ein Verzeichnis gebracht und dem Gerichte übergeben“ (§ 54 AusstreitG.). — „Die Vorschriften des § 53 sind auch bei Todesfällen von Militärpersonen (über welche die Verlassenschaftsbehandlung von den Zivilgerichten gepflogen wird) zu beobachten, wenn in dem Nachlasse auf den Militärdienst sich beziehende Gegenstände vorgefunden werden. — Auch müssen alle mit der Hand gezeichneten Pläne oder Grundrisse von in- und ausländischen Festungen oder festen Plätzen, alle mit der Hand aufgenommenen Gegenden und Pläne von Bataillen, alle schriftlichen Bemerkungen, Handauszüge, Entwürfe und Projekte, welche den Militärdienst betreffen, dem Armeoberkommando zur Beurteilung, was hier von den Erben zu verabfolgen sei, eingesendet werden“ (§ 55 AusstreitG.). — „Von Seelforgern oder Priestern hinterlassene Urkunden und Bücher, welche in ihre Amtsverrichtungen einschlagen, als: Tauf-, Trauungs- und Toten-

Ergibt sich aus der Todfallsaufnahme<sup>1)</sup>, daß der Verstorbene kein Vermögen hinterlassen hat, so wird der Bericht über die Todfallsaufnahme<sup>2)</sup>

bücher, Protokolle über Kirchensachen und geistliche Amtsgeschäfte, der Kirche oder Pfarre gehörige Urkunden, dann Privatschriften, welche Gewissens- oder Disziplinarangelegenheiten betreffen, sind schon bei der Todfallsaufnahme von dem Erbschaftsvermögen abzusondern, in ein eigenes Verzeichnis zu bringen, und dem zur Übernahme derselben abgeordneten geistlichen Kommissär gegen Empfangsbestätigung einzuhändigen. — Dieser Kommissär ist entweder schon zu den ersten Nachforschungen in der Wohnung des Erblassers zuzuziehen, oder die Übergabe der Schriften an denselben in der Folge sobald als möglich zu veranstalten. Wegen Benennung desselben haben sich die Gerichte nötigenfalls an das bischöfliche Konsistorium, bei nicht katholischen christlichen Seelsorgern an ihre geistlichen Obern oder allenfalls an die politische Behörde zu wenden. — Wo die Geburts-, Trauungs- und Totenbücher der Israeliten von ihren Religionslehrern oder von den Mitgliedern der Gemeinde geführt werden, ist auch wegen sicherer Verwahrung und Übergabe dieser Bücher von dem Gerichte das Nötige zu verfügen (§ 56 AusstreitG.). — Inwiefern in einigen Kronländern bei Verlassenschaften von Mitgliedern der höheren Geistlichkeit zur Todfallsaufnahme auch noch Vertreter des Staatschazes oder der öffentlichen Fonde oder Abgeordnete der politischen Behörden beizuziehen sind, bestimmen besondere Vorschriften (§ 57 AusstreitG.). — Stirbt in denjenigen Kronländern, in welchen das Notariatsinstitut eingeführt ist, ein ausübender öffentlicher Notar, so ist nach Vorschrift der Notariatsordnung ein Abgeordneter des Notariatsarchives (der Notariatskammer) beizuziehen, welchem alle das Notariat betreffenden Bücher und Akten nebst dem Notariatsiegel zu übergeben sind. — Ist eine solche Zuziehung nicht tunlich, so hat der Gerichtsabgeordnete einzuweisen für die sichere Verwahrung der genannten Gegenstände Sorge zu tragen (§ 58 AusstreitG.). — Wenn sich in einer Verlassenschaft Gegenstände vorfinden, welche nach Vorschrift der §§ 87, 90 und 91 von dem Gerichte an andere Behörden eingeschendet werden müssen, so sind dieselben von dem Gerichtsabgeordneten gleich bei der Todfallsaufnahme in Empfang zu nehmen und dem Gerichte zur weiteren Verfügung vorzulegen (§ 59 AusstreitG.). — Die bestehenden besonderen Vorschriften über die Aufnahme der Todfälle von Personen, welche in öffentlichen Versorgungs-, Kranken- oder Kontumazanstalten sterben, sind auch künftig zu beobachten (§ 60 AusstreitG.). — Vgl. hier schließlich auch § 96 AusstreitG. (s. weiter unten Note 1 auf S. 287).

<sup>1)</sup> Vgl. hier auch § 71 AusstreitG.: „Das Bezirksgericht hat nach vorläufiger Prüfung und im erforderlichen Falle eingeleiteter Ergänzung der Todfallsaufnahme dieselbe, wenn es zugleich Abhandlungsbehörde ist, den nachfolgenden Bestimmungen gemäß selbst zu erledigen, im entgegengesetzten Falle aber der zuständigen Abhandlungsbehörde zur Erledigung zu übersenden. Die Abhandlungsbehörden sollen insbesondere sogleich bestimmen, ob und welche Vorkehrungen zur Sicherstellung und Verwaltung der Verlassenschaft etwa noch zu treffen, und welche Verständigungen einzuleiten sind.“

<sup>2)</sup> Über diesen Bericht vgl. §§ 50—52 AusstreitG.: „Über die bei der Todfallsaufnahme, dem § 39 gemäß, erhobenen Umstände, über die getroffenen Verfügungen und insbesondere über die allenfalls vorgenommene Versiegelung des Vermögens und die Kundmachung der letztwilligen Anordnung ist dem Gerichte unverzüglich Bericht zu erstatten. — Diese Berichte, wozu gedruckte, nach dem Muster Nr. 1 eingerichtete Formularien gebraucht werden können, sind von dem Gerichtsabgeordneten, von den anwesenden zwei Zeugen und denjenigen Personen, welche die Verlassenschaft in Aussicht und Obhut übernommen, Vorhänge erhalten oder verbindliche Erklärungen abgegeben haben, eigenhändig zu unterschreiben. — Die zu Gericht erlegten Gelder, Kostbarkeiten und Urkunden sind, wenn sie nicht mittelst eines von den Zeugen mitunterzeichneten Gesuches überreicht werden, in dem Berichte über den Todfall selbst, oder in einem besonderen, mit der Unterschrift der Zeugen versehenen Verzeichnisse oder Protokolle anzugeben (§ 50 AusstreitG.). — Der Bericht über die Todfallsaufnahme ist auch dann zu erstatten, wenn der Verstorbene ganz mittellos war. Die Todfallsaufnahme darf nur bei Minderjährigen, welche zur Zeit ihres Todes unter väterlicher Gewalt gestanden sind und kein Vermögen besaßen haben, unterbleiben, wenn die Eltern oder andere Beteiligte die Todfallsaufnahme nicht verlangen (§ 51 AusstreitG.). — Ist die Verlassenschaft zu unbedeutend, um darüber weitere gerichtliche Verhandlungen einzuleiten, so soll dieses in der Todfallsaufnahme angezeigt und zugleich, wenn ein

von der Abhandlungsbehörde durch Beschluß dahin erledigt, daß wegen Abganges eines Vermögens keine Verlassenschaftsverhandlung stattfindet (§ 72 AusstreitG.)<sup>1)</sup>.

Ist der Nachlaß unbedeutend<sup>2)</sup> und wahrscheinlich nur zur Berichtigung der dringendsten Verlassenschaftsschulden hinreichend, so ist nach § 73 AusstreitG. der Nachlaß, nämlich der vorliegende Nachlaß, die bestimmten Nachlaßobjekte<sup>3)</sup>, den Gläubigern an Zahlungsstatt zu überlassen<sup>4)</sup>, jure crediti, also nicht als Erben, einzuantworten<sup>5)</sup>.

Bei überwiegendem Schuldenstande ist auf Verlangen der Erben oder des Nachlaßkurator<sup>6)</sup> der Konkurs über den Nachlaß zu eröffnen (§ 62, Z. 2 R.D.)<sup>7)</sup>.

Dritter den ganzen Nachlaß auf Abschlag seiner Forderung oder gegen Berichtigung der Schulden und Auslagen zu übernehmen sich erbietet, das Nötige bemerkt werden“ (§ 52 AusstreitG.).

<sup>1)</sup> Verlassenschaftsgläubigern steht ein Beschwerderecht gegen einen solchen Beschluß nicht zu; sie können ihre Rechte im Rechtswege geltend machen. So auch Ott, a. a. O. 239 f.; G.M.N.Z. 1879. Vgl. hier auch E. O.G. v. 10. V. 1904, Z. 7164, Fintz 8577 (Die Gebührenbehörden haben wohl nach §§ 13 und 14 G. v. 18. VI. 1901 [R.W. 47] die dort selbst vorgesehenen Gebühren selbstständig zu bestimmen, einen Einfluß auf den Gang der Verlassenschaftsabhandlung zu nehmen, kommt ihnen jedoch nicht zu).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu E. O.G. v. 15. II. 1910, R. I. 813/9, in ÖstZBl. 28, Nr. 416 („Ob ein Nachlaß im Sinne des § 73 AusstreitG. unbedeutend und daher zur Einantwortung an die Gläubiger an Zahlungsstatt geeignet ist, bestimmt sich nicht bloß nach dem ziffermäßigen Betrage der Aktiven. Auch die besonderen Umstände des Falls, insbesondere die persönlichen Verhältnisse des Erblassers und der berufenen Erben, können hierbei von Einfluß sein).

<sup>3)</sup> Vgl. G.M. 15528.

<sup>4)</sup> Das Gericht hat „die Parteien über die Beschaffenheit und den Wert des Nachlasses, dann über den Betrag der Krankheits- und Reichenkosten und anderer mit besonderem Vorrechte verbundener Forderungen zu vernehmen und das dadurch ersichbste Vermögen den Gläubigern an Zahlungsstatt zu überlassen. In dem Bescheide, wodurch die Abhandlung auf diese Art abgetan wird, müssen aber die einzelnen Forderungen der Gläubiger, zu deren Berichtigung die Überlassung an Zahlungsstatt erfolgt, genau angegeben werden“ (§ 73 AusstreitG.).

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Wroblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbengläubiger, in ÖstZBl. 23, 375 und Note 130; Krainz 2, 691; Anders 65; ferner G.M. 5331 (Forderungen, die im Konkurse bevorrechtet wären, haben auch bei der Einantwortung jure crediti das Vorzugsrecht); 14164 (Keine Haftung des Übernehmers jure crediti für die Nachlaßschulden); 15528 (Der jure crediti-Übernehmer repräsentiert der Nachlaß nicht, daher bei Klagen gegen den Nachlaß für letztere ein Kurator zu bestellen ist); G.M.N.Z. 1515 (Überlassung eines überschuldeten Nachlasses an einen Dritten gegen dessen Verpflichtung zur Abfindung der Gläubiger mit einer dem Werte des Nachlasses entsprechenden Quote ist ohne Zustimmung der Gläubiger nicht statthaft) (vgl. zu dieser Entscheidung auch Ott, a. a. O. 218 [Note 11]); G.M.N.Z. 4087 (Bei der jure crediti-Einantwortung des Nachlasses eines Offiziers haben die Reichenkosten das Vorzugsrecht vor der Verpflegskostenforderung des Arztes [Analogie aus § 43 R.D.]); E. O.G. v. 20. IV. 1910, in ÖstZBl. 28, Nr. 510 (Unzulässigkeit einer jure crediti-Einantwortung nach erfolgter Erbschaftsklärung).

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Wroblewski, a. a. O. 375 f.; Fischer-Gölbrie, Bemerkungen über die Erbenhaftung nach österreichischem Rechte (S.M. aus NotZ. 1908) 5 f. und dort in den Noten 8 und 9 Zitierten; Kintelen, Das österreichische Konkursrecht 45 f.; Anders 63. — Eine Einflußnahme des Konkursgerichtes zum Zwecke der Konkursöffnung über den passiven Nachlaß ist unzulässig. So auch Kintelen, a. a. O. 46;



Außer diesen Fällen<sup>1)</sup> hat das Gericht die vermutlichen Erben<sup>2)</sup>, beziehungsweise wenn diese minderjährig oder pflegebefohlen sind, deren Vormünder oder Kuratoren<sup>3)</sup> von dem Erbansalle mit der Aufforderung zu verständigen, innerhalb einer angemessenen Frist (§ 115 AusstreitG.)<sup>4)</sup>, beziehungsweise bei einer angeordneten Tagssatzung (§ 116 AusstreitG.)<sup>5)</sup>

GMNZ. 1515. — Natürlich kann auch ein Konkursöffnungsantrag nach § 63 RD. gegen die Verlassenschaft gestellt werden, „die dann durch den gesetzlichen Erben oder den Verlassenschaftskurator, eventuell auch durch einen Kurator ad hoc vertreten wird.“ So Mintelen, a. a. D. 43.

<sup>1)</sup> Über die Gebührenbehandlung überschuldeter Nachlässe vgl. JMG. v. 20. IX. 1902 (JWBBl. 43).

<sup>2)</sup> Vgl. GMNZ. 1154 (Zu einem Nachlasse, über welchen Konkurs eröffnet wurde, ist keine Erbserklärung anzunehmen).

<sup>3)</sup> Vgl. § 75, al. 2 AusstreitG.: „Als vermutliche Erben sind, je nachdem die gesetzliche oder die testamentarische, oder die vertragmäßige Erbfolge statt hat, diejenigen anzusehen, welche zu der einen oder anderen berufen sind.“ Hierzu vgl. Gl. 14924 und GMNZ. 1545 (Von dem die Todesfallaufnahme erledigenden Abhandlungsrichter ist die Entscheidung zu treffen, ob die ihm vorliegende letzte Anordnung des Erblassers ihrer äußeren Form nach als Testament oder Kodizill aufzufassen sei, und auf deren Grundlage zunächst die gesetzliche oder die testamentarische Erbfolge einzutreten habe).

<sup>4)</sup> Vgl. § 76, al. 2 und 3 AusstreitG.: „Die den Minderjährigen oder Pflegebefohlenen angefallenen Erbschaften sind den Vormündern oder Kuratoren derselben mit dem Auftrage bekannt zu machen, die Erbserklärung anzubringen. Sollten Vormünder oder Kuratoren für dieselben noch nicht bestellt sein, so muß für deren gesetzliche Bestellung gesorgt werden. — Stehen die Mündel oder Pflegebefohlenen unter einer anderen Gerichtsbarkeit, so ist die Erbschaft von der Abhandlungsinstanz ihrem zuständigen Gerichte zum Zwecke der Abgabe der Erbserklärung anzuzeigen und über den Inhalt der allenfalls vorhandenen letzten Willenserklärung die nötige Aufklärung zu erteilen.“

<sup>5)</sup> § 115 AusstreitG.: „Bei den Gerichtshöfen ist die Erbserklärung in der Regel (§ 4) schriftlich anzubringen, daher das Gericht dem Erben oder dessen gesetzlichem Vertreter eine angemessene Frist zu deren Überreichung zu bestimmen hat.“

<sup>6)</sup> § 116 AusstreitG.: „Die Bezirksgerichte haben die Erben oder deren Vertreter zur Abgabe der Erbserklärung in der Regel zu einer Tagssatzung vorzuladen und ihnen in der Vorladung aufzutragen, die zur Nachweisung ihres Erbrechtes etwa erforderlichen Beweise mitzubringen. Bei der Tagssatzung ist von jedem derselben die Erklärung abzufordern, ob und auf welche Weise er die Erbschaft antreten, oder ob er dieselbe ausschlagen wolle. Das Gericht hat diejenigen unter ihnen, welche nicht mit einem rechtskundigen Sachwalter versehen sind, über die gesetzlichen Folgen der bedingten und der unbedingten Erbserklärung und der Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger zu belehren, und hiernach ihre Äußerungen oder Erbserklärungen zu Protokoll zu nehmen. — Wo es tunlich ist, so soll die Erbserklärung zugleich bei der Todesfallaufnahme von dem Gerichtsbeamten oder dem dessen Stelle vertretenden öffentlichen Notare aufgenommen werden.“ Vgl. hier auch § 117 AusstreitG.: „Aber auch bei den Bezirksgerichten steht dem Erben frei, seine Erbserklärung schriftlich zu überreichen. — Auch bleibt es, wenn die Erben oder deren gesetzliche Vertreter zu weit entfernt sind, um sie mündlich vernehmen zu können, dem Ermessen des Bezirksgerichtes überlassen, sie über die Erbserklärung oder andere Punkte der Abhandlung entweder durch das Gericht ihres Aufenthaltes vernehmen zu lassen, oder sie zur Bestellung eines Bevollmächtigten in dem Bezirke der Abhandlungsbehörde anzuweisen. — Sind im Falle der schriftlichen Abhandlungspflege die Erben oder deren gesetzliche Vertreter nicht an dem Orte wohnhaft, wo die Abhandlungsbehörde ihren Sitz hat, so sind dieselben verpflichtet, auf Anordnung der letzteren einen Bevollmächtigten daselbst zu bestellen, die Abhandlung möge bei einem Gerichtshofe oder bei einem Bezirksgerichte zu pflegen sein.“

die Erbserklärung beizubringen (§§ 75, 76, 115, 116 AusstreitG.)<sup>1)</sup>. Aus erheblichen Gründen kann dem Erben eine Bedenkzeit und daher eine Verlängerung der ihm zur Erbserklärung bestimmten Frist oder eine Erstreckung der hiezu angeordneten Tagssatzung bewilligt werden. Doch darf diese Bedenkzeit nicht mehr als ein Jahr betragen (§ 118 AusstreitG.; vgl. auch § 119 AusstreitG.)<sup>2)</sup>. Zu beachten ist, daß diese Frist im österreichischen Rechte eine andere Bedeutung hat, als die Deliberationsfrist im römischen Rechte. Stirbt der berufene Erbe eher, als er die angefallene Erbschaft angetreten oder ausdrücklich ausgeschlagen hat, so treten seine Erben, wenn der Erblasser sie nicht ausgeschlossen oder nicht andere Nacherben bestimmt hat, in das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen<sup>3)</sup> (§ 809). Durch eine wirksame Vulgarsubstitution wird also die Transmision ausgeschlossen<sup>4)</sup>. Die Folgen der Veräumung der Frist zur Erbserklärung, beziehungsweise der Tagssatzung normiert § 120 AusstreitG.: Wenn Erben, welche ihr Vermögen selbst zu verwalten berechtigt sind, bei der zur Abgabe der Erbserklärung bestimmten oder erstreckten Tagssatzung nicht erscheinen oder bei dieser oder in der zur schriftlichen Erbserklärung bestimmten oder verlängerten Frist keine Erbserklärung abgeben, so ist die Erbschaft ohne Rücksicht auf die Ansprüche der Säumigen bloß mit denjenigen, welche sich erbserklärt haben, zu verhandeln und diesen, soweit sie Ansprüche darauf haben, einzuantworten<sup>5)</sup>. Dadurch

<sup>1)</sup> Auch das d. BGB. kennt eine Annahme der Erbschaft. Diese hat aber eine andere Bedeutung, als die Antretung der Erbschaft nach dem WGB. Ihre Bedeutung besteht nämlich darin, daß sie den mit dem Tode des Erblassers ipso jure erfolgten Erbschaftserwerb zu einem definitiven macht (§ 1943). Die Annahme der Erbschaft kann erfolgen, sobald der Erbfall eingetreten ist (§ 1946). Sie kann nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgen (§ 1947). Auf einen Teil der Erbschaft kann die Annahme nicht beschränkt werden. Die Annahme eines Teiles ist unwirksam (§§ 1950, 1951, Abs. 2 und 3). Über die Annahme bei einer Berufung aus verschiedenen Gründen vgl. §§ 1948, 1940, 1951. Über die Anfechtung der Annahme vgl. §§ 1954, 1955, 1957.

<sup>2)</sup> § 119 AusstreitG.: „Tritt der Grund einer Fristerweiterung nur bei einem oder dem anderen aus mehreren Erben ein, so sind zwar die anderen auch früher über ihre Erbserklärung zu vernehmen, sie können aber wider ihren Willen nicht verhalten werden, ihre Erklärung vor dem Ablaufe der einem Miterben bewilligten längeren Frist abzugeben.“

<sup>3)</sup> Vgl. Gl. 8236. — Auch nach dem d. BGB. (§ 1952) ist das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, vererblich.

<sup>4)</sup> Anders allerdings u. a. Strohal, Transmision pendente condicione 7 ff., der den Schlußsatz des § 809 so auslegt: oder eine solche Nacherbenernennung verfügt hat, aus welcher in concreto auf die seitens des Erblassers beabsichtigte Ausschließung der Erben des Institutes geschlossen werden kann. Allein Strohal's Argumentation aus § 611 des II. Teiles des Westg. B. zerfällt wohl, wenn erwogen wird, daß es im § 809 heißt: „oder nicht andere Nacherben bestimmt hat“, d. h. andere zu Nacherben ernannt hat, während es in § 611 des II. Teiles des Westg. B. hieß: „wenn sie anders der Erblasser nicht ausgeschlossen und andere Nacherben eingesetzt hat“. Vgl. hier auch weiter oben S. 99 und Noten 6 und 7 auf S. 99 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> „Dieses ist daher den Erben entweder schon bei der ersten Vorladung zur Tagssatzung oder Abforderung der schriftlichen Erklärung, oder, wenn es damals nicht für



wird aber der Säumige nur von der Verlassenschaftsabhandlung, nicht aber von dem Erbrechte präkludiert: sein Erbrecht bleibt ihm trotz Verfümung der Frist während der ganzen Verjährungszeit vorbehalten, muß aber alsdann von ihm im Prozeßwege gegen denjenigen, welchem das Gericht die Verlassenschaft eingewantwortet hat, geltend gemacht werden<sup>1)</sup>.

Die Erklärung, daß man die angefallene Erbschaft annehme, antrete, heißt Erbschaftserklärung<sup>2)</sup> (§§ 799, 800 ABGB.; § 121 AusstreitG.). Das Gesetz — und zwar sowohl das ABGB. (§ 799), als auch das AusstreitG. — erwähnt nur die ausdrückliche, dem Gerichte gegenüber<sup>3)</sup> abgegebene mündliche (§ 116 AusstreitG.) oder schriftliche<sup>4)</sup> (§§ 115, 117, 122<sup>5)</sup> Aus-

streitG.) notwendig befunden worden wäre, im Falle eines Säumnisses bei der Bestimmung einer neuerlichen Tagfagung oder Frist ausdrücklich zu erinnern. — Die Vertreter minderjähriger oder unter Kuratel stehender Erben sind nötigenfalls durch angemessene Zwangsmittel anzuhalten, die Erbschaft anzutreten oder die erforderliche Genehmigung der Vormundschaftsbehörde zur Ausschlagung derselben beizubringen“ (§ 120 AusstreitG.).

<sup>1)</sup> So auch Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung 121 ff.; ders. 6, 149 und Anm. 16 auf S. 152; Randa, Erwerb der Erbschaft 24; Menzel, Aufsechtungsrecht 73 f.; Krásnopolski, Studien zum Gesetze über die Aufsechtung von Rechtsabhandlungen zahlungsunfähiger Schuldner, in Grünhutsz. 15, 111 f.; Stubenrauch 1, 976 und Note 2; Höfer, § 822 ABGB., in Notz. 1905, S. 286; Touaillon, Von der Erbschaftserklärung zum Erbschaftsstreite, in OstzBl. 26, 371 f.; Steinlechner, Über das sogenannte „relativ bessere Recht“, in Notz. 1910, S. 118; Kintelen, Das österröische Konkursrecht 176 (Note 2); Anders 57. Der OGH. ist von dieser herrschenden Lehre in zweifacher Richtung abgewichen. Er hat einerseits die vorläufige Unterlassung der Erbschaftserklärung trotz individueller abhandlungsgerichtlicher Aufsechtung während der Dauer der Verlassenschaftsabhandlung — und zwar selbst in einem Falle, in welchem sich der Erbe bei seiner Weigerung, die Erbschaftserklärung zu überreichen, seine Rechte für den Fall, daß die Erbschaft anderen eingewantwortet werden würde, ausdrücklich vorbehalten (GlM. 1403) — als stillschweigende Ausschlagung der Erbschaft erklärt (GlM. 7376) (für diese Ansicht auch Hanke, Über die Rechtsfolgen der veräußerten Einbringung der Erbschaftserklärung, in Notz. 1890, Nr. 52; gegen ihn Balthinester, in Notz. 1891, Nr. 1; Replik von Hanke, in Notz. 1891, Nr. 6), andererseits die Annahme einer auch nach Ablauf der Frist, wenn nur vor der Einantwortung — mag auch die Einantwortungsurkunde schon entworfen, aber dem Erben noch nicht ausgefolgt worden sein — eingebrachten Erbschaftserklärung für zulässig befunden (GlM. 8129, 15280, 15388, 16095). Krauz begnügt sich (2, 670 f.) damit, die verschiedenen Anschauungen der Theorie und der Praxis einfach zu registrieren, schließt sich aber (2, 680) insofern der Anschauung des OGH. an, als er der absichtlichen Unterlassung der Erbschaftserklärung die gleiche Wirkung zuerkennt, wie der Ausschlagung der Erbschaft.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu auch Touaillon, Von der Erbschaftserklärung zum Erbschaftsstreite, in OstzBl. 26, S. 361 ff., 783 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. auch § 116, al. 2 AusstreitG.; und hiezu GlM. 10298 (Die dem Notar als Gerichtskommissär gegenüber abgegebene Erbschaftserklärung ist vom Gerichte anzunehmen).

<sup>4)</sup> Nur eine solche kennt Bossius, Legum et consuetudinum Austriacarum cum jure Romano collatio 424.

<sup>5)</sup> § 122 AusstreitG.: „Jede Erbschaftserklärung muß von dem Erben oder dessen ausgewiesenen Vertreter eigenhändig unterschrieben werden. Befindet sich der Erbe außer dem Kronlande, worin das Gericht seinen Sitz hat, so muß die Unterschrift gerichtlich oder durch einen öffentlichen Notar beglaubigt sein. Jede in der vorgeschriebenen Form ausgesetzte Erbschaftserklärung ist von dem Gerichte anzunehmen, und bei den Abhandlungsakten aufzubewahren. Der Beweis des Erbschaftstitels kann auch nachträglich beigebracht werden. Am jedoch die in den §§ 810 und 819 ABGB. er-

streitG.) Erbschaftserklärung. Jedenfalls gibt es also — und zwar auch nach der Einantwortung — keine außergerichtliche oder gar stillschweigende Erbschaftserklärung<sup>1)</sup>. Aber auch die von manchen<sup>2)</sup> vertretene Meinung, daß die Anstellung der Erbschaftsklage nach § 823 der gerichtlichen Erbschaftserklärung gleich stehe<sup>3)</sup> ist irrig, und es ist daher im Hinblick auf die klaren Bestimmungen der §§ 799 und 800 ABGB., sowie des § 121 AusstreitG. auch nach Durchführung der Erbschaftsklage eine ausdrückliche, dem Gerichte gegenüber abgegebene Erbschaftserklärung als erforderlich anzusehen<sup>4)</sup>.

Die Erbschaftserklärung muß die Angabe des Titels zum Erbrechte<sup>5)</sup>, sowie die ausdrückliche Erklärung, ob die Erbschaft unbedingt oder mit der Rechtswohltat des Inventariums angetreten wird<sup>6)</sup>, enthalten<sup>7)</sup> (§§ 799, 800 ABGB.).

Fähig und berechtigt, eine Erbschaft anzutreten, ist jeder, der seine Rechte selbst verwalten kann (§ 805 ABGB.). Bevollmächtigte bedürfen zur unbedingten Erbschaftserklärung einer besonderen, auf die spezielle Erbschaft lautenden Vollmacht (§ 1008 AusstreitG.)<sup>8)</sup>. Minderjährige und Pflege-

wählten gerichtlichen Verfügungen zu erwirken, muß der Erbe sein Erbrecht gehörig anzuweisen, wozu ihm die erforderliche Anweisung zu erteilen ist.“

<sup>1)</sup> Für die Zulässigkeit außergerichtlicher, auch stillschweigender Erbschaftserklärungen und über deren Wirkungen vgl. u. a. Unger 6, 149 und Anm. 12 auf S. 151 („Die Gerichtlichkeit der Erbschaftserklärung ist an sich nicht zum Erwerbe des Erbfolgerechts, sondern nur zum Erwerbe des Erbschaftsbesitzes erforderlich“); Anonymus, Zur Lehre vom Erwerbe der Erbschaft und des Vermächtnisses, in Grünhutsz. 14, 144 f.; Meißels, Zur Lehre vom Verzicht, in Grünhutsz. 19, 50 f. (Note 124); Randa, Erwerb der Erbschaft 30; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 1, 433 f. und die dort in Note 1 auf S. 434 angeführte Literatur; Wroblewski, Separatio honorum und Sicherstellung der Erben gläubiger in OstzBl. 23, 364; Anders 55. Dagegen mit besonderem Nachdruck für die Ansicht des Textes Touaillon, a. a. O. 362 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. die in der vorigen Note als Gegner der im Texte vertretenen Ansicht Angeführten.

<sup>3)</sup> Für diese Ansicht auch GlM. 334.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu weiter unten S. 335 f. und die Noten auf S. 335 f. dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Gegen dieses Erfordernis Touaillon, a. a. O. 784 ff. — Vgl. hier auch GlM. 3035 (Die Erbschaftserklärung „aus dem Gesetze“ ohne jede tatsächliche Angabe ist zurückzuweisen); ferner GlM. 3504, 9249 und 11263 (Zulässigkeit einer Erbschaftserklärung ex testamento oder aus einem Erbvertrage, eventuell [für den Fall, daß Vertrag oder Testament als ungültig oder letzteres nur als Robizill sich erweisen sollte] ex lege); sowie GlM. 2883 (Neben der Erbschaftserklärung aus dem Gesetze ist eine solche derselben Person ex testamento für den Fall, als das vorhandene Robizill sich als Testament erweisen sollte, anzunehmen); endlich GlM. 11666 (Zulässigkeit einer Erbschaftserklärung teils ex testamento, teils ex lege ohne Bezeichnung der Quoten).

<sup>6)</sup> Vgl. GlM. 5005 (Einantwortung auf Grund einer Erbschaftserklärung ohne die Angabe, ob die Erbschaft bedingt oder unbedingt angetreten wird, ist ungültig).

<sup>7)</sup> Touaillon, a. a. O. 380 ff. behauptet, daß die Erbschaftserklärung auch die Angabe, ob das Alleinerbrecht oder bloß das Erbrecht eines aliquoten Teiles, und im letzteren Falle, welcher Teil in Anspruch genommen wird, enthalten müsse. Anders u. a. Stubenrauch 1, 976; Anders 56; und die Praxis.

<sup>8)</sup> So auch Krauz 2, 675. Anders Stubenrauch 1, 986 und GlM. 6322: Eine Vollmacht zur unbedingten Antretung von Erbschaften ohne Bezeichnung der konkreten Erbschaft genügt. Vgl. hiezu überhaupt S. 354 f. im III. Bande dieses Lehrbuchs.

befohlene werden durch ihre gesetzlichen Vertreter (Vater, Vormund oder Kurator<sup>1)</sup>) vertreten, welche zur unbedingten Erbszerklärung der vormundschafts- oder kuratelbehördlichen Genehmigung bedürfen (§§ 233, 805 ABGB.<sup>2)</sup>). Für Kridatare kann eine Verlassenschaft nur mit Vorbehalt des Inventars von der Gläubigerschaft namens des Kridatars angetreten werden (§ 4 RD.<sup>3)</sup>).

Für einen Verschollenen kann die Erbschaft von dessen Kurator angetreten werden. Ist nämlich dem Gerichte die Person des Erben<sup>4)</sup> zwar bekannt<sup>5)</sup>, dessen Aufenthalt aber unbekannt<sup>6)</sup>, so ist für ihn ein Kurator (curator heredis) zu bestellen<sup>7)</sup>, welchem, wenn Aussicht vorhanden ist, den Abwesenden ausforschen und ihn von dem Erbanfalle verständigen zu können, eine angemessene Frist hiezu bestimmt werden kann. Bleiben nun die Versuche zur Ausforschung des Abwesenden fruchtlos, oder läßt sich diese nicht erwarten, so hat das Gericht auf Antrag des Kurators, welchem hierin keine Zögerung zu gestatten ist, den Abwesenden durch ein auf ein Jahr gestelltes Edikt<sup>8)</sup> von dem Erbanfalle mit dem Befehle in

<sup>1)</sup> Vgl. die in Note 2 auf S. 251 im IV. Bande dieses Lehrbuchs zitierten, einander widersprechenden Entscheidungen Oll. 13091 (Legitimation des im Testamente der Mutter von der Verwaltung des den Kindern zugewendeten Nachlasses ausgeschlossenen Vaters zur Erbszerklärung namens der Kinder) und Oll. 14839 (Wurde der Vater im Testamente von der Verwaltung des dem Kinde zugewendeten Vermögens ausgeschlossen, und gleichzeitig zu dieser Verwaltung ein Kurator bestellt, so ist dieser und nicht der Vater zur Erbszerklärung bezüglich der dem Kinde angefallenen Erbschaft legitimiert). Zustimmung zu der zweitgenannten Entscheidung Fried, Kontroverse Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes, in Notz. 1908, 365 f.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu Kl., Etwas über Formalismus im Rechte, als Beitrag zur Lehre des § 805 ABGB., in Notz. 1885, Nr. 40.

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu Unger 6, Anm. 7 auf S. 151; Steinlechner a. a. O. 1, 387 und Note 2; Stubenrauch 1, 986 und die in Note 1 Angeführten; Hintelen, Das österreichische Konkursrecht S. 163 und Note 1, 167 f.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu Oll. 4775 (Auf den Fall, daß ein im Testamente von der Nachfolge ausgeschlossenes Kind unbekanntem Aufenthaltes ist, ist § 131 nicht anwendbar. Das Abhandlungsgericht hat sich zwar die Wahrung der Rechte des abwesenden Noterben angelegen sein zu lassen und auch mit der Einantwortung nicht vor Feststellung und Sicherung dieser Rechte vorzugehen. Der hiebei einzuhaltende Vorgang ist aber nicht in §§ 131 f. AusstreitG., sondern in den §§ 269, 270, 276, 775, 783—789 ABGB. und in § 162 AusstreitG. geregelt).

<sup>5)</sup> Ist dem Gerichte auch die Person des Erben unbekannt, so greift das Ediktverfahren gemäß §§ 128, 129 AusstreitG. Platz. Vgl. hierüber weiter oben S. 203 dieses Bandes.

<sup>6)</sup> Vgl. Oll. 9589 (Nur wenn eine bestimmte Person unbekanntem Aufenthaltes den Erblasser überlebt, ist nach § 131 AusstreitG. vorzugehen; ist dem Gerichte aber unbekannt, ob ein solcher Erbe vorhanden sei, nach § 128 AusstreitG.).

<sup>7)</sup> Vgl. C. OGH. v. 21. XI. 1911, R. V. 1627/10 (Unzulässigkeit der Bestellung eines Kurators für die etwaigen gesetzlichen Erben bei Vorhandensein von Testamentserben).

<sup>8)</sup> Vgl. hiezu § 132 AusstreitG.: „Die infolge der §§ 128 und 131 auszufertigenden Edikte sind bei Gericht anzuschlagen und dreimal den zu öffentlichen Kundmachungen in dem Kronlande bestimmten Zeitungsblättern einzuschalten, nach Umständen aber auch in anderen Kronländern und selbst im Auslande durch die Zeitungsblätter bekannt zu machen. — Wenn zu gleicher Zeit mehrere Fälle dieser Art vorkommen, so kann für mehrere Verlassenschaften ein einziges Edikt ausfertigt werden.“

Kenntnis zu setzen, daß die Erbschaft, wenn er während dieser Zeit weder selbst erscheinen, noch einen Bevollmächtigten bestellen sollte, in seinem Namen vom Kurator angetreten<sup>1)</sup> 2), die Abhandlung gepflogen und der ihm gebührende reine Nachlaß bis zum Beweise des Todes oder der erfolgten Todeserklärung für ihn bei Gericht aufbewahrt werden würde (§ 131 AusstreitG.<sup>3)</sup>).

Jede in der vorgeschriebenen Form ausgestellte, d. i. nach § 799 ABGB. auf einem an sich gültigen Titel beruhende<sup>4)</sup>, nicht aufliegend ungültige Erbszerklärung ist von dem Gerichte anzunehmen<sup>5)</sup> und bei den Abhandlungsakten aufzubewahren (§ 122 AusstreitG.). Der Beweis des Erbrechtstitels kann nachträglich beigebracht werden (§ 122 AusstreitG.<sup>6)</sup>). Diefür kommen auch die Normen der §§ 123 und 124 AusstreitG. in Betracht, welche bestimmen: „Wer nach den bei der Todesfallaufnahme oder deren Ergänzung gemachten unverdächtigen Angaben der Angehörigen, der Hausgenossen oder anderer glaubwürdiger Zeugen als der nächste zur gesetzlichen Erbfolge

Die Einrückungsgebühren sind aus der Verlassenschaft, oder wenn das Edikt nur wegen einzelner Erbteile erlassen wird, aus diesen zu bestreiten.“

<sup>1)</sup> Während der Ediktfrist ist der Kurator zur Abgabe der Erbszerklärung, zur Erstattung der Nachlaßnachweisung oder zur Abgabe eines Verzichtes nicht berechtigt. Vgl. Oll. 10435, 15895; Oll. 4092.

<sup>2)</sup> Zurückzuweisen ist die Erbszerklärung, die ein aus einem anderen Anlasse von einem anderen Gerichte früher bestellter curator absentis für den Erben unbekanntem Aufenthaltes abgibt. Vgl. Louailon, a. a. O. 793; Oll. 965.

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu Oll. 16002 (Im Auslande [Amerika] wohnhafte Erben bekannten Aufenthaltes sind von dem Erbanfall zu verständigen. Die Bestellung von Kuratoren für dieselben ist unstatthaft. Die von dem trotzdem etwa bestellten Kurator überreichte Erbszerklärung ist zurückzuweisen); Oll. 965 (Die von dem ausländischen Abwesenheitskurator eines abwesenden Erben unbekanntem Aufenthaltes eingebrachte Erbszerklärung ist zurückzuweisen, und es ist nach § 131 AusstreitG. vorzugehen).

<sup>4)</sup> Gegen dieses Erfordernis Louailon, a. a. O. 790 ff.

<sup>5)</sup> Vgl. hiezu u. a. Stubenrauch 1, 977 ff.; Louailon, a. a. O. 789 ff. Aus der Praxis des OGH. vgl. hier neben anderen, zum Teile an anderen Stellen des Textes zitierten Entscheidungen, insbesondere: Oll. 5346 und Oll. 4092 (Anzunehmen ist die Erbszerklärung ex lege des durch nähere Erbberechtigte ausgeschlossenen Verwandten); Oll. 9402 (Zurückzuweisen ist die Erbszerklärung ex lege der Seitenverwandten eines per rescriptum principis legitimierten unehelichen Kindes); Oll. 14293 (Zurückzuweisen ist die Erbszerklärung aus einem Testamente, worin eine andere Person zum Erben eingesetzt ist); Oll. 15298 (Zurückzuweisen ist die Erbszerklärung aus dem Gesetze der Verwandten der Mutter eines unehelichen Kindes); Oll. 348, 972 und 2582 (Zurückzuweisen ist die Erbszerklärung aus einer legitimen Verfügung, die sich richtig als Vermächtnisanordnung darstellt); Oll. 1010 (Nach Ungültigerklärung des schriftlichen Testamentes kann eine neue Erbszerklärung auf Grund derselben letztwilligen Anordnung als mündliche abgegeben werden); Oll. 1113 (Zurückzuweisen ist die Erbszerklärung eines angeblichen Rechtsnachfolgers des Intestaterben, wenn der Erbe selbst diese Rechtsabtretung befreit); Oll. 1481 (Anzunehmen ist die Erbszerklärung aus dem Gesetze des die Testamentseigenschaft der vorliegenden letztwilligen Anordnung befreitenden gesetzlichen Erben); Oll. 3069 (Anzunehmen ist die Intestaterbszerklärung der Mutter einer vorherbenomen unehelichen Tochter zum Nachlasse des ehelichen Kindes der letzteren).

<sup>6)</sup> Vgl. Oll. 8658 (Anzunehmen ist die Erbszerklärung auf Grund eines nicht produzierten Erbvertrages); Oll. 10729 (Anzunehmen ist die Erbszerklärung auf Grund eines verloren gegangenen Testamentes).

berufene Verwandte erscheint, oder in einem dem Gehalte und der Form nach vorschriftsmäßig eingerichteten letzten Willen zum Erben eingesetzt ist, wird so lange für den rechtmäßigen Erben gehalten, als dagegen von anderen oder näheren Verwandten kein Widerspruch erhoben oder die Rechtsgültigkeit des Testamentes nicht bestritten wird. — Stützt sich die Erbschaftserklärung auf ein mündlich errichtetes Testament, so ist die Beeidigung der Zeugen, von welchen ein eigenhändig geschriebener Aufsatz darüber vorliegt, oder welche nach der Vorschrift des § 65 zu Protokoll vernommen worden sind, zur Ausweisung des Rechtstitels an sich nicht erforderlich. „Ist die Erbschaft auf Grundlage des Gesetzes abzuhandeln, so bleibt es dem Ermessen des Gerichtes überlassen, wenn das nächste oder ausschließende Erbrecht des angeblichen Erben zweifelhaft ist, die allenfalls mit einem stärkeren oder gleichen Rechte vor oder mit ihm zur Erbfolge berufenen Personen zu vernehmen und nach Umständen, dem § 128 gemäß, durch ein Edikt vorzuladen“<sup>1)</sup>.

Die nächste Wirkung der gerichtlichen Erbschaftserklärung ist die, daß sie unwiderruflich<sup>2)</sup> und insoferne unabänderlich ist, als die unbedingte Erbschaftserklärung nicht mehr in eine bedingte verwandelt werden kann (§ 806 ABGB.). Doch ist es nicht unzulässig, die bedingte Erbschaftserklärung nachher in eine unbedingte zu verwandeln oder nachträglich aus einem anderen Erbrechtstitel die Erbschaft anzutreten, soweit nicht die Bestimmung des § 808 entgegensteht<sup>3)</sup>. Auch schließt die Erbschaftserklärung auf Grund eines Testamentes die Klage auf dessen Ungültigkeitserklärung nicht aus<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. zu der Frage des Erbrechtsausweises u. a. Dr. v. P., Zur Praxis des Nachweises des gesetzlichen Erbrechts, in JBl. 1899, Nr. 28, 29; Stubenrauch 1, 977 und Noten 3, 4 und 5; Krainz 2, 748 f.; Touaillon, Von der Erbschaftserklärung zum Erbschaftsstreite, in OstJBl. 29, 195 ff. — Vgl. auch Oll. 15918 und OllNf. 1499 (Prüfung der Gültigkeit der Erbesetzung ist nicht Sache des Abhandlungsgerichtes). Das äußerlich formgerechte Testament ist zur Grundlage der Abhandlung zu machen; ferner O. OGH. v. 1. VII. 1908, R. I. 360/8, in Notz. 1908, S. 260 f. (Bei dem Testamente eines Kuranden ist der Beweis der Zurechnungsfähigkeit nicht notwendige Voraussetzung des Erbrechtsausweises, sondern nur im Streitfalle zu erbringen. Doch kann der Erbrechtsausweis erst nach Ablauf der den gesetzlichen Erben gesetzten Erklärungsfrist für erbracht erklärt werden) (zu dieser O. vgl. die kritischen Bemerkungen von Albert Ehrenzweig, in Notz. 1909, S. 261 f.).

<sup>2)</sup> Eine Anfechtung der Antretung der Erbschaft wegen Irrtums oder Zwanges ist ausgeschlossen; eine Anfechtung wegen Betruges zulässig. So auch Krainz 2, 670; Anders 57. Nach Pfersche, Die Irrtumslehre des österreichischen Privatrechts 101 f. ist der Antretende von den nachteiligen Folgen einer Erklärung auch zu befreien, wenn diese durch widerrechtliche Drohung erzwungen wurde. Dagegen ist wiederum nach Unger 6, 148 und Stubenrauch 1, 986 (Note 7) auch die Anfechtung wegen Betruges ausgeschlossen.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu weiter unten S. 281 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. Oll. 118. — Vgl. überhaupt zu den die Änderung der Erbschaftserklärung betreffenden Fragen Stubenrauch 1, S. 976 und Note 7, S. 987 und Note 3; Krainz 2, 676 f.; Anders 57; Touaillon, in OstJBl. 26, 786 ff.; ferner die in Note 5 auf S. 265 dieses Bandes erzipierten Entscheidungen Oll. 2883, 3504, 9294 und 11263 und die in Note 5 auf S. 267 erzipierte Entscheidung OllNf. 1010.

Über weitere Wirkungen der Erbschaftserklärung in bezug auf die Stellung des Erben vgl. weiter oben die Ausführungen über die angetretene Erbschaft im § 6 dieses Bandes.

Die Gläubiger des Erben<sup>1) 2)</sup> können zwar im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung<sup>3)</sup>, und zwar auch vor der Erbschaftserklärung<sup>4)</sup>, auf das angefallene<sup>5) 6)</sup> Erbgut, d. h. auf die einzelnen Erbschaftsachen<sup>7)</sup> — nicht aber

<sup>1)</sup> Über deren Rechte vgl. u. a. Unger 6, 165 und Anm. 19 auf S. 173; Stubenrauch 1, 1004 ff.; Krainz 2, 738 ff.; Anders 63 f.; ferner Dfner, Zu § 822 ABGB., in Gerh. 1878, Nr. 47, 48; Leipen, Die hypothekarische Sicherstellung des Erbengläubigers gemäß § 822, in OstJBl. 1, 832 ff.; Ehrenzweig, Das Pfandrecht am Erbgute, in OstJBl. 1893, Nr. 24, 25; Hofer, § 822 ABGB., in Notz. 1905, Nr. 32—33; Wroblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbengläubiger, in OstJBl. 23, S. 257 ff., 360 ff.

<sup>2)</sup> Nach Wroblewski, a. a. O. 265 und OllNf. 1014 auch das Arrar hinsichtlich seiner Forderung auf die Übertragungsgebühr. Anders Stubenrauch 1, 1004 (Note 5) und Oll. 12407, nach denen das Gebührenarr gemäß § 72 GebG. in diesem Falle unbeschränkte Exekution auf den Nachlaß führen kann.

<sup>3)</sup> Nach der Einantwortung — auch nach der Überlassung einzelner Nachlassgegenstände an den Erben gemäß § 145, Abs. 2 AusstreitG. bezüglich der betreffenden Objekte (so auch Ehrenzweig, a. a. O. 204; Wroblewski, a. a. O. 262; Stubenrauch 1, 1006 [Note 1]; Krainz 2, 740; Anders 63; Schiffner, Die Erbrechtsreform usw. 83) — ist im allgemeinen § 822 unanwendbar. Eine Ausnahme ergibt sich nur bezüglich der bürgerlichen Nachlassobjekte insoferne, als auf sie die Erbengläubiger auch nach erfolgter Einantwortung der Erbschaft bis zur Inhabitation des Erben Pfandrechte nur mit der Beschränkung des § 822 erwerben können. So auch Burckhard, System 3, 421 und die in Note 26 Zitierten; Em. Adler, Das Publizitätsprinzip im österreichischen Tabularrechte 65 (Note 4); Hofer, a. a. O. 227 f.; Krainz 2, 740; Anders 63; Oll. 4030, 11622. U. M. Kanda, Erwerb der Erbschaft 33 (Note \*\*); Wroblewski, a. a. O. 266.

<sup>4)</sup> Vgl. auch Ehrenzweig, a. a. O. 201; Stubenrauch 1, 1005; Hofer, a. a. O. 252; Wroblewski, a. a. O. 266 f.; Krainz 2, 740; Anders 63; Oll. 3820, 4986, 5345, 10073.

<sup>5)</sup> Infolgedessen kann von den Gläubigern eines unter einer suspensiven Bedingung berufenen Erben vor der Erfüllung der Bedingung auch mit der Beschränkung des § 822 kein Pfandrecht an den Nachlassobjekten erworben werden. So auch Ehrenzweig, a. a. O. 201. Vgl. auch Hofer, a. a. O. S. 252, 260. U. M. Stubenrauch 1, S. 1004 f. und Note 1 auf S. 1005 und S. 816 und Noten 3 und 4, sowie Wroblewski, a. a. O. 266 ff., die § 822 ausdehnend interpretieren und den Erwerb eines Pfandrechtes mit der Beschränkung des § 822 auch schon pendente condicione für zulässig erklären. Hierbei macht Wroblewski die Einschränkung, daß die während des Schwebezustandes erworbenen Pfandrechte als im Range gleichstehend betrachtet werden müssen.

<sup>6)</sup> Den Erbanfall an den Schuldner hat der Gläubiger zu bescheinigen. Vgl. Burckhard, System 3, 421; Tilly, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 190; Oll. 7527, 8713 und 11242 (Zum Returke gegen die Bewilligung einer Vormerkung des Gläubigers des Erben nach § 822 auf eine zugunsten des Erblassers haftende Sachpost ist der Eigentümer des Hypothekargutes legitimiert).

<sup>7)</sup> Sind mehrere Erben vorhanden, so ist für den Gläubiger eines der Erben der Erwerb des Pfandrechtes gemäß § 822 an einem Bruchteile jedes Nachlasswertes nach Maßgabe des dem Schuldner angefallenen Erbteiles trotz § 13 GBG. zulässig (so auch Nowotny, Über das Verhältnis des § 145 AusstreitG. zu § 822 ABGB. und dieser beiden Gesetzesstellen zu § 13 GBG., in Notz. 1887, 281; Dfner, Zur Auslegung des § 822 ABGB., in Notz. 1887, 304; Stubenrauch 1, 1005 [Note 5]; Wiach, Zum § 822 ABGB., in OstJBl. 1904, 101; Krainz 2, 741 und Note 20; Anders 63 f.; OllNf. 51) und wohl auch allein möglich (so auch OllNf. 1475; O. OGH. v. 10. VII. 1908, R. I. 268/8—1, in Gerh. 52, S. 664 ff.; dagegen Stubenrauch 1.



auf das Erbrecht als Ganzes (HfD. v. 3. VI. 1846 [JGE. 968])<sup>1)</sup> — für ihre Forderungen „Verbot, Pfändung oder Vormerkung“, wie § 822 sagt, aber auch die Einverleibung des exekutiven Pfandrechtes<sup>2)</sup> — sowie unter Erlag des Reinertrages, beziehungsweise der eingezogenen Beträge zu Gericht (§ 374, Abs. 4 G.D.) die Zwangsverwaltung<sup>3)</sup> und die Überweisung einer Forderung zur Einziehung<sup>4)</sup> erwirken, allein diese Sicherstellung wird ihnen gemäß § 822 nur mit dem ausdrücklichen Vorbehalte bewilligt, daß sie

a) „den bei der Abhandlung der Verlassenschaft (nicht aber den erst später vorkommenden, d. i. nach der Einantwortung sichergestellten<sup>5)</sup>) An-

1005 [Note 5]). — Dagegen ist die Eintragung des Pfandrechtes gemäß § 822 auf den dem Schuldner bei der Erbteilung zugewiesenen (noch nicht bürgerlich abgetrennten) physischen Teil eines Grundbuchkörpers unzulässig. So auch Wiach, a. a. O. 101; Krainz 2, 741 (Note 20).

<sup>1)</sup> Darüber, daß das HfD. v. 3. VI. 1846 (JGE. 968) im Hinblick auf Art. VII GG. auch jetzt noch gilt, vgl. statt aller Stubenrauch 1, 1005 (Note 2); Hofer, a. a. O. 277. — In analoger Anwendung des HfD. v. 3. VI. 1846 (JGE. 968) ist auch die vertragsmäßige Verpfändung der Erbschaft als Ganzes als unzulässig anzusehen. Vgl. GMMZ. 4635.

<sup>2)</sup> Auch der Erbteil eines Miterben darf nicht gepfändet werden. So auch u. a. Krainz 2, 739 (Note 3); Anders 63; Gll. 5497; GMMZ. 585, 1431, 1741. Von diesem Erbrechte unterscheidet Dhmejer, Die Exekution auf Anteilsrechte, in OStMGZ. 1901, Nr. 23 den Anspruch des Miterben auf Ausfolgung des ihm gebührenden Anteils am Nachlaßvermögen (actio familiae erciscundae) und unterwirft diesen der Exekution. Das ist aber abzulehnen, da die Untercheidung Dhmejers unberechtigt ist. Wie Dhmejer, auch Stubenrauch 1, 1005 (Note 2). Gegen diese Ansicht Wroblewski, a. a. O. 268 ff.; Krainz 2, 739 (Note 3).

<sup>3)</sup> So auch Goldschmidt, in Prager JurMitt. 1880, 167 ff.; Ofner, in Notz. 1887, 304; Ehrenzweig, a. a. O. 203 und Note 71; Némethy, in JBl. 1896, 279; Tilich, a. a. O. 190; Stubenrauch 1, 1008 und Note 1; Krainz 2, 740; Anders 63; Gll. 2406, 3558, 8088, 8189, 12301, 14256; GMMZ. 51. U. M. Burckhard, a. a. O. 3, 420 und Note 20; Kowotny, in Notz. 1887, 281.

<sup>4)</sup> So auch Swoboda, Erörterung praktischer Rechtsfragen 72 ff.; Ehrenzweig, a. a. O. 203 und Note 70; Dhmejer, a. a. O. 183; Tilich, a. a. O. 190; Stubenrauch 1, 1008 und Note 2; Krainz 2, 740 und Note 12; Anders 63; Gll. 2578, 3553, 8467, 8534, 14076, 15354 (ZubB. 128). U. M. Wroblewski, a. a. O. 262; Gll. 3253, 10059, 12747.

<sup>5)</sup> So auch Dhmejer, a. a. O. 183; Tilich, a. a. O. 190; Stubenrauch 1, 1008 (Note 4); Krainz 2, 740; Anders 63. U. M. Wroblewski, a. a. O. 261 f. Nicht im Widerspruch mit der im Texte vertretenen Ansicht steht GMMZ. 3689, da in dieser Entscheidung die angesuchte Überweisung einer dem Erben angefallenen Forderung nur deshalb verweigert wurde, weil in concreto die begehrte Überweisung dem OGH. zwecklos erschien. Es handelte sich nämlich um ein für den Erblasser in der kumulativen Waisenkasse erliegendes Kapital, bezüglich dessen der vor der Einantwortung allein erreichbare Erfolg des Erlags zu Gerichtshänden bereits durch die bewilligte und vollzogene Pfändung erzielt war.

<sup>6)</sup> So auch Leipen, a. a. O. 349; Burckhard, a. a. O. 3, 421 (Note 27). („Nicht genügend ist, daß ein Erbschaftsgläubiger bei der Abhandlung seine Ansprüche anmeldete; falls er nicht selbst eine Pfandrechteintragung auf Grund vom Erblasser ausgestellter Urkunden oder der abhandlungsbehördlich genehmigten Erklärung des Erben erwirkte, wird auch ihm gegenüber die Vormerkung des Erbschaftsgläubigers mit der Einantwortung wirksam und hat daher den Vorrang vor einer erst später erfolgten Eintragung seines Pfandrechtes“); Stubenrauch 1, 1006 f. und Note 5; Hofer, a. a. O. 295; Wroblewski, a. a. O. 264; Krainz 2, 741; Anders 63; Gll. 7822. Anders Gll. 7620.

sprüchen“<sup>1)</sup>, scil. der Erbschaftsgläubiger, Noterben, Legatäre<sup>2)</sup> oder der zur Nachfolge in das betreffende Objekt mortis causa ausschließlich berechtigten Erben unmaßteilig und

b) erst von der Zeit der erlangten Einantwortung<sup>3)</sup> wirksam sein soll (§ 822)<sup>4)</sup>.

ad a) Die Bedeutung dieser Beschränkung ist eine verschiedene gegenüber jenen bei der Verlassenschaftsabhandlung vorkommenden Ansprüchen, die das Eigentum, und jenen gegenüber, die ein anderes dingliches Recht (Pfandrecht, Servitut, Reallast) an dem betreffenden Erbgute zum Inhalte haben. Letzteren gegenüber bewirkt dieser Vorbehalt nur eine Modifikation der Rangordnung; d. h. die erworbenen Sicherstellungen stehen den Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger, Noterben und Legatäre<sup>5)</sup> nach<sup>6)</sup>. Zeigt sich aber bei der Verlassenschaftsabhandlung, daß das betreffende Gut gar nicht demjenigen Erben, gegen welchen die Sicherstellung erwirkt wurde, sondern einem anderem Erben<sup>7)</sup> oder Legatar<sup>8)</sup> vom Erblasser letztwillig be-

<sup>1)</sup> Wroblewski, a. a. O. 263 ff. behauptet, daß lediglich der Anspruch auf Absonderung nach § 812 als ein bei der Abhandlung der Verlassenschaft vorkommender in Betracht kommen könne, so daß nur jener Erbschaftsgläubiger, Noterbe oder Legatar, der die Separation erwirkt hat, den Erbschaftsgläubigern gegenüber vollkommen sicher sei. Vgl. auch schon Burckhard, a. a. O. 3, 420.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu Hofer, a. a. O. 294.

<sup>3)</sup> Der Einantwortung steht die Überlassung einzelner Nachlaßgegenstände an den Erben gemäß § 145, Abs. 2 AustrEitG. bezüglich der betreffenden Objekte gleich. Vgl. hiezu Note 3 auf S. 269 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Die den Gläubigern der Erben durch § 822 eingeräumte Befugnis erhebt der RevEntw. durch andere Sicherungsmittel. Hierüber enthält der RevEntw. folgende Bestimmungen: § 143: „§ 822 ABGB. hat zu lauten: Vor der Einantwortung können Gläubiger des Erben nur auf die einzelnen Bestandteile des Nachlasses Exekution führen, über welche dem Erben vom Nachlaßgerichte die freie Verfügung überlassen worden ist.“ — § 144: „Den Gläubigern des Erben, die unter Bescheinigung ihrer Forderung noch vor der Einantwortung dies begehrte haben, ist eine Abschrift des Beschlusses, mit dem das Nachlaßgericht dem Erben die freie Verfügung über einzelne Nachlaßbestandteile eingeräumt hat, und eine Abschrift der Einantwortungsurkunde zuzustellen. Die Zustellung ist gleichzeitig mit der Zustellung dieses Beschlusses an die Erben vorzunehmen.“ — § 145: „Zur Sicherung von Forderungen gegen einen Erben können bei Vorhandensein der im § 379, Abs. 2 G.D. angegebenen Voraussetzungen zugunsten der Gläubiger des Erben in Ansehung des ihm angefallenen Erbgesetzes vor der Einantwortung einstweilige Verfügungen getroffen werden. Je nach dem zu erreichenden Zwecke können mittels der einstweiligen Verfügung die notwendigen Sicherungsmittel (§§ 379 und 382 G.D.) angeordnet werden.“

<sup>5)</sup> Vgl. Gll. 9784 (Vorrang des später eingetragenen Pfandrechtes eines Legatars vor dem von einem Gläubiger des Erben nach § 822 erwirkten).

<sup>6)</sup> So auch Stubenrauch 1, 1007; Hofer a. a. O. 294; Krainz 2, 741; Anders 63. Dagegen behauptet auf dem Boden seiner oben (Note 1 auf dieser Seite) dargestellten Ansicht Wroblewski, a. a. O. 271, daß in der Regel, wenn vom Separationsrechte niemand Gebrauch gemacht hat, der Erbschaftsgläubiger Priorität nach dem Zeitpunkte der Handlung, durch welche sein Pfandrecht begründet wurde, habe, und zwar ohne Rücksicht darauf, daß auch Erbschaftsgläubiger an demselben Gegenstande vor der Einantwortung Pfandrechte erwirkt haben.

<sup>7)</sup> Durch die letztwillige Anordnung einer bestimmten Erbteilung. Vgl. Wroblewski, a. a. O. 275.

<sup>8)</sup> Der Anspruch eines mit einem Geldlegate bedachten Vermächtnisnehmers kann hier natürlich nicht in Betracht kommen. Vgl. GMMZ. 4634.



stimmt oder bereits vom Erblaffer veräußert war, oder daß derjenige, gegen welchen die Sicherstellung erwirkt wurde, gar nicht Erbe ist oder wird<sup>1)</sup>, so ist die Sicherstellung ungültig<sup>2)</sup>. Hat der Erbe die Erbschaft angetreten, so kann eine von ihm im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung vorgenommene Disposition, z. B. die Veräußerung des Objektes<sup>3)</sup> oder der Erbschaft<sup>4)</sup> oder eine vorgenommene Erbteilung<sup>5)</sup> 6), seinem bereits sichergestellten Gläubiger nicht nachteilig sein.

<sup>1)</sup> Vgl. Chrenzwieg, a. a. D. 201 („Wenn also der Delat die Erbschaft ausschlägt oder niemals antritt, so entsteht auch das Pfandrecht nicht“); Hofer, a. a. D. 286; und schon Ritta, Rechtsfall zur Erläuterung der §§ 551, 805 und 822 ABGB, in WagnersZ. 1847, II, 265 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu Wroblewski, a. a. D. 360 f. Vgl. ferner GMR. 1905 (Unwirksamkeit der exekutiven Pfandrechteinverleibung nach § 822 gegen den im Testamente übergangenen Noterben im Falle der Einantwortung der gepfändeten Nachlassobjekte an den Testamentserben) und GMR. 4844 (Löschung der von einem Erbengläubigen nach § 822 ABGB. gegen einen Miterben erwirkten Pfandrechteinverleibung an einer Nachlassrealität im Falle der Einantwortung des ganzen Nachlasses an einen anderen Erben).

<sup>3)</sup> Gleicher Meinung Leipen, a. a. D. 350; Chrenzwieg, a. a. D. 204 (Note 75), der aber insofern irrt, als er annimmt, daß das Pfandrecht des Erbengläubigers von der Beschränkung des § 822 sofort mit der Veräußerung befreit wird, während die Vollwirksamkeit des Pfandrechts nach richtiger Ansicht erst mit der Einantwortung der Erbschaft an den Schuldner eintritt; Hofer, a. a. D. 286; Wroblewski, a. a. D. S. 273, 277; Krainz 2, 741 (Note 16); Gll. 8706 (Der zur Zeit der Pfandrechteintragung gemäß § 822 bücherlich noch nicht eingetragene Erwerber der Nachlassrealität kann nicht nach erwirkter Einverleibung seines Eigentumsrechtes die Löschung der Pfandrechtsvormerkung begehren); GMR. 1868 (Die freihändige Veräußerung von Nachlassgegenständen ist trotz deren Pfändung durch Gläubiger des Erben [gemäß § 822] zulässig. Doch ist bei dem gerichtlich zu erlegenden Erlöse der veräußerten Nachlassgegenstände das auf ihnen für die Forderung des Erbengläubigers unter der Beschränkung des § 822 bereits haftende Pfandrecht depositenamtlich vorzumerken). U. M. — d. h. für die Frustrierung der seitens des Erbengläubigers geführten Exekution durch die Veräußerung des Objektes — Ohmeyer, a. a. D. 183 und Noten 41 und 42; Stubenrauch 1, 1007 und Note 5; Gll. 12981 (Im Falle freiwilliger gerichtlicher Feilbietung des Erbgesetzes [vor der Einantwortung des Nachlasses] kann die Löschung des mit der Beschränkung des § 822 eingetragenen Pfandrechts begehrt werden).

<sup>4)</sup> So auch Leipen, a. a. D. 350 ff.; Chrenzwieg, a. a. D. 20 f.; Stubenrauch 1, 1007 und Note 2; Wroblewski, a. a. D. S. 273 f., 276 f.; Krainz 2, 741. Die Praxis des OGH. (zustimmend Wroblewski, a. a. D. 276) geht aber meistens weiter und erklärt die gemäß § 822 erwirkte Sicherstellung gegenüber dem Erbschaftskäufer auch dann für wirksam, wenn die Veräußerung der Erbschaft vor der erwirkten Sicherstellung erfolgt war. So Gll. 2633, 6388, 8706, 9058, 12213; auch GMR. 1292 (Wirksamkeit der Sicherstellung nach § 822 gegenüber dem später verbücherten Erbschaftskäufer). (Vgl. aber Gll. 10494 [Zulässigkeit der depositenamtlichen Anmerkung der Veräußerung eines Erbschaftsteils während des Erbrechtsstreites mit der Wirkung, daß dadurch die gerichtlich verwahrten Nachlassobjekte der Verfügung des Verkäufers und dem Zugriffe seiner Gläubiger entzogen werden] und OGH. v. 10. VII. 1908, RI. 2688—1, in Gerh. 52, S. 664 ff., in welcher O. der OGH. eine nach erfolgter Fession des Erbteils eines Miterben von dessen Gläubigern vorgenommene Exekution für wirkungslos erklärte). Gegen die in der Praxis herrschende Ansicht mit Recht Chrenzwieg, a. a. D. 202 und Note 56; Stubenrauch 1, 1007; Hofer, a. a. D. 286; Krainz 2, 741, der mit Recht den Zeitpunkt der Bekanntgabe des Kaufes an das Verlassenschaftsgericht für den maßgebenden ansieht.

<sup>5)</sup> So auch Leipen, a. a. D. 351; Chrenzwieg, a. a. D. 202 f.; Ohmeyer, a. a. D. 183; Stubenrauch 1, 1007 und Note 4; Hofer, a. a. D. 286; Wro-

ad a) Infolge dieser Beschränkung müssen die gegen den Erben erwirkten Sicherstellungen so behandelt werden, wie wenn sie erst im Zeitpunkt der erfolgten Einantwortung<sup>1)</sup> angesucht worden wären<sup>2)</sup>. Unter sich genießen aber die erworbenen Pfandrechte die nach der Priorität ihrer Erwerbung ihnen zukommende Rangordnung<sup>3)</sup>. Erst nach der Einantwortung<sup>4)</sup> können weitere Exekutionsschritte<sup>5)</sup> (Zwangsvorsteigerung von Nachlasssachen<sup>6)</sup>, Überweisung von Forderungen an Zahlungsstatt<sup>7)</sup>) von den Gläubigern des Erben erwirkt werden.

Das im § 822 den Gläubigern eines Erben eingeräumte Recht kommt ebenso den Gläubigern eines Legatars bezüglich des Legatsanspruches und des legierten Gegenstandes zu<sup>8)</sup>. Hingegen ist die Frage, ob auch den Gläubigern eines Noterben die den Gläubigern eines Erben im § 822 gewährte Berechtigung zusteht, streitig und wohl zu verneinen<sup>9)</sup>.

blewski, a. a. D. 273 ff.; Krainz 2, 741 f.; Anders 62 f.; Gll. 5108, 8875, 18414. Anders Gll. 2032 und 2707 (Das gemäß § 822 gegen einen Miterben erworbene Pfandrecht wird wirksam nur, falls das Objekt nicht einem anderen Erben eingantwortet wird).

<sup>1)</sup> Ausgenommen den Fall der letztwilligen Anordnung einer bestimmten Erbteilung, durch die das betreffende Objekt einem anderen Erben zugewiesen wird. Vgl. hiezu S. 271 und Note 7 auf S. 271 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Bei einer Veräußerung der Erbschaft im Zeitpunkte der Einantwortung an den Erwerber. Vgl. Wroblewski, a. a. D. 276.

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu Wroblewski, a. a. D. 258 ff., der die Ansicht vertritt, daß auch vor der Einantwortung nicht jede Rechtswirkung ausgeschlossen ist. Die negativen Wirkungen (Verbotswirkungen) der Sicherungs- und Exekutionsmittel treten vielmehr sofort ein. § 822 gibt also „den von den Erbengläubigern erlangten Sicherungs- und Exekutionsmitteln eine sofortige, wenn auch unvollständige, weil lediglich negative Wirksamkeit; . . . Die Einantwortung an den Schuldner führt Vollwirksamkeit herbei und verwandelt die Gläubigerrechte in aktuelle Rechte.“

<sup>4)</sup> So auch Chrenzwieg, a. a. D. 203; Stubenrauch 1, 1007 und Note 1; Krainz 2, 741; Anders 63. Auf dem Boden seiner Ansicht (vergl. die vorige Note) kommt auch Wroblewski, a. a. D. 258 ff. zu dem gleichen Resultate.

<sup>5)</sup> Beziehungsweise nach der Überlassung einzelner Nachlassgegenstände an den Erben gemäß § 145, Abf. 2 AusstreitG. bezüglich der betreffenden Objekte. Vergl. hiezu Note 3 auf S. 269 dieses Bandes.

<sup>6)</sup> Vergl. hiezu im allgemeinen Wroblewski, a. a. D. 261 f.

<sup>7)</sup> So auch Chrenzwieg, a. a. D. 204; Ohmeyer, a. a. D. 183; Stubenrauch 1, 1008 (Note 1); Wroblewski, a. a. D. 261; Krainz 2, 740 (Note 12); Anders 63; Gll. 1791, 3015, 15705. — Auch die Schätzung ist vor der Einantwortung unzulässig. So Leipen, a. a. D. 342; Wroblewski, a. a. D. 261; Gll. 739, 2590, 5497. U. M. Chrenzwieg, a. a. D. 203 f.; Ohmeyer, a. a. D. 183; Stubenrauch 1, 1008 (Note 1); auch Gll. 3015.

<sup>8)</sup> So auch Chrenzwieg, a. a. D. 204; Ohmeyer, a. a. D. 183; Stubenrauch 1, 1008 (Note 4); Wroblewski, a. a. D. 261 f.; Krainz 2, 740 (Note 11); Anders 63; Gll. 12792.

<sup>9)</sup> So auch Burckhard 3, 421; Krainz 2, 739; Gll. 1807 (ZubB. 59), 1820, 2191, 3966, 7688, 7764, 14076; GMR. 1475. Anders Hofer, a. a. D. 259; Wroblewski, a. a. D. 266. Vgl. auch Stubenrauch 1, 1004 (Note 5).

<sup>10)</sup> So auch Stubenrauch 1, 1004 (Note 5); Hofer, a. a. D. 259 f.; Wroblewski, a. a. D. 266; Krainz 2, S. 725, 739; Anders 63; Gll. 432, 5903, 7863, 7865, 13025, 16149; GMR. 1905. Anders Gll. 3253, 8691.

## § 52.

Die Kollision von Erbsklärungen<sup>1)</sup>.

Wenn zu dem nämlichen Nachlasse<sup>2)</sup> mehrere Erbsklärungen angebracht werden, welche miteinander in Widerspruch stehen, d. h. in dem geltend gemachten Umfange nicht nebeneinander Wirksamkeit haben können, so sind zwar alle anzunehmen<sup>3)</sup>, das Gericht hat aber zur Vernehmung der Parteien<sup>4)</sup> eine Tagsetzung anzuordnen<sup>5)</sup> und hierauf zu entscheiden, welcher Teil gegen den anderen als Kläger aufzutreten habe. Zugleich hat das Gericht eine angemessene Frist<sup>6)</sup> zur Anbringung der Klage mit der Sanktion zu bestimmen, daß widrigenfalls ohne Berücksichtigung der auf den Rechtsweg verwiesenen Erbsprüche mit der Verlassenschafts-abhandlung vorgegangen werden würde (§ 125 AusstreitG.)<sup>7)</sup>.

Über die Verteilung der Parteirollen gilt folgendes<sup>8)</sup>: Gegen den

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Unger 6, 228 ff.; Stubenrauch 1, 1009 f.; Krainz 2, 749; Anders 88 f.; ferner Louaillon, Von der Erbsklärung zum Erbschaftstreite, in OstZBl. 26, 971 ff.; 28, 97 ff.; 29, S. 198 ff., 273 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Gll. 7735 (Das Verfahren nach § 125 AusstreitG. ist auf den Anspruch wegen Auscheidung des Substitutionsvermögens aus dem Nachlasse nicht anwendbar).

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 5346.

<sup>4)</sup> Und zwar aller Interessenten, daher auch den etwaigen Substituten. Vgl. Gll. 2233.

<sup>5)</sup> Über die Möglichkeit der Anerkennung des gegnerischen Erbrechts im außerstreitigen Verfahren vgl. Louaillon, in OstZBl. 26, 380 ff.

<sup>6)</sup> Vgl. Gll. 4513 (Unzulässigkeit der Bestimmung eines kalendermäßig fixierten dies ad quem für die Einbringung der Erbrechtsklage, da die im § 125 AusstreitG. vorgesehene angemessene Frist erst von dem nicht im voraus bestimmbareren Zeitpunkt, in welchem die Entscheidung über die Verteilung der Parteirollen Rechtskraft erlangt, zu laufen beginnen kann).

<sup>7)</sup> Nicht anwendbar ist das Verfahren gemäß §§ 125 ff. AusstreitG. auf streitige Legatsansprüche (vgl. Gll. 350, 9713, 9833, 10156, 12873, 14986, 15368, 15502; Gll. 807, 809), auf den Streit über die Frage, ob sich die Legatäre wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses Abzüge gefallen lassen müssen (vgl. Gll. 1599), auf den Streit um die Gültigkeit eines Kodizills (vgl. Gll. 5074, 15933, 16029; Gll. 3106 [von der gleichen Ansicht geht auch Gll. 2393 aus, in welcher Entscheidung aber trotzdem die ihren Anspruch auf ein der Gültigkeit nach bestrittenes Kodizill stützenden Legatäre unter Bestimmung einer Klagefrist und Sistierung der Abhandlung bis zur Entscheidung des Rechtsstreites auf den Rechtsweg gewiesen werden — unter Berufung auf § 2, 3. 7 AusstreitG. —], endlich auf die Kollision zwischen einer Erbsklärung und dem Heimfallsrechte des Fiskus, in welchem Falle das Arr behufs Befreiung des der zu Gericht angenommenen Erbsklärung zugrunde liegenden Erbrechtsmittels gemäß § 2, 3. 7 AusstreitG. — nicht nach § 125 AusstreitG. — auf den Rechtsweg zu verweisen ist (vgl. hiezu Note 3 auf S. 204 dieses Bandes). — Ist über die zwischen den Prätendenten streitige Frage (z. B. über die Auslegung eines Erbverzichts) bereits im offiziellen Wege rechtskräftig entschieden, so ist das Verfahren nach §§ 125 ff. AusstreitG. nicht einzuleiten. So richtig Gll. 857. — Vgl. hier auch Gll. 1730 (Das Verfahren nach §§ 125 ff. AusstreitG. ist einzuleiten, trotzdem einer der Erbsprecher erklärt, nur das Geldäquivalent seines Erbteiles zu beanspruchen).

<sup>8)</sup> Vgl. hiezu u. a. auch Managetta, Praktische Ansichten über die Frage: wer im Erbschaftstreite als Kläger aufzutreten habe? im Jurist 6, 307 ff.; Kaleffa, Zivilrechtsfall in betreff der Frage, wer bei mehreren kollidierenden Erbsklärungen als Kläger aufzutreten habe?, im Jurist 6, 357 ff.

Erben aus einem äußerlich<sup>1)</sup> formgerechten<sup>2)</sup> Erbvertrage, dessen Echtheit nicht, d. h. nicht mit triftigen Gründen<sup>3)</sup>, widersprochen wird, muß als Kläger jeder auftreten, der sein Erbrecht auf eine letzte Willenserklärung oder das Gesetz stützt. Gegen den Erben aus einer äußerlich<sup>4)</sup> formgerechten<sup>5)</sup> und hinsichtlich der Echtheit unbefristeten<sup>6)</sup>, d. h. nicht mit triftigen Gründen befristeten<sup>7)</sup>, letzten Willenserklärung<sup>8)</sup> muß jeder, der sein Erb-

<sup>1)</sup> Mängel der inneren Form kommen hier nicht in Betracht. Vgl. weiter unten Note 4 auf dieser Seite.

<sup>2)</sup> Daher ist bei einer Kollision von Erbsklärungen auf Grund eines gerichtlich (nicht notariell) errichteten Erbvertrages und auf Grund des Gesetzes die Klägerrolle dem Vertragserben zuzuwenden. Vgl. Gll. 10591.

<sup>3)</sup> Bloße Bekretung der Echtheit genügt nicht. Vgl. weiter unten Note 7 auf dieser Seite und Gll. 4230, 7840.

<sup>4)</sup> Mängel der inneren Form kommen hier nicht in Betracht. Daher ist z. B. die Klägerrolle dem gesetzlichen Erben gegen den Testamentserben zuzuteilen, trotz der gegen das Testament erhobenen Einwendung, daß der letzte Wille mündlich durch bloße Bejahung eines gemachten Vorschlages erklärt worden sei (vgl. Gll. 12536), oder daß das Testament keine Erbeseinsetzung enthalte (vgl. Gll. 15169; Gll. 405), oder daß der Erblasser nicht testierfähig gewesen sei (vgl. Gll. 15502), oder daß der sich Erbsklärende mit dem gleichnamigen im Testamente Eingesezten nicht identisch sei (vgl. Gll. 15502). Dagegen ist nach der Ansicht des OGH. dem Testamentserben die Klägerrolle zuzuteilen, wenn der Erblasser unter Wahnsinnskuratel stand (vgl. Gll. 6528; Gll. 3974), oder wenn die Person des sich Erbsklärenden im Testamente nicht für jedermann erkennbar bezeichnet ist (vgl. Gll. 9436).

<sup>5)</sup> Vgl. hiezu schon Sonnleitner, in WagnersZ. 1826, II, 95 f. — Aus der Judikatur des OGH. vgl. außer den in der vorigen Note angeführten Entscheidungen u. a. noch folgende: Dem gesetzlichen Erben ist die Klägerrolle zuzuteilen, gegen den Erben aus einem schriftlichen Testamente, wenn auch mit Weistift die Unterschrift des Testators durchstrichen, und das Wort „ungültig“ beigelegt ist (Gll. 7569), oder wenn sich die Testamentszeugen schlechthin „als Zeugen“ unterfertigt haben (Gll. 12125). Ebenso ist die Klägerrolle dem gesetzlichen Erben zuzuteilen, wenn gegen das Testament die Einwendung, daß die Zeugen des vorliegenden mündlichen Militärtestamentes nicht gehörig rogiert worden seien, erhoben wird (Gll. 2482), oder wenn es fraglich ist, ob die Übereinstimmung der Aussagen der drei Zeugen des mündlichen Testamentes nach Gegenstand und Zeit hinreichend genau, und ob die anscheinend lektwillige Erklärung nicht nur im Scherz oder zum Scheine abgegeben worden ist (Gll. 4344). Dagegen ist die Klägerrolle dem Testamentserben gegen den gesetzlichen Erben zuzuteilen, wenn das schriftliche Testament in Stücke zerrissen und wieder zusammengeklebt worden ist (Gll. 6405) oder wenn das hinst in gehöriger Form errichtete Testament von dem erwiesenen schreibkundigen Erblasser bloß mit dem Handzeichen gefertigt erscheint (E. OGH. v. 30. X. 1888, Z. 12551, in NotZ. 1891, Nr. 20). — Treffend sind die Ausführungen darüber, daß der Begriff der „äußeren Form“ im Verfahren zur Abhandlung des Nachlasses ein anderer sein muß, als der in den §§ 577—600 ABGB. behandelte, in der Begründung der Entscheidung Gll. 1499: Der Verlassenschaftsrichter habe nur zu erwägen, ob der letzte Wille dem Äußeren, das ist seiner sofort erkennbaren Beschaffenheit nach, den Vorschriften des Gesetzes entspreche. Wenn also beispielsweise ein allographes Testament nur von zwei Zeugen unterfertigt sei, so werde es allerdings auch der Verlassenschaftsrichter nicht als gültig hinnehmen können. Dagegen müsse nicht im offiziellen Wege untersucht werden, ob der Erblasser die Urkunde in Gegenwart von wenigstens zwei Zeugen als seinen letzten Willen bestätigt, oder ob er sein Handzeichen in Gegenwart aller drei Zeugen beigelegt habe.

<sup>6)</sup> Zum Begriffe „befristet“, „bestritten“ vgl. Sonnleitner, in WagnersZ. 1826, II, 83 f.

<sup>7)</sup> Bloße Bekretung der Echtheit genügt nicht. Es muß vielmehr der Nachweis der Wahrscheinlichkeit der Unechtheit durch Hinweis auf sichtbare Mängel, welche Grund geben, das Testament für unecht zu halten, durch Schriftenvergleichung oder

recht auf das Gesetz stützt, als Kläger auftreten<sup>1)</sup>. Im Falle des Vorhandenseins mehrerer Testamente von ungleichem Datum<sup>2)</sup> ist dem im älteren Testamente eingesetzten Erben<sup>3)</sup>, und im Falle der Erbszerklärung mehrerer gesetzlicher Erben dem in einer entfernteren Linie Verwandten die Rolle des Klägers zuzuweisen<sup>4)</sup>. Überhaupt ist demjenigen die Klägerrolle zuzuweisen, der, um sein Erbrecht geltend zu machen, den stärkeren Erbrechtstitel seines Gegners erst entkräften muß<sup>5)</sup> (§ 126 AusstreitG.)

Die von dem Kläger<sup>6)</sup> im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung er-

durch andere Indizien hinzutreten. So richtig Raucher, in JBl. 1896, Nr. 40. Stubenrauch 1, 1009 f. (Note 5); Krainz 2, 749 und Note 18; Gl. 2214, 3419, 3848, 4282, 5031, 5970, 8654, 9172; C. OGH. v. 30. X. 1888, 3. 12551, in Notz. 1891, Nr. 20; Gl. 15 222, 15 502, 16 033; Gl. 536, 2210. Anders Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 80 f. (Note 7); Gl. 3333, 3460, 6266.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Gl. 405.

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch Gl. 932 (liegt auf der Seite, welche die Beflagtenrolle erhalten hat, eine fideikommissarische Substitution vor, und haben sich einige der Nacherben erbszerklärt, andere nicht, so ist die Klage neben dem Instituierten auch gegen die Gesamtheit der Nacherben, vertreten durch den Substitutionskurator, und nicht außerdem noch gegen die einzelnen erbszerklärten Nacherben zu richten. Das genügt. Es ist aber weder dem Kläger verwehrt, die erbszerklärten Nacherben persönlich mitzubelangen, noch diesen, sich an dem gegen den Substitutionskurator eingeleiteten Prozesse in gesetzlicher Art zu beteiligen).

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Gl. 934 (Bei Hervorkommen einer zweiten undatierten letztwilligen Erklärung sind vorerst die Interessenten der ersten zu vernehmen, ob sie diese noch als gültig ansehen).

<sup>4)</sup> Auch dann, wenn das spätere Testament betreffs seiner inneren Form angefochten wird (vgl. Gl. 13 156), nicht aber, wenn das ältere Testament vor, das spätere nach der Verhängung der Wahnsinnskuratur errichtet worden ist (vgl. Gl. 3974).

<sup>5)</sup> Vgl. Gl. 443.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu u. a. Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 177, der — m. E. ohne zureichende Begründung — behauptet, daß, wenn zwei Testamente eines Miteraten vorliegen, bei Verteilung der Rollen des Klägers und des Beflagten im Falle widersprechender Erbszerklärungen der Umstand, daß auf einem Testamente das Handzeichen beglaubigt ist, ceteris paribus den Ausschlag geben könnte. — Vgl. hier ferner Gl. 10427 (Bei entgegengesetzter Auslegung desselben Testamentes ist jener Partei, deren Anspruch die Einschränkung des gegnerischen Erbrechts zur Folge hätte, die Klägerrolle zuzuteilen, in concreto den die Erbfolge nach Stämmen beanspruchenden Testamentserben gegen die die Erbfolge nach Köpfen beanspruchenden Miterben); Gl. 116 (Hat der Erblasser seine Verwandten nach Maßgabe der gesetzlichen Erbfolge zu Erben eingesetzt und nach Errichtung des Testamentes seine Nichte adoptiert, so ist bei kollidierenden Erbszerklärungen der voll- und halbblütigen Geschwister des Erblassers einerseits und der Adoptivtochter andererseits dieser letzteren die Klägerrolle zuzuteilen). — Sind mehr als zwei Erbrechtbewerber aus verschiedenen Erbrechtstiteln vorhanden, so muß dafür gesorgt werden, daß zum Zwecke der Abhandlung der Verlassenschaft eine einheitliche alle Parteien umfassende Grundlage geschaffen werde. In dem der Gl. 15 554 zugrundeliegenden Rechtsfall lagen kollidierende Erbszerklärungen aus zwei Testamenten und aus dem Gesetze vor. Der OGH. entschied mit Recht, daß zunächst der Erbe aus dem älteren Testamente gegen den Erben aus dem jüngeren Testamente, und sohin der gesetzliche Erbe gegen den im ersten Streite obliegenden Testamentserben als Kläger aufzutreten habe, und daß für den Fall, daß der Erbe aus dem älteren Testamente binnen der gestellten Frist die Klage nicht überreiche, auf das ältere Testament bei der Abhandlung der Verlassenschaft nicht Bedacht zu nehmen sei.

<sup>7)</sup> Darüber, daß nur der erbszerklärte Erbe zu dieser Klage berechtigt ist, vgl. schon Wagner, in WagnersZ. 1825, II. 63.

hobene Klage ist die Erbrechtsklage<sup>1)</sup>; der Prozeß ist der Erbrechtsprozeß<sup>2)</sup>. Die Klage ist eine reine Präjudizialklage (Feststellungsklage), gerichtet auf Anerkennung des Allein- oder Miterbrechtes des Klägers. Ihr Erfolg ist, daß die Verlassenschaft mit dem Sieger in diesem Prozesse allein oder mitabzuhandeln und ihm einzuantworten ist<sup>3)</sup>. Daher ist, wenn die Klage in der festgesetzten Frist überreicht wird, bis zur Entscheidung des Prozesses mit der Verlassenschaftsabhandlung einzuhalten. Doch steht jedem Teile das Recht zu, einstweilen die gerichtliche Verwaltung des Nachlasses<sup>4)</sup>, also die Aufstellung eines Verwalters (Sequesters) für den Nach-

<sup>1)</sup> Vgl. hier insbesondere auch Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 1, 373 (Note 2); 2, 120; ders., Über das sogenannte „relativ bessere Recht“, in Notz. 1910, S. 118; ferner die Ausführungen über den Inhalt der Erbschaftsklage bei Touaillon, a. a. O., in OstZbl. 24, 97 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch Gl. 3249 (Zulässigkeit der Beweisaufnahme über eine mündliche leghwillige Anordnung durch den Prozeßrichter im Erbrechtsstreit trotz der schon vor dem Abhandlungsrichter erfolgten eiblichen Zeugeneinvernehmung); Gl. 3765 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Im Erbrechtsstreit betreffend die Ungültigkeit eines Testamentes hatte der Intestaterbe A dem Testamentserben B die eibliche Offenbarung des Erbvermögens angeboten, und B hatte sich zur Ablegung dieses Manifestationseides erboten. Daraufhin stellte A im Zuge des Prozesses den Antrag auf Anordnung einer Tagfahrt zur Formulierung und Ablegung dieses Manifestationseides. Dieser Antrag wurde von den Vorinstanzen abgewiesen. Der OGH. hob diese Beschlüsse auf und verordnete dem Abhandlungsrichter nach Rechtskraft der Erledigung des Erbrechtsstreites über den Antrag neuerlich — und zwar bei Obliegen des A — im stattgebenden Sinne zu entscheiden) (vgl. aber zu dieser Entscheidung Schauer, in OstZbl. 1900, Nr. 41; Stubenrauch 1, 980 (Note 2); Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 186; Weinberger, Die Klage auf Ablegung des Manifestationseides im österreichischen Rechte, in GrünhutsZ. 35, 191 f.; ferner Gl. 4693 und C. OGH. v. 16. XI. 1910, R. II 1023/10, in OstZbl. 29, Nr. 193 [erzepiert in Note 2 auf S. 250 dieses Bandes]; dagegen wieder Kraus, Der Manifestationseid im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung, in Notz. 1903, 75 ff.).

<sup>3)</sup> Wirkt ein über die Erbrechtsklage ergangenes Urteil, welches ein Testament für ungültig erklärt, auch gegen die nicht mitgeklagten Legatäre? Mit Recht verneinent Rechtsfall usw., im Jurist 15, 270 ff. (dagegen die Bemerkungen von Ellinger, im Jurist 15, 270 ff.); Unger 6, 247 und Anm. 7 und 8 auf S. 249 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 208; Stubenrauch 1, 1014 (Note 3); Krainz 2, 756; Anders 95; Gl. 130. A. M. Canstein, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreichischen Zivilprozeßrechtes 2, 547 f. Gegen Canstein Kirschbaum, Die Nebenintervention der Legatäre in Testamentsungültigkeitsprozessen, in GerZ. 1900, Nr. 22, 23. Kirschbaum macht die Unterscheidung, ob die Legatäre in den Erbstreit als Nebenintervenienten eingetreten sind oder nicht. Im zweiten Falle wirkte das Urteil nur Rechtskraft zwischen den streitenden Parteien. Im ersten Falle müsse das Verhältnis zwischen dem intervenierenden Legatar und der intervenierten Hauptpartei von dem zweiten dem intervenierenden Legatar zum Gegner der intervenierten Hauptpartei geschieden werden. Im Verhältnis zwischen dem Legatar und der intervenierten Hauptpartei wirkte das Urteil Rechtskraft für und gegen den Legatar. Im Verhältnis zwischen dem Legatar und dem Gegner der intervenierten Hauptpartei begründe das die Testamentsungültigkeit aussprechende Urteil zwar nicht die exceptio rei judicatae für den siegenden Gegner, gewähre aber diesem die Einwendung, daß das Testament durch das Urteil für ungültig erklärt wurde, und somit auch der vom Testamente abhängige Vermächtnisanspruch unbegründet sei (?). Kirschbaum erörtert dann die Frage, ob die Legatäre als Nebenintervenienten im Testamentsungültigkeitsprozesse bloß als unterstützende Nebenintervenienten nach § 19 ZPO. oder als Streitgenossen nach § 20 ZPO. gelten, und entscheidet sich für letzteres.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Schubert-Soldern, Die Sequestration im österreichischen Recht



laß durch das Gericht — und zwar auch noch vor Anstellung der Erbrechtsklage<sup>1)</sup> — anzufuchen<sup>2)</sup> (§ 127, Abs. 1 AusstreitG.). Wird aber das Ansuchen gegen denjenigen gestellt, der bereits vom Gerichte<sup>3)</sup> die Verwaltung des Nachlasses (§ 810 ABGB.) erhalten hat, so kann die Verwaltung (Sequestration) der Verlassenschaft nur unter der Voraussetzung des § 381 G.D., also nur bei obwaltender Gefahr, die glaubhaft zu machen ist (§ 389, Abs. 1 G.D.) bewilligt werden (§ 127, Abs. 2 AusstreitG.).<sup>4)</sup>

Der Beweis bei der Erbrechtsklage<sup>5)</sup>. Der Kläger hat in der Klage sein behauptetes Erbrecht zu beweisen. Behauptet der Kläger, gegen denjenigen, der sich auf ein Testament stützt, zur Erbschaft ab intestato berufen zu sein, so hat er sein Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser<sup>6)</sup> und die von ihm behauptete Ungültigkeit oder den von ihm behaupteten Widerruf<sup>7)</sup>, nicht aber auch die Unehchtheit<sup>8)</sup> (vgl. §§ 310, 312 ZPD.) des

(1894) 173 ff. Vgl. auch Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Nachsorgeverfahrens 273 f.: „Die Anordnungen der G.D. werden bei Durchführung der im AusstreitG. geschaffenen Vorkehrungen zur Ausfüllung von Lücken betreffs des hiebei einzuhaltenen Vorgehens zu dienen haben (Art. XXVII. G.D.), was vornehmlich von der durch Art. I G.D. unberührt gebliebenen gerichtlichen Nachsorgeverwaltung während der Einstellung der Verlassenschaftsabhandlung bis zur Austragung des Erbrechtsstreites gilt“; und Kintelen, Die einstweilige Verfügung 299 ff.

<sup>1)</sup> So auch Oll. 4181, 5038, 9435, 15384. Dagegen Schubert-Soldern, a. a. O. 174 und Note 3.

<sup>2)</sup> Gingegegen findet der Antrag eines Erben, trotz Vorliegens einer widersprechenden Erbschaftserklärung ihm allein die Verwaltung des Nachlasses zu überlassen, im Gesetze keine Rechtfertigung. So richtig Oll. 8093, 15166, 15343. In der G. v. 6. IV. 1910, R. I 215/10, in ÖstZBl. 28, Nr. 465 hat allerdings der OGH. trotz Vorliegens widersprechender Erbschaftserklärungen dem Testamentserben die Verwaltung des Nachlasses überlassen und den Antrag der das Testament anfechtenden gesetzlichen Erben auf Sequestration des Nachlassvermögens nach § 127, Abs. 1 AusstreitG. abgewiesen. Die Rechtfertigung für diese der „rein formellen“ Auslegung des § 127, Abs. 1 AusstreitG. widersprechende (!) Entscheidung fand der OGH. in den besonderen Umständen des konkreten Falles. Der Erblasser hatte nämlich dem Testamentserben im Testamente die Verwaltung des Nachlasses „von der Stunde des Todes an“ in der eindringlichsten Weise anvertraut. Ueberdies fand der OGH. die Bescheinigungskraft der gegen das Testament von den gesetzlichen Erben vorgebrachten Einwürfe sehr gering. Endlich war der Testamentserbe auch nach der gesetzlichen Erbfolge zur Hälfte der Nachlasses Erbe. — Vgl. hier auch Oll. 3547 (Unstatthaftigkeit der Sequestration des Nachlasses zugunsten eines Erben, der nur 1/4 des Nachlasses beansprucht, gegen einen Miterben, der die übrigen Anteile in sich vereinigt. Sicherstellung des einen Viertels auf andere Weise, z. B. durch gerichtliche Verwahrung eines entsprechenden Teiles des beweglichen Nachlassvermögens).

<sup>3)</sup> Daß dem Erben die Verwaltung bloß tatsächlich, nicht durch ausdrückliche Verfügung des Gerichtes überlassen wurde, genügt nicht. Vgl. Oll. 14891.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Schubert-Soldern, a. a. O. 177 f.; Stubenrauch 1, 990 f. (Note 7); Krainz 2, 749; Kintelen, a. a. O. 301; Oll. 1001, 1434, 5346; Oll. 464, 2396.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Louaillon, Von der Erbschaftsklage zum Erbschaftstreite, in ÖstZBl. 29, S. 198 ff., 273 ff.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Wöhler, Über die Art und Anwendung der Erbrechtsbeweisführung, in NotZ. 1891, Nr. 9.

<sup>7)</sup> Anders Fitting, in Zeitschrift f. d. ZP. 13, 37: „Wer den Nachlaß eines Verstorbenen als gesetzlicher Erbe in Anspruch nimmt, braucht nur seine Verwandtschaft mit dem Erblasser zu beweisen, wogegen es Sache des Gegners ist, den Beweis

vom Beklagten produzierten Testamentes zu beweisen. Tritt aber der Testamentserbe als Kläger auf, weil das Testament in seiner Echtheit mit Grund bestritten oder äußerlich mangelhaft ist, so muß er natürlich die Errichtung des Testamentes, die etwa widersprochene Echtheit der Schrift und Unterschrift des Erblassers und die Beobachtung der zur Gültigkeit vorgeschriebenen Förmlichkeiten, eventuell die Gültigkeit des Testamentes als privilegiertes Testament beweisen. Gingegegen ist es Sache des Intestaterben, die etwa behauptete Ungültigkeit des Testamentes wegen mangelnder Testierfähigkeit des Erblassers (den Fall des § 567 ausgenommen), wegen Unfähigkeit der Zeugen zum Testamentszeugnis oder wegen Zwanges, Betruges oder Irrtums, ferner den etwa erfolgten Widerruf des Testamentes, sowie die etwaige Erbnunfähigkeit des Testamentserben zu beweisen.

Die Erbrechtsklage, mit welcher die Nullität, die Ungültigkeit<sup>1)</sup>, nicht etwa die Unehchtheit — Fälschung oder Unterschlebung<sup>2)</sup> — eines im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung produzierten Testamentes<sup>3)</sup>, auf Grund dessen der Beklagte sich erbschaftserklärt hat, geltend gemacht wird, verjährt in drei Jahren (§ 1487), die nach richtiger Ansicht vom Tage der Kundmachung des Testamentes zu rechnen sind<sup>4)</sup>.

des Vorhandenseins eines Testamentes zu liefern. Auch den Beweis anderer näherer Verwandten hat der Gegner zu führen, wenn nicht feststeht, daß früher solche vorhanden waren, denn in diesem Falle liegt der Beweis ihres erfolgten Todes demjenigen ob, der den Nachlaß in Anspruch nimmt.“

<sup>3)</sup> So auch Stubenrauch 1, 1010 f. (Note 3); Krainz 2, 752 f. (Note 17); Anders 92. Vor dem Inkrafttreten der ZPD. war es in der Theorie und in der Praxis sehr streitig, ob der Testamentserbe auch als Beklagter die vom Intestaterben bestrittene Echtheit der Schrift oder Unterschrift des Erblassers beweisen müsse. Vgl. über diese Kontroverse insbesondere Unger 6, Anm. 5 auf S. 237 f.; Pfaff und Hofmann, Exkurs 2, 78 ff.

<sup>1)</sup> Und zwar ist es gleichgültig, aus welchem Grunde die Nichtigkeit behauptet wird. So auch Unger 6, Anm. 6 auf S. 102 ff., wo auch die verschiedenen gegenteiligen Ansichten angeführt und widerlegt werden; Krainz 2, 757; Anders 91. Dagegen meint Stubenrauch 2, 951, daß die kürzere Verjährungsfrist des § 1487 keine Anwendung findet, wenn Ungültigkeit des Testamentes wegen Zwanges, Irrtums oder mangelnder Besonnenheit des Erblassers behauptet wird.

<sup>2)</sup> So auch u. a. Stubenrauch 2, 951; Krainz 2, 757; Anders 91; Oll. 3124 (ZubB. 67). Vgl. aber Prot. II. 278.

<sup>3)</sup> Auch die Klage, mit welcher die Ungültigkeit eines Erbvertrages (so auch Unger 6, Anm. 6 auf S. 102 ff., Anm. 18 auf S. 122; Stubenrauch 2, 950; Krainz 2, 757; Anders 91; Oll. 1037 [ZubB. 29]), einer Schenkung auf den Todesfall (so auch Stubenrauch 2, 950; Krainz 2, 757; Oll. 1037 [ZubB. 29]) oder eines Kodizilles (so auch Zeiller, Kommentar 4, 246; Stubenrauch 2, 950; Krainz 2, 757; G.D.G. v. 16. XII. 1903, 3. 16516, in ÖstRichterZ. 1905, Nr. 3; dagegen Unger 6, 267 f., Anm. 6 auf S. 102 ff.; Anm. 2 auf S. 269 f.) geltend gemacht wird.

<sup>4)</sup> So auch Winivarter, Das österreichische bürgerliche Recht 5, 237 f.; Stubenrauch 2, 952 (vgl. auch die Aufzählung der abweichenden Meinungen in Note 2); Krainz 2, 757; Oll. 6070, 7037, 11589. Nach einer anderen Ansicht beginnt die Verjährung mit dem Erbansalle (so Scheidlein, Miscellen 5, 116); nach einer dritten Ansicht verjährt die Nullitätsquerel in drei Jahren von der Zeit an, da der Testamentserbe sich gerichtlich erbschaftserklärt hat (so u. a. Bachmann, Die Verjährung nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte in Österreich 46; Unger 6, 100;



## § 53.

Die Ablehnung der Erbschaft<sup>1)</sup>.

Wer seine Rechte selbst verwalten kann, dem steht es frei, die angefallene Erbschaft auszuschlagen (§ 805). Gesetzliche Vertreter bedürfen dazu des gerichtlichen Konsenses<sup>2)</sup> (§ 233), Bevollmächtigte einer auf die Ausschlagung der bestimmten Erbschaft lautenden Spezialvollmacht (§ 1008<sup>3)</sup>).

Eine Ausschlagung liegt nicht in der unterlassenen Antretung der Erbschaft innerhalb der ursprünglich anberaumten oder verlängerten Deliberationsfrist (§§ 120, 128 AusstreitG.), da, wie bereits bemerkt wurde, nach richtiger Ansicht dem säumigen Erben sein Erbrecht während der ganzen Verjährungsfrist vorbehalten bleibt<sup>4)</sup>,

Die einmal erklärte Ablehnung der Erbschaft ist (selbst wenn sie auf einem Irrtume beruht<sup>5)</sup>) unwiderruflich<sup>6)</sup>. Sie muß dem Gerichte gegen-

vgl. auch Anders 91: Die Verjährung bei der Testamentsumstoßungsklage kann nicht vor dem Antritte des Testamentserben beginnen). In der E. G. M. N. 587 hat endlich der O. G. B. ausgesprochen, daß die dreijährige Frist des § 1487 für die auf den Rechtsweg gewiesenen gesetzlichen Erben erst mit der Rechtskraft des Verweisungsbeschlusses beginne).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 153 ff.; Stubenrauch 1, 985 f.; Krainz 2, 679 f.; Anders 55 ff. — Eine durchaus andere Bedeutung, als die Ausschlagung des A. B. G. B., hat die Ausschlagung des d. B. G. B. Die Wirkung der Ausschlagung besteht hier darin, daß der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt. Die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätte; der Anfall gilt als mit dem Erbfall erfolgt (§ 1953). Die Unterlassung der Ausschlagung innerhalb der für die Ausschlagung vorgeschriebenen Frist hat die Wirkung, daß der mit dem Tode des Erblassers ipso jure erfolgte Erbschaftserwerb zu einem definitiven wird (§ 1943). Die Ausschlagungsfrist beträgt sechs Wochen, beziehungsweise sechs Monate, beginnend mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt, und bei einer Berufung durch Verfügung von Todeswegen nicht vor der Verkündung der Verfügung (§ 1944). Die Ausschlagung erfolgt durch eine in öffentlich beglaubigter Form abzugebende Erklärung gegenüber dem Nachlassgerichte (§ 1945, Abs. 1). Über die Erklärung der Ausschlagung durch einen Bevollmächtigten vgl. § 1945, Abs. 2. Wie die Annahme, kann auch die Ausschlagung zugleich nach dem Eintritte des Erbfalls erfolgen; der Erbe braucht also den Beginn der Ausschlagungsfrist nicht abzuwarten (§ 1946). Eine Ausschlagung unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung ist unzulässig (§ 1947). Ebenso die Beschränkung der Ausschlagung auf einen Teil der Erbschaft; die Ausschlagung eines Teiles ist unwirksam (§ 1950; vgl. auch § 1951, Abs. 2 und 3). Über die Anfechtung der Ausschlagung vgl. §§ 1954—1957.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu G. M. N. 2032 (Wurde ein minderjähriger Erbe im Einantwortungsdekret auf Grund der von ihm ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertretung vorgenommenen Erbschaftszerschlagung übergegangen, so ist die Einantwortung nichtig und der Refuz auch nach Ablauf der Refuzfrist zulässig).

<sup>3)</sup> So auch Krainz 2, 680. Vgl. hierzu auch Note 8 auf S. 265 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu S. 263 f. und Note 1 auf S. 264 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> So richtig die in ihrer Begründung allerdings teilweise verfehlte E. G. M. 14731. Auch eine Anfechtung wegen Irrtums oder Zwanges ist, wie bei der Antretung, so auch bei der Ausschlagung der Erbschaft unzulässig. Dagegen ist eine Anfechtung wegen Betruges wohl zulässig. Vgl. hierzu weiter oben Note 2 auf S. 268 dieses Bandes.

<sup>6)</sup> So auch Unger 6, 153; Stubenrauch 1, S. 986, 987 (und Note 1); Krainz 2, 680; Anders 57; G. M. 350, 7886. Vgl. auch E. O. G. B. v. 29. XI. 1910,

über erklärt werden<sup>1)</sup> und eine unbedingte sein<sup>2)</sup>. Ihre Wirkung ist die Eröffnung der Erbfolge für den Nächstberechtigten<sup>3)</sup>. Doch werden auch im Falle der Ausschlagung der Erbschaft Deszendenten durch ihre noch lebenden Ascendenten bei der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen<sup>4)</sup>.

Die Ausschlagung der Erbschaft aus einem Erbrechtstitel hindert nicht deren Antretung aus einem anderen. Allein der Testamentserbe, der zugleich gesetzlicher Erbe wäre, ist nicht befugt, sich auf die gesetzliche Erbfolge zu berufen und dadurch die Erklärung des letzten Willens zu vereiteln<sup>5)</sup>. Er muß die Erbschaft aus dem letzten Willen antreten oder ihr ganz entsagen<sup>6)</sup>. Vorausgesetzt, daß das Testament gültig ist; d. h. die Erbserklärung auf Grund des Testamentes schließt das Recht des Testamentserben, der zugleich gesetzlicher Erbe ist, später auch aus dem Gesetze die Erbschaft anzutreten, wenn das Testament als ungültig erklärt wird<sup>7)</sup>, oder die Gültigkeit des Testamentes anzufechten<sup>8)</sup>, nicht aus<sup>9)</sup>. Pflichtteilsberechtigte können die Erbschaft mit Vorbehalt des Pflichtteils ausschlagen<sup>10)</sup> (§ 808<sup>11)</sup>).

R. VI 360/10, in Öst. Z. Bl. 29, Nr. 109 (Unbeachtlichkeit der nach erfolgter Erbsentschlagung eingebrachten Erbserklärung).

<sup>1)</sup> Anders Unger 6, 153 und Anm. 1 auf S. 154.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, 154; Anders 55. Nicht widersprechend G. M. N. 857 (Wegfallen der nur zugunsten der testamentarischen Erbfolge erklärten Erbsentschlagung von Intestatserben im Zuge des Abhandlungsverfahrens durch das Eintreten der gesetzlichen Erbfolge).

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu H. R. D. v. 9. VI. 1825, Z. 2104: „Es ist die Frage vorgekommen, ob in dem Falle, wenn ein zu einer Erbschaft oder zu einem Vermächtnisse berufener, für seine Person erbssteuerpflichtiger Erbe oder Legatar auf seine Erbschaft oder sein Legat zugunsten eines für seine Person erbssteuerfreien gesetzlichen Erben Verzicht leistet, diese verzichtete Erbschaft der Erbssteuer unterliege? Bei der Beurteilung dieser Frage kommt es auf den Unterchied an, ob die Verzichtleistung durch Zession zugunsten eines Dritten oder durch unbedingte Verzichtleistung des Erben oder Legatars geschieht. Im ersteren Falle ist der für seine Person erbssteuerfreie Verwandte nicht der von dem Erblasser oder Gesetz berufene Erbe oder Legatar; er gelangt erst durch Zession des Erben zum Besitze der Erbschaft oder des Legates. Der berufene Erbe hat von seinem Erbrechte bereits Gebrauch gemacht. Im zweiten Falle ist der erbssteuerfreie Verwandte eigentlicher Erbe und Legatar.“

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 179 f. dieses Bandes; ferner auch Krainz 2, 680.

<sup>5)</sup> Anders das d. B. G. B., welches bei einer Berufung aus verschiedenen Gründen dem Erben die uneingeschränkte Wahl zwischen den verschiedenen Berufungsgründen läßt (§ 1948). Vgl. auch § 1949: Die allgemein erklärte Annahme ist unwirksam, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtume war. Die Ausschlagung erstreckt sich in Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind. Vgl. hier ferner auch § 1951 über die Berufung zu mehreren Erbteilen aus verschiedenen Gründen.

<sup>6)</sup> Vgl. über die Bedeutung dieser Bestimmung Stubenrauch 1, 988 f. und Note 1 auf S. 989; Krainz 2, 674; Anders 56.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu die weiter oben in Note 5 auf S. 265 angeführten E. G. M. 2883, 3504, 9249, 11263.

<sup>8)</sup> Vgl. G. M. 118, 9249.

<sup>9)</sup> Der Testamentserbe, der die Ungültigkeit des Testamentes behauptet, kann sich auch von allem Anfange an auf Grund des Gesetzes erbserklären. Vgl. Krainz 2, 674 (Note 14); G. M. 4505.

<sup>10)</sup> Der Sinn des Schlusssatzes des § 808 ist der, daß der als Testamentserbe ein-

Zu beachten ist, daß die Ausschlagung der Erbschaft sowohl im Konkurse, als auch außerhalb des Konkurses<sup>1)</sup> nach Maßgabe der §§ 2 und 3,

gesetzte Pflichtteilsberechtigten den testamentarischen Erbteil bis zur Höhe seines Pflichtteils — natürlich im Hinblick auf den dritten Satz des § 774 lastenfremd — als Erbe — nicht als bloß Forderungsberechtigter — geltendmachen und dessenungeachtet den weiteren ihm zugeordneten Erbteil ausschlagen könne. Keineswegs darf aus dem Zusammenhange des ersten Satzes des § 808 mit den beiden vorangehenden gefolgert werden, daß dem als Erben eingesezten Pflichtteilsberechtigten nur die Wahl gewährt sei, entweder unter Ausschlagung der Erbschaft den Pflichtteil geltendzumachen oder die Erbschaft uneingeschränkt anzunehmen und das Testament völlig zu erfüllen, daß er somit nicht auch die Erbschaft unter Wahrung seines Pflichtteils annehmen könne. Für die hier vertretene Ansicht, die in dem Worte „können“ (nicht: „müssen“) im Schlusssatz des § 808 und in dem klaren Wortlaute des § 774 ihre Stütze findet, haben sich die überwiegende Mehrheit der Autoren (vgl. u. a. Stubenrauch 1, 989 und Note; Krausz 2, 674; ferner die Literaturangaben bei Neumann-Ettenreich, Eine Antinomie im bürgerlichen Gesetzbuche, in Notz. 1902, S. 147 f.) und der OGH. in den GG. Gll. 15378; Gll. 1559, 2422, 3117, 4383 (von welchen GG. die GG. Gll. 2422 und 3117 mit Recht die Geltendmachung der Freiheit des Pflichtteils von jeder Belastung auch nach der Abgabe einer vorbehaltlosen Erbschaftserklärung für zulässig erklären) ausgesprochen. Die abgelehnte Auslegung des § 808 wird besonders eingehend von Neumann-Ettenreich, a. a. O. Nr. 17—19 vertreten, der somit eine Antinomie zwischen § 774 und § 808 findet, die er allerdings — im Resultate also mit der herrschenden Meinung übereinstimmend — zugunsten des § 774 entscheidet. Für die hier abgelehnte Auffassung des Schlusssatzes auch Gll. 12735 und Gll. 1589, die den § 774 einfach unberücksichtigt lassen. Eine Antinomie zwischen § 774 und § 808 nimmt auch Wöb, Die Entstehung des Pflichtteilsanspruches, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des BGB. 2, 687 ff. an, der sich aber weder für § 774, noch für § 808 entscheidet, sondern, indem er bei Vorliegen einer Antinomie der Wissenschaft nicht bloß die Befugnis, zu entscheiden, welche der einander widersprechenden Bestimmungen zu befolgen sei, sondern völlige Freiheit, also auch das Recht zuerkennt, einer dritten Lösung den Vorzug zu gewähren, zu folgender Entscheidung kommt: „Der Noterbe, der sich im Testamente bedacht sieht, kann doppeltes tun: er kann die Zuwendung ausschlagen und den Pflichtteil fordern, und er kann sie annehmen und sich mit der Ergänzung begnügen. Der Pflichtteilsanspruch ist damit von jedem Risiko befreit; denn weder die Ausschlagung noch die Annahme greifen dem Pflichtteil vor. Pflichtteilsverzichte werden nicht mehr präsumiert. Ein lucrum noch über den Pflichtteil hinaus kann der Noterbe aus dem Titel des verletzten Pflichtteiles nicht erlangen, denn allfällige Belastungen werden nicht mehr gestrichen, sie erlangen vielmehr mit der Annahme der Zuwendung ihre volle Kraft. Die Belastung wird nur bei der Pflichtteilergänzung berücksichtigt, bei der die Zuwendung nicht mit ihrem Nominalwerte, sondern nur mit dem durch die Belastung geminderten Werte in Anschlag gebracht wird.“ — Nach dem d. BGB. (§ 2306) gilt folgendes: Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben oder dadurch, daß er selbst als Nacherbe eingesetzt ist, durch die Ernennung eines Testamentvollstreckers oder durch eine Teilungsanordnung beschränkt oder mit einem Vermächtnisse oder einer Auflage beschränkt, so gilt die Beschränkung oder Beschränkung als nicht angeordnet, wenn der ihm hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt. Ist aber der hinterlassene Erbteil größer, dann kann der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil nur verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt. Die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschränkung Kenntnis erlangt. Über die Anfechtung dieser Ausschlagung vgl. § 2308 d. BGB. (s. Note 6 auf S. 226 dieses Bandes).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu auch Gll. 3720 (Die analoge Anwendung der beiden ersten Sätze des § 808 auf den Fall, daß der Ehegatte in einem Kodizille mit dem Fruchtgenusse eines Nachlasswertes bedacht ist, ist unzulässig. Der Ehegatte ist also durch die Annahme des ihm vermachten Fruchtgenusses nicht von seinem gesetzlichen Erbteile ausgeschlossen).

<sup>2)</sup> Über die Bedeutungslosigkeit der Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft außerhalb des Konkurses vgl. die Ausführungen von Krasnopolski, Studien zum

§. 1, beziehungsweise 29 und 30, §. 1 AnfG. angefochten werden kann (§§ 13, §. 1 und 37 AnfG.).

## § 54.

Die Haftung des Erben<sup>1)</sup>.

## A. Im Falle der unbedingten Erbschaftserklärung:

1. Vor der Einantwortung der Erbschaft. Hierüber vgl. § 5 dieses Bandes.

Gesetze über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner, in Grünhutsz. 15, 110 ff.; Krausz 2, 680 (Note 4). Anders Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger 81 ff.; Stubenrauch 1, 1006 (Note 3).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 165 ff.; Stubenrauch 1, 979 ff.; Krausz 2, 690 ff.; Anders 68 ff.; ferner Fischer-Colbrie, Bemerkungen über die Erbschaft nach österreichischem Rechte (S. aus Notz. 1908). — Eine wesentlich andere Regelung als im BGB. findet die Haftung des Erben im d. BGB. Hierüber ist im wesentlichen das folgende zu sagen: Bis zur Annahme der Erbschaft durch den Erben haftet den Nachlassgläubigern lediglich der Nachlass (§ 1958). Nach der Annahme der Erbschaft ist die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten „grundsätzlich eine auf den Nachlass beschränkbare“ (so Strohal, Das deutsche Erbrecht [3] 2, 202). Die Haftung ist also nicht etwa grundsätzlich eine beschränkte. Wohl aber hat der Erbe grundsätzlich die Möglichkeit, die Beschränkung herbeizuführen. In Betracht kommen hier drei Fälle: 1. In Gemäßheit des § 1975 kann der Erbe die Beschränktheit der Haftung dadurch herbeizuführen, daß er eine Nachlasspflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger (Nachlassverwaltung) oder den Nachlasskonkurs beantragt und erzielt. Unter Umständen, nämlich wenn, noch bevor die „unbeschränkte Haftung“ eingetreten ist, auf Antrag eines Nachlassgläubigers die Anordnung einer Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses erfolgt, tritt die Beschränkung der Haftung auch schon ohne Eingreifen des Erben ein (§ 1975 in Verbindung mit § 2013). (Über die Nachlassverwaltung vgl. §§ 1981—1988; über den Nachlasskonkurs vgl. § 1989 d. BGB. und die §§ 215 ff. RKO.; gemeinsame Grundzüge für die Nachlassverwaltung und den Nachlasskonkurs ergeben sich aus den §§ 1976—1980, 1984). 2. „Ist die Anordnung der Nachlassverwaltung oder die Eröffnung des Nachlasskonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlassverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt, so kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlassgläubigers insofern verweigern, als der Nachlass nicht ausreicht. Der Erbe ist in diesem Falle verpflichtet, den Nachlass zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben“ (§ 1990, Abs. 1) (vgl. hierzu auch § 1990, Abs. 2 und § 1991). 3. Auch ohne die Voraussetzungen des § 1990 ist dem Erben zwar nicht gegenüber allen Nachlassgläubigern, aber doch gegenüber den aus Vermächtnissen und Auflagen Berechtigten die Möglichkeit, die Beschränkung der Haftung nach den Vorschriften der §§ 1990 und 1991 herbeizuführen, für den Fall gewährt, daß die Verschuldung des Nachlasses auf Vermächtnissen und Auflagen beruht, die eigentlichen Nachlassgläubiger also voll zur Befriedigung gelangen (§ 1992). In allen diesen drei Fällen liegt Haftung eum viribus hereditatis vor. Die Möglichkeit, auf eine der oben dargestellten Arten die beschränkbare Haftung zu einer wirklich beschränkten zu gestalten, — natürlich auch die Möglichkeit einer ohne Eingreifen des Erben erfolgenden Beschränkung der Haftung — kann nun aber durch ein gewisses Verhalten des Erben beseitigt werden. Das ist der Fall, wenn der Erbe die ihm vom Nachlassgericht zur Errichtung des Inventars bestimmte Frist (Inventarfrist) verläßt (§ 1994), ferner wenn er absichtlich eine erhebliche Anvollständigkeit der im Inventar enthaltenen Angaben der Nachlassgegenstände herbeizuführt oder in der Absicht, die Nachlassgläubiger zu benachteiligen, die Aufnahme einer nicht bestehenden Nachlassverbindlichkeit bewirkt oder im Falle des § 2003 (nämlich wenn der Erbe die Aufnahme des Nachlassinventars nicht selbst besorgt, sondern beim Nachlassgericht beantragt) die Erteilung der zur Aufnahme des Inventars notwendigen Auskunft verweigert oder absichtlich in erheblichem

2. Nach der Einantwortung der Erbschaft. Die unbedingte Erbs-  
erklärung hat zur Folge, daß der Erbe allen Erbschaftsgläubigern für ihre  
Forderungen und allen Legataren für ihre Vermächtnisansprüche unbeschränkt,  
d. h. auch mit seinem eigenen Vermögen, wenn die Verlassenschaft nicht hin-  
reicht, haftet (§ 801). Mehrere Erben, die die Erbschaft ohne die Rechts-  
wohlthat des Inventars angetreten haben, haften nach der Einantwortung  
der Erbschaft den Erbschaftsgläubigern und Legataren unbedingte und solli-

Maße verzögert (§ 2005), endlich wenn er den Offenbarungseid nicht leistet (§ 2006).  
Nach dem Wortlaute des Gesetzes haftet der Erbe in allen diesen Fällen — im Falle  
des § 2006 nur gegenüber dem Gläubiger, der den Antrag auf Ablegung des Offen-  
barungseides gestellt hat — „unbeschränkt“. Zu dieser Ausdrucksweise bemerkt jedoch  
Strohhal, a. a. O. 202 mit Recht: „Sachlich richtiger bezeichnet man diese Haftung  
als eine nicht mehr beschränkbare und somit schlechthin unbeschränkte.“ „Trotz der  
schlechthin unbeschränkten Haftung“, fährt Strohal fort, „ist es übrigens möglich,  
daß der Erbe einzelnen Nachlassgläubigern gegenüber keine Haftung immer noch auf  
den Nachlaß beschränken kann (vgl. §§ 1973, 1974 in Verbindung mit § 2013 Abs. 1,  
Satz 2, ferner §§ 2145 Abs. 2, 2063 Abs. 2).“ Solange die Haftung des Erben  
einerseits noch beschränkt, andererseits noch nicht beschränkt ist, haftet der Erbe nicht  
nur mit dem Nachlasse, sondern auch mit seinem persönlichen Vermögen. Nicht  
unter den Gesichtspunkt der Beschränkung der Haftung im technischen Sinne fällt die  
Einschränkung der Haftung gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen  
und den ihnen durch § 1974 gleichgestellten Gläubigern (§§ 1970 ff.) (über das  
Aufgebot der Nachlassgläubiger nach d. BGB. vgl. weiter unten Note 4 auf  
S. 297, Note 1 auf S. 299, Note 3 auf S. 300 und Note 5 auf S. 301 dieses  
Bandes) und die durch die ausschiebenden Einreden der §§ 2014—2017 (Aufschub der  
Befriedigung der Nachlassgläubiger überhaupt und im Falle der Einleitung des  
Gläubigeraufgebotsverfahrens insbesondere) herbeigeführte Modifikation der Erben-  
haftung (vgl. Strohal, a. a. O. 2, 193). Was die Inventarerrichtung anlangt, so  
hat diese, wie sich schon aus dem vorstehenden ergibt, nicht, wie nach dem BGB.,  
die Bedeutung, daß sie die notwendige Voraussetzung der Beschränkung der Erben-  
haftung ist und, wenn von Erben durch die bedingte Erbsklärung herbeigeführt,  
notwendig zur beschränkten Haftung führt. Vielmehr liegt nach d. BGB. die Bedeutung  
der Inventarerrichtung einmal darin, daß sie, rechtzeitig erfolgt, für den Erben „ein  
Mittel zur fortdauernden Erhaltung des Rechtes zur Herbeiführung der Beschränkung  
der Haftung auf den Nachlaß und zur Sicherung der sonstigen Rechtsvorteile, die dem  
dieses Rechtes noch teilhaftigen Erben zukommen“ (Strohal, a. a. O. 2, 209), ist, und  
weiterhin darin, daß das rechtzeitig errichtete Inventar im Verhältnisse zwischen dem  
Erben und den Nachlassgläubigern die Vermutung begründet, daß zur Zeit des Erb-  
falls weitere Nachlassgegenstände als die verzeichneten nicht vorhanden waren (§ 2009).  
Hieraus ergeben sich die Vorteile der Inventarerrichtung für den Erben. Das Gesetz  
gibt dem auch dem Erben das Recht, das Inventar zu errichten (§ 1993). Ander-  
erseits ist aber auch jeder Nachlassgläubiger befugt, beim Nachlassgerichte zu beantragen,  
daß dem Erben — nicht dem Fiskus als gesetzlichen Erben (§ 2011), auch nicht dem  
Nachlasspfleger und dem Nachlassverwalter (§ 2012) — zur Errichtung des Inventars  
eine Frist (Inventarfrist) bestimmt werde (§ 1994). Das Interesse der Nachlass-  
gläubiger ergibt sich daraus, daß der Erbe, der die Inventarfrist veräußert hat, un-  
beschränkt haftet, daß der Erbe mit der Inventarerrichtung die ausschiebenden Ein-  
reden verliert (§ 2014), daß das Inventar dem Nachlassgläubiger die Unterlage für  
die Prüfung der Frage bietet, ob im Hinblick auf den Stand des Nachlasses ein  
Antrag auf Anordnung einer Nachlassverwaltung oder auf Eröffnung des Nachlass-  
konkurses Aussicht auf Erfolg hat. Über das Inventarrecht bei mehreren Erbteilen  
vgl. § 2007; über das Inventarrecht der Ehefrau vgl. § 2008. Was die Haftung im  
Falle einer Mehrheit von Erben anlangt, so wird die Frage, ob gesamtschuld-  
nerische oder anteilige Haftung einzutreten hat, vom d. BGB. (§ 2058) grundsätzlich  
im ersten Sinne entschieden. Doch erscheint dieses Prinzip durch Ausnahmen durch-  
brochen (§ 2059, Abs. 1, Satz 2, § 2060, § 2061). Im übrigen muß zwischen dem  
Stadium vor der Teilung des Nachlasses und dem Stadium nach erfolgter Teilung

darisch<sup>1)</sup>. „Unter sich aber sind sie nach Verhältnis ihrer Erbteile beizu-  
tragen schuldig;“ d. h. unter sich sind sie im Verhältnis ihrer Erbquoten  
regresspflichtig (§ 820).

Im Falle einer unbedingten Erbsklärung hat der Erbe ein sogenanntes  
eidesstattliches Vermögensbekenntnis zu überreichen, welches der Verlassenschafts-  
abhandlung zugrunde zu legen ist (§ 114 AustreitG.<sup>2)</sup>).

Wenn sich von mehreren Erben einige (oder einer) unbedingte, einige  
(oder einer) bedingte Erbsklärung haben, so ist der Verlassenschaftsabhandlung  
die bedingte Erbsklärung zugrunde zu legen. In diesem Falle, sowie  
überhaupt, wenn ein Inventar errichtet werden muß (§§ 804<sup>3)</sup>, 812<sup>4)</sup>  
BGB.; § 92 AustreitG.<sup>5)</sup>), genießt auch der unbedingte Erbsklärte

unterschieden werden. Die von der Frage, ob gesamtschuldnerische oder anteilige  
Haftung der Miterben eintritt, scharf zu trennende Frage, ob der einzelne nur mit  
dem, was er aus dem Nachlasse erhalten hat, oder auch mit seinem sonstigen Ver-  
mögen haftet, ist im allgemeinen nach den für die Haftung des Alleinerben geltenden  
Regeln zu entscheiden. Ausnahmevorschriften enthalten die §§ 2062, 2063. — Vgl.  
zu diesen Ausführungen statt aller Strohal, a. a. O. 2, §§ 70 ff., 87 ff.

<sup>1)</sup> Vgl. hier OLNZ. 3172 (Haben sich Legatate, ohne daß die Voraussetzungen  
des § 726 vorliegen, unbedingte ex testamento Erbsklärung, und wurde ihre Erbs-  
klärung zu Gericht angenommen, so haften sie solidarisch für die Nachlassschulden).

<sup>2)</sup> § 114 AustreitG. bestimmt: „Im Falle einer unbedingten Erbsklärung hat  
der Erbe das Verlassenschaftsvermögen nach allen seinen Bestandteilen, ebenso wie in  
einem Inventar, zu beschreiben und die Richtigkeit der Angaben entweder selbst oder  
durch einen hierzu mit besonderer Vollmacht versehenen Bevollmächtigten mit eigen-  
händiger Unterschrift an Eidesstatt zu bekräftigen. — Dieses Vermögensbekenntnis ist  
der Abhandlungspflege anstatt des Inventars zum Grunde zu legen. — Auf welche  
Weise der Wert der in dem Vermögensbekenntnisse aufgeführten Gegenstände zum  
Zwecke der Gebührensbestimmung zu bestimmen sei, ist in den Gebührensgeetzen ent-  
halten.“ — Vgl. hierzu Kraus, Der Manifestationseid im Zuge der Verlassenschafts-  
abhandlung, in Notz. 1903, S. 76 f.; ferner OLNZ. 2327 (Wurde in einem eides-  
stattigen Vermögensbekenntnis für mehrere Realitäten zusammen ein gemeinsamer  
Wert angegeben, so ist dieses Vermögensbekenntnis wegen Mangels der durch das  
Gesetz, wie beim Inventar, auch hier geforderten detaillierten Wertangabe vom Gerichte  
nicht anzunehmen. Dagegen ist es nicht richtig, daß der Wert unbeweglicher Güter  
nur nach Vorschrift des GebG. in das Inventar, resp. eidesstattliche Vermögens-  
bekenntnis einzutragen sei. Nur insofern der Wert zum Zwecke der Gebührens-  
bestimmung zu bestimmen ist, ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 102, Abs. 1  
und § 114, Abs. 3 AustreitG. nach dem GebG. vorzugehen. In Beziehung auf die  
Rechte der Parteien kann die Bewertung auch auf die im Abs. 2 des § 102 an-  
geführten Arten, beziehungsweise nach § 114 durch die eidesstattliche Angabe erfolgen).

<sup>3)</sup> Wenn ein Pflichtteilsberechtigter die Errichtung eines Inventars verlangt.

<sup>4)</sup> Wenn auf Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben ge-  
drungen wird.

<sup>5)</sup> § 92 AustreitG. bestimmt: „Ein Inventar des Nachlasses ist zu errichten,  
wenn eine bedingte Erbsklärung überreicht, von einer zufolge des allgemeinen  
bürgerlichen Gesetzbuches berechtigten Person um dessen Errichtung angefordert, oder auf  
Absonderung der Verlassenschaft von dem Vermögen des Erben gedrungen wird  
(§§ 802, 804, 812 BGB.). — Von Amts wegen hat der Richter ein Inventar  
aufzunehmen, wenn 1. der Erbe oder dessen Aufenthaltsort unbekannt ist (vgl. hierzu  
OLNZ. 4764, welcher E. zufolge auch bei Abwesenheit eines Pflichtteilsberechtigten  
unter analoger Anwendung des § 92, Z. 1 AustreitG. das Inventar von Amts wegen  
zu errichten ist), wenn er unter Vormundschaft oder Kuratel steht, oder für ihn zum  
Behufe der Verlassenschaftsabhandlung ein Kurator bestellt wird, oder wenn auch nur  
bei einem von mehreren Miterben Verhältnisse dieser Art eintreten; 2. wenn die



Erbe, „solange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden, die rechtliche Wohlthat des Inventariums“ (§ 807). Was mit diesen Worten gesagt werden soll, ist streitig. Nach Ausweis der Beratungsprotokolle<sup>1)</sup> und nach dem Zeugnisse Zeillers<sup>2)</sup> soll dieser Satz bedeuten, daß in dem Falle, als ein Inventar vor der Einantwortung der Erbschaft aufgenommen wird, auch der unbedingt erbserklärte Erbe schlechthin die rechtliche Wohlthat des Inventars genieße, also auch nach der Einantwortung der Erbschaft beschränkt hafte<sup>3)</sup>. Von anderen<sup>4)</sup> und auch in der Praxis<sup>5)</sup> wird hingegen die erwähnte Bestimmung des § 807 — mit Recht — so aufgefaßt, daß zwar auch der unbedingt erbserklärte Erbe bis zur Einantwortung der Verlassenschaft den Erbschaftsgläubigern und Legataren nicht persönlich mit seinem eigenen Vermögen, sondern beschränkt hafte<sup>6)</sup>, hingegen nach erfolgter Einantwortung, beziehungsweise nach der Beendigung der Abhandlung<sup>7)</sup>, die Verschiedenheit der Haftung zwischen dem bedingt und dem unbedingt erbserklärten Erben sich geltend mache.

B. Im Falle der bedingten Erbserklärung. Hier ist zunächst zu bemerken: Jeder berufene Erbe kann die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars antreten. Dieses Recht kann ihm der Erblasser nicht nehmen. Daher ist auch jede auf die Ausübung dieses Rechtes vom Erblasser gesetzte Strafandrohung nichtig. Auch ein Verzicht auf dieses Recht in einem Erbvertrage ist wirkungslos (§ 803).

Erbschaft oder ein Erbteil den Armen, einer Stiftung, Gemeinde, Kirche, öffentlichen Anstalt oder dem Staate zufällt; 3. wenn der Erblasser dem Erben die Verbindlichkeit auferlegt hat, die Erbschaft oder einen verhältnismäßigen Teil derselben dritten Personen zu hinterlassen. Endlich ist 4. über Fideikommiß und Lehen, so oft sie von einem Erben an den anderen übergehen, ohne Rücksicht auf die bei dem frei vererblichen Vermögen des Erblassers eintretenden Verhältnisse, ein eigenes Inventar aufzunehmen.“ — Nach § 1993 d. BGB. ist der Erbe berechtigt, ein Verzeichnis des Nachlasses (Inventar) beim Nachlassgerichte einzureichen (Inventarerrichtung). Nach § 1994 d. BGB. hat das Gericht dem Erben auf Antrag eines Nachlassgläubigers (also auch eines Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmers), der seine Forderung glaubhaft zu machen hat, eine Frist zur Errichtung des Inventars zu bestimmen. Über die Inventarfrist vgl. §§ 1994—2000 und 2003. Über die Wirkung der Veräumung der Inventarfrist vgl. weiter oben Note 1 auf Seite 283 dieses Bandes.

<sup>1)</sup> Vgl. Prot. II, 554.

<sup>2)</sup> Kommentar 2, 845.

<sup>3)</sup> Nach dieser Ansicht ist der Zwischensatz: „so lange ihm die Erbschaft noch nicht übergeben worden“, „nicht — nach der Grammatik — auf die Dauer der Rechtswohlthat, sondern — nach der Absicht des Gesetzes — auf die Zeit der Errichtung des Inventars zu beziehen.“ Für diese Ansicht u. a. auch Stubenrauch I, 987 (Note 6); Prainz 2, 692 f.

<sup>4)</sup> So früher Prainz selbst; ferner Unger 6, 186 und Anm. 7 auf S. 188 f.; Anders S. 69 f., 73. Vgl. auch Ofner, Zur Lehre von der Einantwortung nach österrömischem Recht, in Notz. 1909, S. 314.

<sup>5)</sup> Vgl. Gll. 13 152.

<sup>6)</sup> Vgl. Gll. 319.

<sup>7)</sup> Vgl. Gll. 13 152. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Falle wurde die Verlassenschaft wegen Abgangs eines Vermögens abgetan.

Liegt eine bedingte Erbserklärung vor, so ist sofort vom Gerichte nach Vorschrift der §§ 93—110 Ausfreit<sup>1)</sup> ein Inventar<sup>2)</sup> <sup>3)</sup> auf Kosten der Masse

<sup>1)</sup> § 93: „Zur Aufnahme des Inventars hat das Gericht einen, oder in besonders wichtigen Fällen zwei Abgeordnete zu bestimmen, oder dieselbe einem öffentlichen Notare (§ 29) zu übertragen. Die Gerichtshöfe haben außer dem Orte, wo sie sich befinden, die Abordnung eigener Beamten nach Zulässigkeit zu vermeiden, und sich der Hilfe der Bezirksamte oder eines in der Nähe befindlichen Notars ihres Sprengels zu bedienen.“ (Vgl. hier auch die in Note 3 auf S. 254 f. dieses Bandes erzielten G. G. M. N. 1143, 4002 und 4505. — Nach dem d. BGB. kann der Erbe die Aufnahme des Inventars entweder selbst besorgen, in welchem Falle er eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar zuziehen muß [§ 2002], oder beim Nachlassgerichte beantragen, in welchem Falle das Nachlassgericht entweder das Inventar selbst aufzunehmen oder die Aufnahme einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar zu übertragen hat, und der Erbe verpflichtet ist, die zur Aufnahme des Inventars erforderliche Auskunft zu erteilen [§ 2003]. Vgl. hierzu auch § 2004. — § 94: Befindet sich das Vermögen außer dem Sprengel der Abhandlungsinstanz oder ist dasselbe einer anderen Realinstanz unterworfen, so hat sich die Abhandlungsbehörde an das zuständige Gericht zu wenden, damit dasselbe die Inventur durch seine Gerichtsabgeordneten vornehmen lasse, oder einen Notar dazu bestelle.“ — § 95: „Zur Vornahme der Inventur hat der Inventarkommissär nebst den erforderlichen Kunstverständigen immer zwei Hausgenossen des Erblassers oder andere glaubwürdige Männer als Zeugen beizuziehen. Die besannten Erben, welche am Orte der Inventuraufnahme anwesend sind, oder sich in solcher Nähe befinden, daß ihre Vorladung ohne Aufenthalt geschehen kann; der etwa bestellte Verlassenschaftskurator, der Vollzieher des letzten Willens, wenn ein solcher bestellt ist, und diejenigen Gläubiger, welchen allenfalls die Absonderung der Erbschaft von dem Vermögen des Erben bewilligt würde, sind von Amtswegen vorzuladen. — Bei Lehen-, Fideikommiß- und Substitutionsanfällen sind außer dem unmittelbaren Nachfolger auch die anwesenden künftigen nächsten Erben, der landesfürstliche Lehenkommissär, die Fideikommiß- oder Substitutionskuratoren und die vermuthlichen Erben des frei vererblichen Vermögens des Erblassers oder ihre gesetzlichen Vertreter beizuziehen. — Sollten die Vorgeladenen zur vorgeschriebenen Stunde nicht erscheinen, so kann das Inventar auch in ihrer Abwesenheit aufgenommen werden. Der Inventarkommissär hat sich jedoch vorläufig die Überzeugung von der gehörig erfolgten Zustellung der Vorladung zu verschaffen, und dieses auf dem Inventar zu bemerken.“ — § 96: „Bei minder bedeutenden Verlassenschaften ist das Inventar, wenn es von Amtswegen errichtet werden muß, oder einer der Erben darum ansucht, sogleich bei der Todesfallaufnahme zu verfassen und dem Gerichte vorzulegen.“ — § 97: „Das Inventar muß ein genaues und vollständiges Verzeichnis alles beweglichen und unbeweglichen Vermögens, in dessen Besitz sich der Erblasser zur Zeit seines Todes befunden hat, enthalten und den damaligen Wert und Betrag desselben klar anzeigen. — Die einzelnen Bestandteile des Vermögens sind nach Rubriken zu ordnen, und am Ende des Inventars die Hauptsummen aller Rubriken zu wiederholen und zusammenzuziehen. — Es ist darin zu bemerken, zu welcher Zeit und in wessen Gegenwart das Inventar aufgenommen worden ist.“ (Vgl. hierzu G. M. N. 3813 [Die Legatäre sind zur Opposition gegen die Ergänzung des Nachlassinventars oder zum Antrage auf Ausschreibung oder Aufnahme bestimmter Objekte in das Inventar nicht legitimiert]; und G. O. G. v. 17. XII. 1903, 3. 16325, in Notz. 1905, S. 392 [Da die Nachlassinventur gemäß § 97 AusfreitG. lediglich dasjenige Vermögen auszuweisen hat, in dessen Besitze der Erblasser zur Zeit seines Todes sich befunden hat, so sind auch Bankdepots und -guthaben nur für diesen Tag festzustellen. Das Gericht ist daher berechtigt, einer Bank, bei der der Erblasser seit Jahren einen Teil seines Vermögens erliegen hatte, die Vorlage der Kontoforrents über die bei ihr am Todestage erlegt gewesenem und noch erliegenden Depots und Guthaben aufzutragen, keineswegs aber berechtigt, ein Kontoforrent für einen Zeitraum von drei Jahren vom erblasserischen Todestage zurückgerechnet, abzufordern]). — § 98: „Die Gerichtsabgeordneten haben sich über den Zustand des Vermögens durch Untersuchung der Verlassenschaftsschriften und der vorhandenen Urkunden, durch eigene Besichtigung der Güter und Fahrnisse, Vernehmung der Erben, Verwandten und Hausgenossen, Benützung der öffentlichen Bücher und



Gerichtsakten und durch andere schickliche Mittel vollständige Aufklärung zu verschaffen. — Sie haben die Vollendung und Überreichung des Inventars so viel als möglich zu beschleunigen, sich aller eigenmächtigen Verfügung über die zur Verlassenschaft gehörigen Gegenstände bei schwerer Verantwortung zu enthalten, und nicht das Geringste davon, wäre es auch durch Kauf, an sich zu bringen.“ (Vgl. hiezu G.M.N.Z. 3339, 3371; E. O.G.H. v. 17. XII. 1903, Z. 16323, in Notz. 1905, S. 392; und E. O.G.H. v. 18. X. 1910, R. I. 643/10, in OstzBl. 29, Nr. 141 [Die Sparkassen (Banken) sind verpflichtet, auf die vom Abhandlungsgerichte an sie gerichtete Anfrage über den Bestand einer Einlage des Erblassers und deren Höhe Auskunft zu geben (§§ 2, 3, 5 und 98 AuskretitG.). Unzulässig ist aber die Androhung von Geldstrafen für den Fall der Auskunftsverweigerung]; vgl. ferner G.M.N.Z. 848, 850 und 3719 [exzerpiert in Note 3 auf S. 254 f. dieses Bandes]. — Nach dem d. O.G.H. besteht die Verpflichtung des Erben, auf Verlangen eines Nachlassgläubigers vor dem Nachlassgerichte den Offenbarungseid dahin zu leisten, daß er nach bestem Wissen die Nachlassgegenstände so angegeben habe, als er dazu imstande sei [§ 2006]. Über die Auskunftspflicht des Fiskus als gesetzlichen Erben, ferner des Nachlasspflegers und des Nachlassverwalters vgl. §§ 2011, 2012 d. O.G.H.). — § 99: „Die zur Verlassenschaft gehörigen Wertpapiere sind nach ihrer Gattung, nach den Nummern, dem Tage der Ausstellung und dem Zinsfuße genau anzuführen. Zugleich ist der Betrag der bis zum Todestage ausstehenden Interessen beizufügen. Derlei Papiere sind in dem Inventar einzuweisen nur mit ihrem Nennbetrage anzuführen, ihre eigentliche Wertbestimmung aber ist der Abhandlung vorzubehalten.“ — § 100: „Bei anderen Forderungen des Erblassers muß der Name des Schuldners, der Tag der Ausstellung des Schuldscheines und der dazu gehörigen Urkunden, der Zinsfuß, der Betrag der Hauptschuld und der bis zum Todestage verfallenen Interessen angezeigt und bemerkt werden, ob und wie das Kapital versichert sei. — Sind über eine Post keine Urkunden vorhanden, so muß in dem Inventar beigesetzt werden, worauf sich die Angabe über diese Forderung gründet. — Urkunden, Rechnungen und Schriften, welche für die Teilnehmenden wichtig sein können, aber sich nicht auf einzelne Schuldposten beziehen, sind am Ende des Inventars kurz anzuzeigen.“ — § 101: „Fahrnisse sind entweder nach Gattung, Zahl, Maß und Gewicht anzugeben, oder einzeln zu beschreiben. Ihr Wert ist durch gerichtliche Schätzung zu erheben. — Größere Vorräte oder Sammlungen von Sachen derselben Art können in besondere Verzeichnisse gebracht und diese dem Inventar angegeschlossen werden.“ (Vgl. hiezu E. O.G.H. v. 24. V. 1911, R. I. 340/11 in Notz. 1911, S. 271 [„Die Verfügung der Untergerichte, daß die Schätzung des vom Erblasser betriebenen Spezeret- und Delikatessengeschäfts als solchen, also ohne Rücksicht auf Geschäftseinrichtung, Warenlager usw. vorzunehmen sei, ist im Gesetze nicht begründet. . . . Ein Handelsgeschäft ist der Inbegriff aller zu dessen Betrieb erforderlichen Aktiven, nämlich Warenlager, Geschäftseinrichtung, Außenstände usw. und der Geschäftspassiven. Die Bewertung eines Handelsgeschäfts kann also nur als Gesamtsache erfolgen, wobei dessen einzelne Bestandteile nur als Wertfaktoren in Betracht kommen. Hierbei können unter Umständen auch der Kundenkreis und die Berechtigung zur Fortführung der bisherigen Firma des Geschäfts als preisbestimmende Faktoren von Bedeutung sein. Der auf solche Weise ermittelte Wert eines Handelsgeschäfts als Gesamtsache kann selbst Gegenstand der Inventurierung als Nachlassvermögen sein; denn ein Handelsgeschäft als Ganzes ist ein Vermögensobjekt, welches, wenn der Betrieb nicht an die Erlangung einer Konzeption, also an ein persönliches Recht, gebunden ist, auch im Erbwege übertragen werden kann. Wird aber das Handelsgeschäft nicht als Gesamtsache inventuriert und geschätzt, dann kann dies nur durch Vergleichung und Schätzung der einzelnen realen Wertträger des Geschäfts geschehen, welche Gegenstand einer Übertragung im Erbrechtswege sein können. Das „Geschäft als solches“, unter welchem die Noterben nach ihrer Darstellung den Kundenkreis und die Berechtigung zur Fortführung der bisherigen Firma verstehen, bildet, losgelöst von seinen realen Wertträgern, kein vererbliches Vermögensrecht und kann daher auch nicht abgesondert inventuriert und bewertet werden.“). — § 102: „Der Wert unbeweglicher Güter ist, insofern er zur Bemessung der Gebühren erhoben werden soll, nach Vorschrift des Gebührengesetzes auszumitteln, und in das Inventar einzutragen. — In Beziehung auf die Rechte der Parteien ist eine gerichtliche Schätzung zum Zwecke der Abhandlung nur dann aufzunehmen, wenn sie von einem der Erben angefordert oder von dem Gerichte wegen Berechnung des Pflichtteiles oder

aus anderen besonderen Gründen ausdrücklich angeordnet wird. Außer diesem Falle kann der Wert der Güter in dem Inventar nach der letzten früher vorgenommenen Schätzung oder nach dem Kontrakte bei der letzten Besitzveränderung oder endlich nach den Steuerregistern angeschlagen werden. — Die den Wert einer unbeweglichen Sache nachweisenden Urkunden sind in Urchrift oder beglaubigter Abschrift dem Inventar anzuschließen, oder wenigstens darvia mit Bestimmtheit anzuführen“ (Vgl. hiezu G.M.N.Z. 2056, 2124, 2333 [Die gerichtliche Schätzung einer Nachlassliegenschaft auf Antrag der Finanzbehörde behufs Richtigstellung der Gebührenbemessung ist auch nach erfolgter Einantwortung und nach Übergang der Liegenschaft in eine dritte Hand zulässig [anders G.M.N.Z. 1719]; vgl. ferner ad § 102 AuskretitG. auch G.M.N.Z. 2327 [exzerpiert in Note 2 auf S. 285 dieses Bandes]). — § 103: „Zu Schätzungen unbeweglicher Güter, größerer Sammlungen von Büchern, Kunstwerken oder Seltenheiten und anderer Fahrnisse von besonderem Werte sind zwei beeidigte Sachverständige zu gebrauchen. — Die übrigen Fahrnisse können von einem einzigen beeidigten Sachverständigen geschätzt werden, insofern nicht von einem Beteiligten die Beziehung eines zweiten Kunstverständigen verlangt wird, in welchem Falle er die Kosten dafür zu tragen hat. — Die beeideten Schätzleute haben den gemeinen Wert der Güter und Fahrnisse nach der Zeit des Todes des Erblassers genau und gewissenhaft anzugeben“ (Vgl. hiezu Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 190). — § 104: „Angeblich fremde Sachen, in deren Besitz sich der Erblasser befunden hat, sollen in das Inventar aufgenommen werden, ohne jedoch, wenn die Eigentumsrechte dritter Personen klar erscheinen, den Wert derselben auszuwerfen, und bei Berechnung des Vermögens in Anschlag zu bringen. — Immer ist hierbei zu bemerken, von wem und aus welchem Grunde diese Sachen angesprochen werden. — Auch Sachen, welche dem Erblasser gehören, sich aber in Händen dritter Personen befinden, sind in das Inventar einzubeziehen, und dabei der Grund anzugeben, warum sie sich bei einem Dritten befinden“ (Vgl. hiezu G.M.N.Z. 2016 [Ist es zwischen Erbsinteressenten streitig, ob gewisse Sachen, die sich in Händen dritter Personen befinden, dem Erblasser gehören und daher in das Inventar einzubeziehen sind oder nicht, so ist diese streitige Auslegung auf den Rechtsweg zu verweisen und zwar denjenigen, welche die Einbeziehung in das Inventar ansprechen, die Klägerrolle zuzuweisen]; G.M.N.Z. 2336 [vgl. hiezu auch G.M.N.Z. 2202] [Der E. G.M.N.Z. 2336 lag folgender Fall zugrunde: Der A hinterließ ein für ihn gerichtlich verwahrtes, nach seinem Tode kraft depositenamtlicher Nummerung zum Übergange auf einen Dritten (C) bestimmtes Sparkassabuch und sonst kein Vermögen. Der Erbe B verlangte die Einbeziehung des Sparkassabuches in das Inventar; C machte dagegen Eigentumsanspruch auf das Sparkassabuch geltend, was beides im Inventurprotokolle festgestellt wurde. Der Abhandlungsrichter entschied: 1. Das Inventurprotokoll werde angenommen. 2. Die Verlassenschaft des A werde wegen Abganges jedweden Vermögens als beendet erklärt. 3. B werde betreffs der Frage, ob in die Verlassenschaft das Sparkassabuch gehöre, auf den Zivilrechtsweg verwiesen und habe die Klage gegen den C binnen 6 Wochen einzubringen, widrigenfalls ohne Rücksicht auf seine vermeintlichen Rechte mit dem Sparkassabuche verfügt werden werde. Der O.G.H. bestätigte diesen Beschluß in den Punkten 1 und 2 und änderte den Punkt 3 dahin ab, daß es dem B ohne offiziöse Zuteilung der Klägerrolle und ohne Bestimmung einer Frist überlassen werde, im Rechtswege seine eventuellen Rechte zur Verlassenschaft, respektive zu dem Sparkassabuche geltend zu machen]; E. O.G.H. v. 6. IX. 1910, R. II. 310/10, in OstzBl. 29, Nr. 108 [Nehmen die Erben eine im fremden Besitze befindliche Sache für den Nachlass in Anspruch, so ist diese ohne Präjudiz für den auf den Rechtsweg gehörigen Anspruch in das Nachlassinventar einzubeziehen]; ferner auch G.M.N.Z. 4241 [Das Abhandlungsgericht ist nicht befugt, die Herausgabe eines streitigen noch vor dem Tode des Erblassers in den Besitz eines der Erben gelangten, dem Erblasser gehörigen Sparkassabuches zu erzwingen]). — § 105: „Wenn der Betrag und die Beschaffenheit der Verlassenschaftsschulden ohne weitläufige Verhandlungen und großen Zeitverlust in das Klare gesetzt werden kann, sollen auch diese in dem Inventar vorkommen und die Rückstände an den Zinsen derselben, an schuldigen Steuern und anderen fortlaufenden Zahlungen bis zum Todestage des Erblassers berechnet werden. Dabei muß genau bemerkt werden, worauf sich die Angaben über jede einzelne Schuldpost gründen. — Der Passivstand ist insbesondere dann bei der Errichtung der Inventur mit möglichster

(§ 111—113 AusstreitG.)<sup>1)</sup> aufzunehmen und der Verlassenschaftsabhandlung zugrunde zu legen (§§ 802, 807 ABGB.).

Vollständigkeit zu erheben, wenn diese schon bei der Todesaufnahme vorgenommen wird (§ 96), um hierdurch das Gericht in den Stand zu setzen, die Verlassenschaftsabhandlung ohne weitere Erhebungen beendigen zu können. — Am Schlusse des Inventars wird die Hauptsumme der Schulden und das nach Abzug derselben erübrigende reine Vermögen berechnet“ (Vgl. hiezu und zu den früheren Paragraphen auch § 2001 b. ABGB. [Inhalt des Inventars] und § 2005 [Unrichtigkeit des Inventars]). — § 106: „Finden sich Handlungs-, Fabriks- oder Gewerbsbücher vor, so ist deren Beschaffenheit in dem Inventar zu bemerken, sodann sind die Bücher mit Rücksicht auf den Todestag, nötigenfalls unter Beiziehung von beeidigten Sachverständigen, abzuschließen, und der sich hiernach ergebende Vermögensstand in das Inventar einzubeziehen. — Hat der Erblasser an einer Handlungs-, Fabriks- oder Gewerbsunternehmung nur als Gesellschafter teilgenommen, so ist über seinen Anteil ein Rechnungsabluß vorzulegen, und nach Umständen dessen Prüfung durch beeidete Sachverständige zu veranlassen. — Die über die Anteile an Aktienvereinen ausgefertigten Aktienscheine sind unter den Wertpapieren aufzuführen (§ 99).“ — § 107: „Hat der Erblasser eine geistliche Pfründe bebesen, so ist zur Errichtung des Inventars, den darüber erteilten besonderen Vorschriften gemäß, ein geistlicher Kommissär oder ein anderer Abgeordneter der Staatsverwaltung beizuziehen, das Vermögen der Pfründe von dem eigenen Vermögen des Verstorbenen abzutrennen und jedes derselben in ein eigenes Verzeichnis zu bringen. Dabei muß mit Hilfe der Stiftungsurkunden und des Inventars der Pfründe der Betrag berechnet, und nötigenfalls durch Sachverständige festgestellt werden, welchen die Pfründe an die Verlassenschaft zu fordern oder derselben zu ersetzen hat. Dem Patron soll auch von der Errichtung des Inventars vorhin Nachricht gegeben und dabei auf seine Kosten zu erscheinen gestattet werden. — Inwiefern in einigen Kronländern zur Errichtung der Inventur über den Nachlaß eines Mitgliedes der höheren katholischen Geistlichkeit auch ein Vertreter des Staatschazes und Abgeordnete der politischen Behörden beizuziehen sind, bestimmen die dort bestehenden besonderen Vorschriften.“ — § 108: „War der Erblasser Nutznießer eines Fideikommisses, so ist in dem Fideikommissinventar nicht nur das wirklich vorgefundene Vermögen zu beschreiben, sondern auch zu bemerken, ob alle nach der letztwilligen Anordnung des Fideikommissstifters und nach den älteren Inventarien zu dem Fideikommiss gehörigen Güter und Fahrnisse vorhanden seien, oder wie viel davon fehle. — Befinden sich auf dem Fideikommissgute zu dem frei vererblichen Vermögen gehörige Früchte oder andere Fahrnisse, so muß darüber ein eigenes Inventar gefertigt werden. — Dieselben Vorschriften gelten auch für Lehen.“ — § 109: „Das Inventar ist von dem Gerichtsabgeordneten, den Sachverständigen, den Zeugen und den bei der Verfassung desselben anwesenden Beteiligten zu unterschreiben und samt allen Beilagen dem Gerichte zu überreichen, welches dasselbe nach vorausgegangener Prüfung aufzubewahren, und jedermann auf Verlangen Abschrift davon zu erteilen hat.“ — § 110: „Wenn das frei vererbliche Vermögen des Erblassers in mehreren Abteilungen inventiert wurde, so müssen von der Abhandlungsbehörde alle diese Teilinventarien summarisch in ein einziges Inventar, welches das ganze Vermögen des Erblassers umfaßt, zusammengetragen werden. — Das Formulare Nr. II enthält das Beispiel eines Verlassenschaftsinventars.“

<sup>2)</sup> Ein Inventar ist ferner zu errichten in den Fällen der §§ 804 und 812 ABGB., sowie von Amtswegen in den in § 92 AusstreitG. sub 1—4 angeführten Fällen. Vgl. Noten 3, 4 und 5 auf S. 285 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Vgl. hier auch M u h r i, Über Nachlassinventuren auf dem Lande, in Notz. 1905, S. 11.

<sup>1)</sup> § 111: „Die Kosten für die Errichtung der Inventur hat in der Regel die Verlassenschaftsmasse zu tragen. — Die Kosten für die Errichtung der Inventur über Fideikommiss-, Lehen- und Substitutionserbschaften fallen demjenigen zur Last, auf welchen der Genuß dieser Güter nach dem Erblasser übergeht.“ — § 112: „Dem Inventur-Kommissär ist es nicht gestattet, die den Sachverständigen zukommenden Gebühren gleich bei Verfassung des Inventars und ohne gerichtliche Bestimmung auszubehalten. Derselbe hat vielmehr die von den Sachverständigen angeprochene Belohnung mit genauer

Auch bezüglich der Haftung des Benefiziarerben ist zu unterscheiden:

1. die Haftung vor Einantwortung der Erbschaft. Hierüber vgl. § 5 dieses Bandes;

2. die Haftung nach Einantwortung der Erbschaft. Der bedingt erbs- erklärte Erbe haftet den Gläubigern und Legataren nur soweit, als die Verlassenschaft, d. h. nicht das bei der Inventur festgestellte Nachlaßvermögen, in dessen Besitze sich der Erblasser zur Zeit seines Todes befand, sondern jene Vermögensmasse, welche durch die Einantwortung in das Vermögen des Erben übergang<sup>1)</sup> — es müssen daher alle Veränderungen, welche das Nachlaßvermögen des Erblassers in der Zeit von seinem Tode bis zur Einantwortung des Nachlasses erfahren hat, berücksichtigt werden<sup>2)</sup> —, für ihre und auch seine eigenen außer dem Erbrechte ihm zustehenden Forderungen hinreicht (§§ 802, 1445)<sup>3)</sup>. Damit ist der Umfang der Haftung des Benefiziar-

Angabe der Zahl der zur Inventur verwendeten Tage oder Stunden samt den allfälligen Bemerkungen der Parteien zu verzeichnen, die ihm selbst etwa gebührenden Reisekosten und Diäten auszuweisen, und die Bestimmung des Gerichtes darüber einzuholen.“ — § 113: „Das Gericht hat in dem Bescheide über das vorgelegte Inventar auch die Bestimmung über die Kosten zu treffen und die Einhebung und Berichtigung derselben zu verfügen. — Bei Bestimmung der den Sachverständigen gebührenden Belohnung ist sowohl auf ihre Mühewaltung, Kenntnisse und den nötigen Zeitaufwand, als auch auf den Vermögensstand der Verlassenschaft und die Verhältnisse der Parteien gehörige Rücksicht zu nehmen. — Bei geringen Verlassenschaften können die Sachverständigen keine Belohnung beanspruchen, wenn sich zugleich der Erbe in dürftigen Vermögensumständen befindet.“ — Vgl. hiezu u. a. Trsek, Die Konkurrenz der Abhandlungskosten mit den Nachlaßpassiven, in Notz. 1903, Nr. 24—26; ferner GUMF. 2951 (Bei Überschuldung des Nachlasses haftet der Vorbehaltserbe für die Kosten des Inventars); GUMF. 4132 (Die Kosten des Inventars nach Besitzern geistlicher Pfründen zur Absonderung des Pfarrpfründenvermögens sind vom Nachfolger des Pfarrers in der Pfründe zu tragen [analoge Anwendung des § 111, Abs. 2 AusstreitG. und des HRzD. v. S. III. 1835 (PGE. Bd. 63, Nr. 25)]; E. OGH. v. 7. X. 1903, 3. 13 655, in OstzBl. 22, Nr. 120 (Haftung der Erben [der Nachlaßmasse] für die Kosten des vom Gerichtskommissär eigenmächtig aufgenommenen Inventars infolge ihrer nachträglich eingebrachten bedingten Erbsklärung).

<sup>1)</sup> Die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnisnehmer können den Erben durch Klage gemäß Art. XLII. EZPD. zur Ablegung des Offenbarungseides verhalten. Vgl. hiezu Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 186 f.; Weinberger, Die Klage auf Ablegung des Manifestationseides im österreichischen Rechte, in Grünhutsz. 35, S. 171 ff., 281 ff. (Spez. S. 302 ff.). Vgl. hier auch § 2066 d. ABGB.

<sup>2)</sup> So auch Krainz 2, 694; Anders 70 f.; GUMF. 2142. Anders Stubenrauch 1, 981; Wroblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbschaftsgläubiger, in OstzBl. 23, 367 ff., nach dessen Ansicht der Inventurwert, d. h. der Wert zur Todeszeit des Erblassers, die rechnerische Grundlage der persönlichen Verantwortlichkeit des Erben bildet; GUMF. 3760.

<sup>3)</sup> Die Frage der Zulänglichkeit des Nachlaßvermögens hat im allgemeinen im Prozeß, nicht im Exekutionsstadium zur Lösung zu kommen. Der Benefiziarerbe muß also im Prozeßverfahren über die Klage des Erbschaftsgläubigers oder Vermächtnisnehmers den Antrag auf ziffermäßige Herabminderung oder gänzliche Abweisung des Klageanspruches stellen und begründen, widrigenfalls er mit der Einwendung der Unzulänglichkeit des Nachlasses präkludiert ist (§ 35 EO.), und das Urteil hat dann auf Grund der Ergebnisse des Prozeßverfahrens den Betrag zu bestimmen, mit welchem der Benefiziarerbe zur Zahlung der eingeklagten Schuld herangezogen werden kann. Für diese Ansicht auch Stubenrauch 1, 982 f.; GUMF. 3760, 4827. Anders

erben bestimmt. Bestritten ist nur, ob die Haftung des Benefiziärerben auch nach der Einantwortung der Erbschaft nur auf die Mittel der Erbschaft beschränkt ist, d. h. ob der Benefiziärerbe auch nach der Einantwortung der Erbschaft nur mit dem Nachlasse haftet, der Nachlaß somit ein vom Vermögen des Erben gesondertes, und zwar das ausschließliche Exekutionsobjekt für die Verlassenschaftsgläubiger bleibt, dessen Gefahr sie zu tragen haben, oder ob nach der Einantwortung des Nachlasses der Erbe zwar nur pro, aber nicht bloß cum viribus hereditatis haftet. Diese Frage<sup>1)</sup> ist gegen Unger<sup>2)</sup> im letzteren, also in dem Sinne zu entscheiden, daß der Benefiziärerbe nach der Einantwortung zwar nur bis zu dem Werte der Verlassenschaft zur Zeit der Einantwortung — beschränkt —, in diesem Umfange aber mit seinem ganzen Vermögen haftet<sup>3)</sup>.

Randa, Der Erwerb der Erbschaft 114; Krainz 2, 697 (Note 34), der sagt: „... vor der Einantwortung muß, nachher kann die Entscheidung dem Exekutionsverfahren (§ 35 C.D.) vorbehalten bleiben“; G.M. 15835 und 16008, welche beiden Entscheidungen die Frage der Zulänglichkeit des Nachlasses der Lösung im Exekutionsstadium zuweisen und die beschränkte Haftung des besagten Benefiziärerben im Prozeßverfahren nur insofern berücksichtigt wissen wollen, als im Falle der Einwendung der beschränkten Haftung (nach der G.M. 15835 auch ohne eine solche Einwendung) Verurteilung „nach Zulänglichkeit der Erbschaft“ zu erfolgen hat. — In einem Falle — nämlich wenn der Gläubiger Exekution gegen den Erben auf Grund eines gegen den Erblasser erwirkten Exekutionstitels führt (§§ 9 und 34 C.D.) — kann die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung nicht im Einredewege erfolgen. Auch ist hier die Haftungsbeschränkung nicht etwa bei der Exekutionsbewilligung zu berücksichtigen; diese hat vielmehr ohne jede Bezugnahme auf die beschränkte Haftung zu erfolgen. In diesem Falle kann also die Haftungsbeschränkung nur im Wege der Oppositionsklage geltendgemacht werden. So auch Tillich, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 172 f.; Stubenrauch 1, 982 f. Daß Stubenrauch, a. a. D. noch einen zweiten Fall der Geltendmachung der Haftungsbeschränkung im Klagewege aufstellt, den Fall nämlich, daß es sich um Tatsachen handelt, welche nicht eine gänzliche oder teilweise Abweisung des Klagebegehrens, sondern eine Beschränkung des Exekutionsvollzuges begründen (Klage auf Unzulässigerklärung der Exekution gemäß § 39, 3. 5 C.D.), hängt mit der von Stubenrauch 1, 981 f. (vgl. weiter unten Note 3 auf dieser Seite) vertretenen Ansicht zusammen, daß der Benefiziärerbe, der die Gläubigerkonvokation veranlaßt hat, nicht pro, sondern bloß cum viribus hereditatis haftet. So ist es auch zu erklären, daß die G.M.N.F. 3763 die Entscheidung der Frage des Umfangs der noch übrigen Verlassenschaft (im Falle der Klage eines nach Ablauf der Ediktfrist sich meldenden Gläubigers) in das Exekutionsverfahren verweist.

<sup>1)</sup> Vgl. die Übersicht über die Literatur und Judikatur bei Hofner, Die Haftung des Vorbehaltserben, in Notz. 1900, Nr. 34—36 (speziell S. 274 f.).

<sup>2)</sup> 6, 179 und Anm. 8 auf S. 181 f. Für diese Ansicht auch die älteren Kommentatoren und G.M. 12495, 15857.

<sup>3)</sup> Für diese Ansicht u. a. Unger selbst (Die Verlassenschaftsabhandlung 161 ff.); ferner Dvorzak, in Haimerský W.Schr. 10, 66; Harařowský, Die Verlassenschaftsabhandlung 61 ff.; Randa, Erwerb der Erbschaft 107 ff.; Hofner a. a. D.; Wroblewski a. a. D. 367 ff.; Krainz 2, 694; Fischer-Cobrie, a. a. D. 5; Anders 70 f.; G.M. 694, 907, 2064, 4999, 7412, 8687, 8736, 9298, 12230, 12686, 13577; G.M.N.F. 4827. (Nicht widersprechend G.M. 7732, da diese Entscheidung die vorliegende Frage nicht unmittelbar entscheidet). Unentschieden läßt die Frage Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 2, 123 ff. (Note 2), der u. a. sagt: „Prüft man die für die eine, wie für die andere Meinung geltendgemachten Gründe, so wird man gestehen müssen, daß sich aus dem Wortlaute der einschlägigen Gesetzesbestimmungen (§§ 802, 812, 814, 815, 821 ABGB.; § 105 AustreitG.) ein absolut sicheres Urteil nicht gewinnen lasse, wie denn dasselbe von

Von mehreren Erben, welche die Erbschaft bedingt angetreten haben, haftet jeder einzelne nach der Einantwortung „selbst für die die Erbschaftsmasse nicht übersteigenden Lasten, nur nach Verhältnis seines Erbteiles“ (§ 821); d. h. jeder einzelne haftet nur für jenen Bruchteil der Forderung, welcher seiner Erbquote entspricht, also geteilt, und für diesen nur beschränkt, d. h. soweit der Wert der Erbquote reicht<sup>1)</sup>, mag auch der Exekutionstitel gegen die Verlassenschaft noch vor der Einantwortung erwirkt worden sein<sup>2) 3)</sup>.

## § 55.

## Modifikationen der Haftung.

A. Durch Absonderung der Verlassenschaft (separatio bonorum) (§ 812)<sup>4)</sup>. Erbschaftsgläubiger<sup>5)</sup> — nicht Gläubiger des Erben und auch nicht Miterben<sup>6)</sup> —, Legatäre — auch der Ehegatte, dem der Fruchtgenuß gebührt<sup>7)</sup> — und Noterben<sup>8)</sup>, welche aus der mit der Einantwortung

beiden Parteien angerufen wird. Aber auch die sachlichen Gründe, welche für und wider ins Feld geführt werden, können kaum als durchschlagend betrachtet werden“. Nach Stubenrauch 1, 981 f. ist zu unterscheiden, ob der Vorbehaltserbe die Gläubigerkonvokation veranlaßt hat oder nicht. Im letzteren Falle haftet er pro viribus hereditatis, im ersteren nur cum viribus hereditatis, wobei jedoch zu beachten ist, daß nach Stubenrauch 1, 983 (Note 4) die Haftung cum viribus „nicht materialistisch als die Haftung mit den einzelnen inventarisierten Nachlaßstücken zu verstehen“ ist, vielmehr „Haftung mit dem Nachlasse als veränderlichem Vermögen“ bedeutet. Wie Stubenrauch, auch G.M.N.F. 3673.

<sup>1)</sup> Vgl. u. a. Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung in Österreich 158 f.; ders. 6, 186 und Anm. 5 und 6 auf S. 187 f.; Anders 72 f.; ferner auch Blachy, Einfluß der Nachlaßeinantwortung auf die gebührenrechtliche Haftung der Miterben, in Notz. 1903, S. 130 f.

<sup>2)</sup> Vgl. G.M. 12230.

<sup>3)</sup> Vgl. hier auch C.D.G.H. v. 24. III. 1908, in JBl. 1908, S. 561 (Der Erwerber einer Nachlaßrealität kann den ihm vertragsmäßig gegen die Verlassenschaft als Veräußerer zustehenden Anspruch auf Depuration derselben auch dann gegen die übrigen Erben stellen, wenn er selbst Miterbe ist.)

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu F. Hofmann, Zur Lehre vom beneficium inventarii und von der separatio bonorum, in Grünhutsz. 8, 555 ff.; Unger 6, 175 ff.; Randa, Erwerb der Erbschaft 90 ff.; Steinlechner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 2, 127 ff.; Vertmann, Das beneficium separationis im römischen und heutigen Rechte, in Grünhutsz. 17, 257 ff. (Literaturangaben auf S. 257); Stubenrauch 1, 993 ff.; Wroblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbengläubiger, in ÖstJBl. 23, S. 257 ff., 360 ff., 463 ff.; Krainz 2, 697 ff.; Anders 68 f. — Vgl. hier auch § 1981, Abs. 2 d. ABGB., demzufolge auf Antrag eines Nachlaßgläubigers — welcher Antrag aber nur innerhalb von zwei Jahren nach der Annahme der Erbschaft gestellt werden kann — die Nachlaßverwaltung anzuordnen ist, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus dem Nachlasse durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet wird.

<sup>5)</sup> Vgl. hier u. a. C.D.G.H. v. 20. XII. 1910, R III 469/10 in ÖstJBl. 29, Nr. 359 (Separatio bonorum zur Sicherstellung der Unterhaltsansprüche unehelicher Kinder).

<sup>6)</sup> G.M. 6097.

<sup>7)</sup> So auch Stubenrauch 1, 993 (Note 3); G.M. 3204. Anders Krainz 2, S. 604, 698 (Note 3). Unentschieden Anders 68.



der Erbschaft eintretenden Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben<sup>1)</sup> <sup>2)</sup> für ihre Forderungen Gefahr „besorgen“, können bei der Abhandlungsbehörde vor der Einantwortung<sup>3)</sup> <sup>4)</sup> das Begehren stellen, daß die Erbschaft<sup>5)</sup> von dem Vermögen des Erben abgetrennt, wenn der Nachlaß dazu geeignet ist, vom Gerichte verwahrt, sonst von einem Kurator<sup>6)</sup> verwaltet, und ihr Anspruch darauf vorgemerkt, d. h. im Inventare angemerket<sup>7)</sup>, und berichtet werde. Cines Beweises oder einer Bescheinigung der Gefahr seitens des Ansuchenden oder einer richterlichen Feststellung der Gefahr bedarf es nicht. Doch ist das Separationsbegehren abzuweisen, wenn die geäußerte Besorgnis nach dem vom Erben zu führenden Beweise offenbar als grundlos oder auf Kränkung des Erben berechnet erscheint<sup>8)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Oll. 8972 (Dem durch gerichtlichen Erlag bereits gedeckten Noterben steht das Separationsrecht nicht zu); ferner Oll. 14895 (Auch die im Testamente mit Legaten bedachten Noterben, welche sich aus dem Gesetze unbedingt erbserklärt haben und gegen den Testamentserben auf den Rechtsweg verwiesen wurden, sind berechtigt, die Absonderung des Nachlasses vom Vermögen des Erben und die Aufstellung eines Kurators zu begehren).

<sup>2)</sup> Die Separation kann auch vor abgegebener Erbsklärung begehrt werden. So Stubenrauch 1, 994 (Note 1); Anders 68; Oll. 7880. Anders Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung 149; Touaillon, Von der Erbsklärung zum Erbschaftsstreite, in OStZBl. 26, 366. Unentschieden Oll. 13925.

<sup>3)</sup> Infolge Wegfalls der Möglichkeit einer tatsächlichen Vermengung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben kann gegen den in Konkurs versunkenen Erben Separation nicht begehrt werden. So auch Anders 168; Oll. 12315. Anders Unger 6, Anm. 4 auf S. 176. f.; Stubenrauch 1, 994 (Note 7). Vgl. hiezu auch Rintelen, Das österreichische Konkursrecht 167 f.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu weiter unten S. 296 und Note 6 auf S. 296 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Dadurch, daß dem Erben gemäß § 810 ABGB. die Beforgung und Benutzung der Verlassenschaft überlassen wurde, geht das Recht, die Separation des Nachlasses zu begehren, nicht verloren. Vgl. Oll. 1249.

<sup>6)</sup> Auch wenn sie in Immobilien besteht (so auch Stubenrauch 1, 994 [Note 5]; Oll. 12724; Oll. 1249, 1378; anders Oll. 65), und auch wenn sie gerichtlich beponiert ist (so auch Oll. 13906, 15172; anders Oll. 15428. Nicht widersprechend, da es sich hier um einen ausdrücklich zur eventuellen Deckung des Separationsberechtigten erfolgten Erlag handelt, der jede Gefährdung ausschließt, die weiter oben in Note 8 auf S. 293 dieses Bandes erzipierte O. Oll. 8972 und Oll. 61 [Die separatio honorum kann über Antrag des Erben durch Sicherstellung der Forderung des Separationswerbers durch gerichtlichen Erlag eines Bedeckungskapitals ersetzt werden]; ferner Stubenrauch 1, 994 [Note 2]; Anders 69).

<sup>7)</sup> Ein Miterbe kann nicht zum Separationskurator bestellt werden; Vgl. Oll. 14781. — Vgl. hier auch Oll. 1378 (In dem Verzicht des Substitutionswerbers auf die Verwaltung der abgetrennten Nachlaßrealitäten durch den Separationskurator liegt auch ein Verzicht auf die Güterseparation) und O. OStZBl. v. 23. VI. 1905, 3. 10034, Linz 8998 (Die Aufhebung der Separationskuratel ist, solange die Separation selbst andauert, über einseitiges Begehren des Separationswerbers ohne Zustimmung aller Interessenten nicht zulässig).

<sup>8)</sup> Vgl. Oll. 841 (Unter dem Ausdrucke „Vormerkung“ versteht § 812 nicht eine Anmerkung in die öffentlichen Bücher, sondern eine Vormerkung auf die ganze Erbschaft, die als solche keinen Gegenstand der öffentlichen Bücher bildet. § 812 hat also eine Anmerkung in den Gerichtsakten vor Augen, durch welche bewirkt wird, daß der die Absonderung Ansuchende bei der Verteilung der Verlassenschaft nicht etwa übergangen werde. Auf Grund dieser Bestimmung kann also nicht etwa der Legatar im außerstreitigen Verfahren Sicherstellung auf ein bestimmtes Erbgut begehren).

<sup>9)</sup> So auch Unger 6, Anm. 3 auf S. 176; Hofmann, a. a. O. 570 („Ciner

Die Forderung, wegen welcher die Absonderung begehrt wird, muß urkundlich bescheinigt sein<sup>1)</sup>. Liquidität und Fälligkeit der Forderung sind aber keine Erfordernisse für die Bewilligung der Separation<sup>2)</sup>.

Die Wirkung der bewilligten Absonderung ist die, daß die Verlassenschaft inventarisiert (§ 92 AustrittsG.), unter Umständen versiegelt und, wenn sie hiezu geeignet ist, vom Gerichte verwahrt, sonst aber zu ihrer Verwaltung<sup>3)</sup> ein Kurator<sup>4)</sup> bestellt wird, und daß der Nachlaß auch nach

offenbaren Schikane ist nicht stattzugeben“); Dertmann, a. a. O. 284; Burckhard, System 3, 421 (Note 27); Stubenrauch 1, 994; Krainz 2, 698; Anders 69; Oll. 1650, 4074, 4630, 5107, 7880, 12724, 15538; Oll. 1123, 1249 („... die separatio honorum setzt nach dem Gesetze weder einen Nachweis, noch eine Bescheinigung, noch eine richterliche Feststellung einer Gefahr, sondern lediglich die subjektive Besorgnis des Gesuchstellers voraus, daß er durch die Vermengung der Verlassenschaft mit dem Vermögen des Erben für seine Forderung Gefahr laufen könne. Dem Separationswerber obliegt also nicht die Verpflichtung, eine Gefahr oder die Wahrscheinlichkeit einer solchen zu bescheinigen. Vielmehr wäre es Sache des Erben gewesen, darzutun, daß unter den obwaltenden Umständen eine solche Gefahr von vornherein ausgeschlossen, somit die geäußerte Besorgnis grundlos sei“); 4315 („Das Gesetz fordert also bloß eine subjektive Besorgnis, ohne jeden Nachweis der Wirklichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer Gefahr, und dies umsoweniger, als ja die Durchführung der Separation nur auf die Verantwortung des Absonderungswerbers und unter den im Gesetze selbst bestimmten Folgen stattfinden kann. Eine Schranke kann kein subjektives Recht nur dann finden, wenn nicht einmal die erwähnte subjektive Besorgnis vorliegt, wenn eine wirkliche Besorgnis sich infolge der obwaltenden Umstände nach den Grundsätzen der Vernunft als unmöglich darstellt“); O. OStZBl. v. 18. V. 1910, R I 322/10, in OStZBl. 28, Nr. 495. Anders Oll. 1557, 1739, 2337 und wohl auch 14338.

<sup>1)</sup> So auch u. a. Stubenrauch 1, 994 und Note 3; Krainz 2, 698 (Note 2); Anders 69; ferner aus der Judikatur des OStZBl. u. a. Oll. 5040, 5964, 6789, 10565, 12724 (Die schriftliche Mitteilung des Notars, worin bestätigt wird, daß der Geflasser ihm gegenüber ausdrücklich die Forderung, wegen welcher die Separation begehrt wird, anerkannt habe, ist eine hinreichende Bescheinigung), 13925 (Ein verjährter Wechsel ist keine hinreichende Bescheinigung), 14338, 15172 („Nach § 812 ist weder ein strikter urkundlicher Beweis der Forderung seitens des einschreitenden Erbschaftsgläubigers, noch die Anerkennung des geltendgemachten Anspruches von Seite des Erben erforderlich. Es genügt, wenn derartige Bescheinigungen vorgelegt werden, um annehmen zu können, daß das gestellte Begehren nicht lediglich in Schikane oder dem Streben, in ungerechtfertigter Weise die Einantwortung des Nachlasses an den Erben zu verzögern, seinen Grund habe“), 15538; Oll. 1123 (Ein noch nicht rechtskräftiges Urteil ist genügend zur Bescheinigung des Anspruches), 2870. Gegen das Erfordernis der Bescheinigung des Anspruches Burckhard, System 3, 421 (Note 27); Oll. 8803, 11836. — Die Überreichung der Klage gilt an sich noch nicht als Bescheinigung der Forderung. So auch Stubenrauch 1, 994 (Note 3); Krainz 2, 698 (Note 2); Oll. 15782; Oll. 2870. Anders Oll. 15677. Vgl. hier auch O. OStZBl. v. 20. XII. 1910, R III 469/10, in OStZBl. 29, Nr. 359, in welcher Entscheidung die notwendige Bescheinigung schon dadurch als gegeben angesehen wurde, daß der Anspruch bei der Verlassenschaftsabhandlung als Passivpost angemeldet wurde. — Durch Rautionsleistung wird die Bescheinigung nicht ersetzt. So auch Oll. 11533.

<sup>2)</sup> So auch u. a. Dertmann, a. a. O. 261; Stubenrauch 1, 994 (Note 3); Krainz 2, 698 (Note 2); Anders 69; Oll. 5107, 15172; Oll. 1123.

<sup>3)</sup> Der nur zur Verwaltung des Nachlasses bestellte Kurator ist zur Beforgung der Befriedigung der Gläubiger und Legatäre (vgl. Oll. 7512), zur Wirkung der Böschung einer mit dem Vorbehalte des § 822 bewilligten Vormerkung (vgl. Oll. 5530) und zur Anfechtung der vom Erben anerkannten Passiven (vgl. Oll. 10107) nicht befugt und kann auch nicht den Erben zur Räumung der Wohnung des Geflassers zwingen (vgl. Oll. 3023).



erfolgter Einantwortung faktisch und rechtlich vom Vermögen des Erben getrennt bleibt<sup>1)</sup> (daher die Bestimmung des § 1445). Die Erbschaftsgläubiger, Legatäre oder Noterben, welche die Absonderung des Nachlasses erwirkt haben, wahren sich dadurch das Recht, auch nach der Einantwortung mit Ausschluß der Gläubiger des Erben aus der Verlassenschaft befriedigt zu werden<sup>2)</sup>, verlieren aber andererseits das Recht, anderweitiges Vermögen des Erben, selbst wenn dieser sich unbedingt erbserklärt hätte, in Anspruch zu nehmen<sup>3)</sup>. Zu bemerken ist noch folgendes:

1. Erbschaftsgläubiger, welche die Absonderung des Nachlasses nicht begehrt haben, können dieses Rechtsmittel nach erfolgter Einantwortung, auch wenn die Einantwortungsurkunde noch nicht hinausgegeben ist<sup>4)</sup>, auch nicht bezüglich eines erst später hervorgekommenen, zur Verlassenschaft gehörigen Vermögens<sup>5)</sup> geltendmachen<sup>6)</sup>.

2. Haben von mehreren Berechtigten nur einzelne vom Separationsrechte Gebrauch gemacht, so nützt und schadet dies den übrigen nicht<sup>7)</sup>. Das Rechtsmittel steht jedem selbständig zu, kann daher, selbst wenn es

<sup>1)</sup> Vgl. auch hier die in der Note 6 auf S. 294 dieses Bandes zitierten GG. III. 14781; GMRz. 1378; und E. OGH. v. 23. VI. 1905, 3. 10034, Sinks 8998.

<sup>2)</sup> Die Separation dauert auch nach der Einantwortung fort. Die bewilligte Separation steht also der Einantwortung nicht im Wege. So auch Wroblewski, a. a. D. 371; Stubenrauch 1, 995 (Note 2); Krainz 2, 699 und Note 10; Anders 69; GMRz. 1531, 10736, 10992; GMRz. 1378. Anders Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung 156; Kanda, Erwerb der Erbschaft 94; Steinlechner, a. a. D. 2, 129 (Note 7). Vor der Bewilligung des Separationsansuchens darf aber die Einantwortung nicht erfolgen. So auch Wroblewski, a. a. D. 371 (Note 11); Stubenrauch 1, 995 (Note 2); Krainz 2, 699 (Note 10); GMRz. 14036.

<sup>3)</sup> Richtig bemerkt Wroblewski, a. a. D. 371: „Daß hierbei nicht der Inventarwert, sondern die Verlassenschaft in Betracht kommt, daß demnach die Wertveränderungen auch auf die Rechte der Separatisten Einfluß haben, ist ... klar.“ — Über die — wohl zu verneinende — Frage, ob die nach Anfall der Erbschaft gezogenen Früchte infolge der Absonderung die Erbschaft vermehren vgl. Wroblewski, a. a. D. 374 f.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu auch Fischer-Colbrie, Bemerkungen über die Erbenhaftung nach österreichischem Rechte (S. II. aus Notz. 1908) 6.

<sup>5)</sup> Vgl. GMRz. 15675.

<sup>6)</sup> So auch Unger 6, Anm. 4 auf S. 177; Stubenrauch 1, 994 (Note 8); Krainz 2, 699 (Note 8); Anders 68 f. Anders Schießl, Zit der § 812 auch auf ein der Abhandlung nicht unterzogenes, nach der Einantwortung hervorgekommenes Verlassenschaftsvermögen anwendbar?, in WagnersZ. 1844, II, 12 ff.; GMRz. 1021.

<sup>7)</sup> So auch Unger 6, 175 und Anm. 4 auf S. 176 f.; Stubenrauch 1, 993 f. und Note 1 auf S. 994; Krainz 2, 699; Fischer-Colbrie, a. a. D. 15; Anders 68 f.; GMRz. 320, 1249. Vgl. auch Touillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftstreite, in ÖstZBl. 26, 364 ff. — Über das Absonderungsrecht der Nachlassgläubiger gegenüber dem siegreichen Erbschaftskläger vgl. weiter unten S. 335 f. und Note 2 auf S. 336 dieses Bandes.

<sup>8)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 853; Unger 6, Anm. 7 auf S. 177 f.; Wroblewski, a. a. D. 370 (vgl. auch die weiteren Ausführungen über das Verhältnis des Separatisten zu den sonstigen Separationsberechtigten auf S. 371 ff.); Krainz 2, 698.

von dem einen oder anderen bereits geltendgemacht wurde, noch immer von anderen geltendgemacht werden<sup>1)</sup>.

B. Durch Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger (Gläubigerkonvokation) (§§ 813—815 ABGB.; §§ 133—136 AusstreitG.)<sup>2)</sup>. Der bedingt erbserklärte Erbe (nicht der unbedingt erbserklärte<sup>3)</sup>) oder der Verlassenschaftskurator<sup>4)</sup> kann vor der Einantwortung der Erbschaft<sup>5)</sup> „zur Erforschung des Schuldenstandes“ der Verlassenschaft<sup>6)</sup> verlangen, daß die

<sup>1)</sup> Vgl. GMRz. 10 839.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu u. a. Unger 6, 179 ff.; Feldner, Die Einberufung der Gläubiger, in ÖstZBl. 1891, Nr. 17—20 (vgl. hier insbesondere über die historische Entwicklung dieses Institutes in Österreich S. 130 [über dessen geschichtliche Entwicklung überhaupt vgl. auch Luschin, in RgZ. 12, 46 ff.; Wischoff, Steiermärkisches Landrecht 185 ff.; Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts (3) 3, 161 (Note 55)] und über den Einfluß des preussischen Landrechts [I, 9, §§ 452 ff.] S. 131); Stubenrauch 1, S. 981, 996 ff.; Krainz 2, 695 ff.; Fischer-Colbrie, Bemerkungen über die Erbenhaftung nach österreichischem Rechte (S. II. aus Notz. 1908) 6 ff.; Anders 71 f. — Vgl. hier auch die Bestimmungen über das Aufgebot der Nachlassgläubiger“ in den §§ 1970—1974 d. BGB. Ein besonderes Privat-aufgebotsverfahren für den Fall des Vorhandenseins mehrerer Erben normiert § 2061 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu HfD. v. 28. XII. 1791 (JGS. 234). Wie der Text, u. a. Feldner, a. a. D. 140; Fischer-Colbrie, a. a. D. 71. Anders u. a. Stubenrauch 1, 996 (Note 2); Anders 72.

<sup>4)</sup> Nach d. BGB. ist antragsberechtigt: jeder Erbe, dessen Haftung noch beschränkbar ist (§ 2013, Abs. 1, Satz 1; vgl. aber auch § 2013, Abs. 1, Satz 2), ferner der Nachlasspfleger und der Testamentsvollstrecker, wenn ihnen die Verwaltung des Nachlasses zusteht.

<sup>5)</sup> Diese Ansicht steht im Einklang mit dem HfD. v. 27. III. 1846 (JGS. 948), welches ausspricht, daß nach erfolgter Einantwortung der Erbschaft die Eröffnung des Konkurses über die Verlassenschaft unzulässig ist. Für die Ansicht des Textes, daß nach geschahener Einantwortung die Gläubigerkonvokation nicht mehr erfolgen kann, u. a. Kanda, Der Erwerb der Erbschaft 118; Hofer, Die Haftung des Vorbehaltsrben, in Notz. 1900, 282; Stubenrauch 1, 996 und Note 4; Wroblewski, Separatio bonorum und Sicherstellung der Erbengläubiger, in ÖstZBl. 23, 468; Fischer-Colbrie, a. a. D. 12 f.; Anders 71; GMRz. 8395. Dagegen Unger 6, 179 und Anm. 16 auf S. 184; ders., Die Verlassenschaftsabhandlung 166 (Note 23); Feldner, a. a. D. 140, welche die Gläubigerkonvokation auch nach der Einantwortung zum Zwecke der Geltendmachung des Abzugsrechtes des Erben für zulässig erachten. De lege ferenda dagegen, daß Nachlasskonkurs und Gläubigerkonvokation nach Einantwortung der Erbschaft nicht mehr zulässig sind, Fischer-Colbrie, a. a. D. 14 f.

<sup>6)</sup> Über den Zweck der Einberufung der Gläubiger vgl. Feldner, a. a. D. 137 ff., der, nachdem er festgestellt hat, daß die Erforschung des Schuldenstandes niemals für sich Zweck der Einberufung sein könne, zwischen der Einberufung durch den Kurator und der durch den Erben unterscheidet, indem er im ersten Falle den Zweck der Konvokation darin findet, „daß auf den möglichen Fall der Überschuldung der allen gerechte Vermögenszweck gegen das im allgemeinen frei gewordene Zugriffsrecht des einzelnen zeitweilig, d. i. bis zur Aufklärung der Vermögenslage und dann erst ermöglichten Einbringung des Antrages auf Konkursöffnung gesichert werde“, während im zweiten Falle, da der Erbe nicht, wie der Kurator, verpflichtet sei, sobald die Überschuldung klar vorliege, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, sondern die Wahl zwischen dem Antrage auf Eröffnung des Nachlasskonkurses und der Eridamäßigen Befriedigung der Gläubiger „aus eigener Hand“ habe, der Zweck der Konvokation entweder in der gleichen Weise, wie beim Kurator, zu bestimmen sei oder aber „aus den notwendigen Voraussetzungen der praktischen Ausübung des dem Inventararben vorbehaltenen Abzugsrechtes, welches den wesentlichsten Inhalt der Rechtswohlthat des Inventars bildet,“ sich ergebe.

Erbschaftsgläubiger mittels Ediktes zur Anmeldung und Dartuung ihrer Forderungen auf eine den Umständen angemessene Zeit einberufen werden (§ 813 ABGB.; § 133 AusstreitG.)<sup>1)</sup> 2). In einem Falle, nämlich dann, wenn die Verlassenschaft einer zum Militärstande gehörigen Person abgehandelt wird, welche gegen das Militärärar in Rückständen gestanden sein kann, findet die Einberufung von Amtswegen statt (§ 134 AusstreitG.)<sup>3)</sup>.

Bis zum Ablaufe der Ediktalfrist ist mit der Befriedigung der einzelnen Gläubiger inne zu halten (§ 813 ABGB.). Doch sind die Gläubiger ungeachtet der erfolgten Einberufung nicht gehindert, ihre Forderungen im Prozesse geltend zu machen<sup>4)</sup> und zu deren Befriedigung die Exekution gegen die Verlassenschaft zu führen<sup>5)</sup>. Dagegen haben sich allerdings früher die meisten Autoren<sup>6)</sup> und insbesondere auch Unger<sup>7)</sup> und Rand a<sup>8)</sup> ausgesprochen und ausgeführt, daß bis zum Ablaufe der Anmeldefrist das Befriedigungsrecht der Gläubiger gehemmt sei, diese daher im Prozeßwege den Erben nicht zur Zahlung zwingen und somit auch nicht Exekution führen könnten. Allein die hier in Übereinstimmung mit der Praxis vertretene Ansicht war immer die richtige und ist nunmehr auch gesetzlich anerkannt. § 42, Z. 6 G.D. bestimmt nämlich: „Die Aufschiebung (Hemmung) der Exekution kann auf Antrag<sup>9)</sup> angeordnet werden: . . . 6. wenn eine Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger (§ 813 ABGB.) bewilligt wird“<sup>10)</sup>. Und § 44, Abs. 1 G.D. normiert: „Die Bewilligung

<sup>1)</sup> § 133 AusstreitG. lautet: „Edikte zur Einberufung der Verlassenschaftsgläubiger sind, den Bestimmungen der §§ 813–815 des ABGB. gemäß, auf Ansuchen des Erben oder Verlassenschaftskurators nach Formulare Nr. V auszufertigen. Nach Umständen kann die Vorladung der Gläubiger mittelst des nämlichen Ediktes geschehen, wodurch die Erben einberufen werden.“

<sup>2)</sup> Vgl. § 1970 d. BGB.

<sup>3)</sup> Das Zivilgericht hat eine Frist von sechs Monaten zur Anmeldung und Dartuung der Forderungen zu setzen und die Landesmilitärbehörde von der Gläubigerkonvokation zu verständigen (§ 134 AusstreitG.).

<sup>4)</sup> Vgl. G.M.N.Z. 1576.

<sup>5)</sup> So auch Wessely, in WagnersZ. 1842, I, 46 ff.; Gspan, in Öst. u. G. 1851, Nr. 66; Stubenrauch 1, 996 (Note 6); Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 188 f.; Fischer-Colbrie, a. a. D. 11; und die Praxis des O.G.H., insbesondere G.M. 3409, 4090; G. O.G.H. v. 9. VII. 1872 (JubB. 20), G.M. 12435 und wohl auch G.M.N.Z. 1576. Nach Krainz 2, 696 können die Gläubiger zwar ihre etwa bestrittenen Forderungen einbringen und auch schon vor Ablauf der Frist Exekution zur Sicherstellung führen, hingegen keine Befriedigung erlangen. Für diese Meinung auch G.M. 2798. Ähnlich Anders 71. Vgl. hier auch Hofner, a. a. D. 282.

<sup>6)</sup> Vgl. u. a. Rippel, Erläuterung 5, 215; Ellinger, in WagnersZ. 1841 I, 187 ff.; Winwartner, Das österreiche bürgerliche Recht 3, 389; Feldner, a. a. D. Nr. 19 und 20.

<sup>7)</sup> Die Verlassenschaftsabhandlung 166; System 6, 179 und Anm. 18 auf S. 185.

<sup>8)</sup> Der Erwerb der Erbschaft 118.

<sup>9)</sup> Vgl. hiezu Dfner, Die Gläubigerkonvokation und die Exekutionsordnung, in Gerh. 1897, Nr. 46; Tilsch, a. a. D. 188 f.

<sup>10)</sup> § 42, Z. 6 G.D. bezieht sich aber nicht auf die Exekution zur Sicherstellung.

der Exekutionsaufschiebung hat zu unterbleiben, wenn die Exekution begonnen oder fortgeführt werden kann, ohne daß dies für denjenigen, der die Aufschiebung verlangt, mit der Gefahr eines unerseßlichen oder schwer zu ersetzenden Vermögensnachteiles verbunden wäre“<sup>1)</sup>.

Das Verfahren bei Anmeldung der Forderungen normieren die §§ 135 und 136 AusstreitG. folgendermaßen: „Werden die unbekanntem Erben oder die Gläubiger aufgefordert, an einem bestimmten Tage vor Gericht zu erscheinen, so sind auch die bekannten Erben oder der Verlassenschaftskurator zu dieser Tagssatzung vorzuladen. Über die bei derselben angemeldeten Erbschaftsansprüche und Forderungen wird ein eigenes Protokoll aufgenommen, welches den Abhandlungsakten beizulegen ist. — Darin muß der Name und der Wohnort jedes Erben oder Gläubigers oder seines Bevollmächtigten, die Beschaffenheit der Ansprüche oder Schuldforderungen und der Tag der Ausstellung der allenfalls vorgewiesenen Urkunden angemerkt werden. Schriftliche Anmeldungen sind diesem Protokolle beizufügen, und die Erben oder der Verlassenschaftskurator davon zu verständigen“ (§ 135). — „Bei den Bezirksgerichten ist, wenn es von den Erben oder dem Verlassenschaftskurator verlangt wird, bei der zur Anmeldung der Ansprüche angeordneten Tagssatzung auch die Richtigkeit und der Betrag der angemeldeten Forderungen soviel möglich in das Klare zu setzen. Der Erbe ist hiebei über jede einzelne Schuldpost zu vernehmen und die Angabe des Gläubigers mit den beigebrachten Schuldurkunden und anderen Beheften zu vergleichen. Das Anmeldeprotokoll muß in diesem Falle außer den im § 135 erwähnten Punkten zugleich enthalten, ob und in welchem Betrage jede Forderung von den Erben für richtig erkannt wurde. Forderungen, über welche keine Ausgleichung zustandekommt, sind auf den Weg Rechtsens zu verweisen. — Nach Umständen kann auch einzelnen bekannten Gläubigern eine besondere Vorladung zur gerichtlichen Liquidation ihrer Forderungen zugestellt werden“ (§ 136).

Die Wirkung der Unterlassung der Anmeldung der Forderungen durch die Erbschaftsgläubiger bestimmt § 814 dahin, daß den Gläubigern, welche sich vor Ablauf der im Edikte bestimmten Frist nicht gemeldet haben, an die Verlassenschaft, wenn sie durch die Bezahlung der angemeldeten

Gegenüber einer solchen ist also die Aufschiebung ausgeschlossen. So auch Krainz 2, 696; Anders 71; G.M.N.Z. 1396, 1438. — Zu § 42, Z. 6 G.D. vgl. auch Erkel, Die Konkurrenz der Abhandlungskosten mit den Nachlasspassiven, in Notz. 1903, 205 f.

<sup>1)</sup> Nach dem d. BGB. ist der noch beschränkbar haftende Erbe, wenn er den Antrag auf Erlassung des Gläubigeraufgebotes innerhalb eines Jahres nach der Annahme der Erbschaft (vgl. aber auch § 2017) gestellt hat und dieser Antrag zugelassen worden ist, berechtigt, die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten — mit Ausnahme gewisser bevorrechteter Forderungen (§§ 1971, 2016, Abs. 2) — bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens zu verweigern.

Forderungen erschöpft worden ist, kein weiterer Anspruch zusteht, als insofern ihnen ein Pfandrecht gebührt, daß also Gläubiger, welche sich nicht gemeldet haben, nur auf den noch erübrigenden Rest der Verlassenschaft<sup>1)</sup> greifen können<sup>2)</sup> 3). Doch schadet die Unterlassung der Anmeldung nicht, wenn die Forderung schon früher dem Erben (z. B. durch Einklagung beim Verlassenschaftsgerichte oder auch außergerichtlich) bekannt gemacht war<sup>4)</sup>. Auch ist eine nach Ablauf der Konvokationsfrist, aber vor Auszahlung der rechtzeitig angemeldeten Ansprüche angemeldete Forderung zu berücksichtigen<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Das ist die herrschende Meinung. Für sie auch Wroblewski, a. a. O. 369 f.; Anders 71. Dagegen beschränken Stubenrauch 1, S. 982 und 997 und Krainz 2, 696 (vgl. auch Ghrenzwieg, in OstRGZ. 1892, Nr. 4 und 5) die Haftung des Vorbehaltserben gegenüber sich verspätet meldenden Gläubigern nach erfolgter Einantwortung — und zwar Stubenrauch vom Standpunkte der von ihm für den Fall der Gläubigerkonvokation vertretenen Haftung *cum viribus hereditatis* (vgl. weiter oben Note 3 auf S. 292 dieses Bandes), Krainz (Ghrenzwieg) auf dem Boden der Haftung *pro viribus hereditatis* — auf die Bereicherung des Vorbehaltserben. Wie Krainz, auch E. O. G. v. 14. V. 1908, Rv VIII 85/8, in OstRGZ. 27, Nr. 122.

<sup>2)</sup> Über die Frage, wie diese Beschränkung der Haftung geltend zu machen ist, und in welchem Stadium des Verfahrens die Feststellung des Umfangs der noch übrigen Verlassenschaft zu erfolgen hat, vgl. weiter oben Note 3 auf S. 291 dieses Bandes. — Unter den sich verspätet meldenden Gläubigern entscheidet das Zuborkommen (so auch Krainz 2, 696 f.). Daher ist der Erbe berechtigt, einen sich verspätet meldenden Gläubiger ohne Bedachtnahme auf etwaige noch weiter vorhandene Erbschaftsgläubiger zu befriedigen (so auch Fischer-Colbrie, a. a. O. 10). Die von Fischer-Colbrie, a. a. O. 10 aufgeworfene Frage, was Rechtens ist, „wenn mehrere Erbschaftsgläubiger, deren Forderungen zusammen den Nachschwert übersteigen, austauschen und gleichzeitig der Befriedigung harren“, ist gegen Fischer-Colbrie, der sich aus Billigkeitsgründen für das Recht und die Pflicht zur erbidmäßigen Befriedigung entscheidet, dahin zu beantworten, daß der Erbe diese Gläubiger in beliebiger Reihenfolge befriedigen kann.

<sup>3)</sup> Nach dem d. BGB. (§ 1973) kann der Erbe die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachschwertgläubigers insoweit verweigern, als der Nachschwert durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird. Doch muß der Erbe den ausgeschlossenen Gläubiger vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen befriedigen, es sei denn, daß der Gläubiger seine Forderung erst nach der Berichtigung dieser Verbindlichkeiten geltend macht. Vom Aufgebote nicht betroffen werden: Pfandgläubiger und Gläubiger, die im Konkurse den Pfandgläubigern gleichstehen, ferner Gläubiger, die bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf Befriedigung aus diesem Vermögen haben, soweit es sich um die Befriedigung aus den ihnen haftenden Gegenständen handelt, endlich Gläubiger, deren Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert sind oder denen im Konkurse ein Aussonderungsrecht zusteht, in Ansehung des Gegenstandes ihres Rechts (§ 1971). Den ausgeschlossenen Gläubigern steht ein nicht in die Kategorie der bevorrechteten Gläubiger des § 1971 gehörenden Nachschwertgläubiger, der seine Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfall dem Erben gegenüber geltend macht, gleich, es sei denn, daß die Forderung dem Erben vor dem Ablaufe der fünf Jahre bekannt geworden oder im Aufgebotsverfahren angemeldet worden ist (§ 1974).

<sup>4)</sup> Vgl. auch Stubenrauch 1, 996 (Note 8); Krainz 2, 696; Fischer-Colbrie, a. a. O. 8; Anders 71; Glm. 3404, 5642, 8978; Glm. Nr. 920. — Anders nach dem d. BGB. Vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 2, 234.

<sup>5)</sup> So auch Krainz 2, 696; Fischer-Colbrie, a. a. O. 8 f.; Anders 71; Glm. 10941, 12648, 13465. Anders Unger 6, Anm. 20 auf S. 185; Stubenrauch 1, 997 (Note 1).

Der Beweis, daß der Nachschwert erschöpft ist, obliegt dem Erben<sup>1)</sup>. Ob bei der Beurteilung des Umfangs der Verlassenschaft das Inventar<sup>2)</sup> oder der wirkliche Wert der Verlassenschaft maßgebend ist<sup>3)</sup>, ist in der Praxis kontrovers. Richtig ist wohl die letztere Meinung.

Die Wirkung der Unterlassung der Einberufung der Gläubiger normiert § 815 ABGB.: „Unterläßt der Erbe die ihm bewilligte Vorrichtung der gerichtlichen Einberufung; oder befriediget er sogleich einige der sich anmeldenden Gläubiger, ohne auf die Rechte der übrigen Rücksicht zu nehmen, und bleiben einige Gläubiger aus Unzulänglichkeit der Verlassenschaft unbezahlt; so haftet er ihnen, ungeachtet der bedingten Erbschaftserklärung, mit seinem ganzen Vermögen in dem Maße, als sie die Zahlung erhalten haben würden, wenn die Verlassenschaft nach der gesetzlichen Ordnung zur Befriedigung der Gläubiger verwendet worden wäre.“ Der Sinn dieser Bestimmung ist folgender: Zeigt sich nach Ablauf der Konvokationsfrist, daß der Nachschwert zur Deckung der angemeldeten Forderungen nicht hinreicht, so hat der Verlassenschaftskurator, der die Einberufung der Gläubiger erwirkt hat, um die Konkursöffnung anzusuchen (vgl. § 62, Z. 2 RD.)<sup>4)</sup>. Der Erbe, der die Einberufung erwirkt hat, hat die Wahl, entweder die Eröffnung des Konkurses zu begehren<sup>5)</sup> (vgl. § 62, Z. 2 RD.)<sup>6)</sup> oder aber die Gläubiger, wie im Konkurse, d. i. nach ihren konkursmäßigen Ansprüchen, ohne Einflußnahme des Abhandlungsgerichtes auf die Verteilung des Nachschwertes, zu befriedigen<sup>7)</sup>. Hat nun der Erbe die gerichtliche Einberufung

<sup>1)</sup> Vgl. Glm. 944.

<sup>2)</sup> So Glm. 2310.

<sup>3)</sup> So Hofner, Die Haftung des Vorbehaltserben, in Notz. 1900, S. 282; Stubenrauch 1, 997 (Note 1); Anders 71; Glm. 7125, 11566, 13465.

<sup>4)</sup> Durch die Bestimmung des § 62, Z. 2 RD. wird das Recht der Verlassenschaftsgläubiger, die Konkursöffnung gemäß § 63 RD. zu begehren, nicht berührt. Vgl. hiezu u. a. Fischer-Colbrie, a. a. O. 9 und Note 16.

<sup>5)</sup> Nach dem d. BGB. dient das Aufgebotsverfahren dem Erben dazu, zunächst den Umfang der Nachschwertverbindlichkeiten festzustellen, um sodann zu erwägen, ob eine Nachschwertverwaltung oder ein Nachschwertkonkurs zu beantragen ist. Dem Nachschwertpfleger und dem Testamentsvollstrecker gibt es Anhalt zur richtigen Verteilung der Erbmasse an die Gläubiger. So Fischer-Henle, BGB., Anm. 1 ad § 1970. Beantragt der Erbe das Aufgebote der Nachschwertgläubiger nicht, trotzdem er Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachschwertverbindlichkeiten anzunehmen, und gelangt er infolgedessen nicht zur Kenntnis der Überschuldung des Nachschwertes, so gilt diese Unkenntnis in der Regel (vgl. § 1980, Abs. 2, letzter Satz) als eine auf Fahrlässigkeit beruhende, die den Erben den Gläubigern gegenüber für den durch die Unterlassung des Antrages auf Eröffnung des Konkurses entstandenen Schaden ersatzpflichtig macht.

<sup>6)</sup> Vgl. Note 4 auf dieser Seite. — Darüber, daß der Erbe nach erfolgter Einantwortung nicht mehr um die Eröffnung des Nachschwertkonkurses ansuchen kann, vgl. weiter oben Note 5 auf S. 297 dieses Bandes.

<sup>7)</sup> So auch Unger 6, 179 und Anm. 17 auf S. 185, der aber unter Umständen eine Einflußnahme des Abhandlungsgerichtes (erbschaftliches Liquidationsverfahren) für nötig hält; Zrodowski, Ist die Eröffnung des Konkurses über die Verlassenschaft erforderlich, wenn sich nach Ablauf der Konvokationsfrist zeigt, daß der Nachschwert zur Deckung der angemeldeten Forderungen nicht zureicht?, in OstRGZ. 1869, Nr. 59; Feldner, a. a. O. 139; Krainz 2, 696, der aber in dieser Hinsicht zwischen dem



der Erbschaftsgläubiger unterlassen, oder befriedigt er die sich meldenden Gläubiger sogleich, ohne auf die Rechte der übrigen Rücksicht zu nehmen<sup>1)</sup>, so haftet er den unbefriedigt gebliebenen Gläubigern für jene Quote, welche sie im Konkurse über die Verlassenschaft, beziehungsweise durch konkursmäßige Befriedigung erhalten hätten<sup>2)</sup> — das bedeuten die Worte „nach der gesetzlichen Ordnung“ im § 815 —, ungeachtet der bedingten Erbs-erklärung mit seinem ganzen Vermögen<sup>3)</sup>.

## § 56.

Die Kollationspflicht der Descendenten<sup>4)</sup>.

I. Voraussetzung. Die Pflicht der Descendenten<sup>5)</sup> des Erblassers, sich gewisse Vorausempfangen in den Erbteil einrechnen zu lassen, tritt bei

Verlassenschaftskurator und dem Erben nicht unterscheidet; Fischer-Colbrie, a. a. O. 9 f.; Anders 71; GMMZ. 920. Zlobitzky, in WagnersZ. 1842, II, 23 f.; Randa, Der Erwerb der Erbschaft 118 f.; und Stubenrauch I, 997 (Note 1) behaupten, daß in allen Fällen bei Insolvenz des Nachlasses um die Konkursöffnung angefaßt werden muß. Ebenso auch GMMZ. 1515, die ausspricht, daß eine kridamäßige Verteilung des Nachlasses im Zuge der Verlassenschaftsabbhandlung nicht zwingungsweise, sondern nur mit Zustimmung aller Beteiligten, also nur im Einvernehmen mit den Nachlassgläubigern, stattfinden kann. Vgl. auch Trsek, a. a. O. 205.

<sup>1)</sup> Ob dies geschehen ist und daher den Vorbehaltserben die Haftung nach § 815 trifft, ist im Prozeß, nicht erst im Exekutionsverfahren zu entscheiden. Vgl. GMMZ. 4827. Vgl. auch weiter oben Note 3 auf S. 291 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Unrichtig GMMZ. 920, nach welcher E. der Erbe, wenn er gewisse Gläubiger ohne Beobachtung auf die ihm bekannt gegebene Forderung eines anderen Gläubigers voll und nicht nur quotenmäßig befriedigt hat, unbedingt, d. h. ohne Rücksicht auf das Verhältnis der Verlassenschaft zur Gesamtsumme der Ansprüche, nicht nur für die konkursmäßige Quote, sondern für die ganze übergangene Forderung haftet.

<sup>3)</sup> So auch u. a. Stubenrauch I, 997 f. und Note 1 auf S. 998; Wroblewski, Separatio honorum und Sicherstellung der Erbengläubiger, in OstZBl. 23, 369; Krainz 2, 697; Anders 71 f.; und wohl auch Hofer, Die Haftung des Vorbehaltserben, in NotZ. 1900, S. 282, bei dem es allerdings nicht klar wird, ob er die Worte „nach der gesetzlichen Ordnung“ in § 815 richtig auslegt; ferner auch GMMZ. 3760; E. OGG. v. 14. V. 1908, Rv VIII 85/8, in OstZBl. 27, Nr. 122.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 201 ff.; Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 132 ff.; Stubenrauch I, 965 ff.; Trsek, Prälegat und Kollation in NotZ. 1904, Nr. 7—9; Wroblewski, Zur Anrechnungslehre, in OstZBl. 23, 961 ff.; Krainz 2, 685 ff.; Anders 78 ff.; Stüber, Die Anrechnung der Vorausempfangen beim Pflichtteil und beim Erbteil, insbesondere die Anrechnungsmethoden, in NotZ. 1911, Nr. 32 ff. — Über den Grund der Kollation vgl. die Ausführungen Zeillers bei der Beratung der bezüglichlichen Bestimmungen des ABGB. (Prot. I, 449): „Der gesetzliche Grund, den Kindern das, was sie im Voraus empfangen haben, von ihrem Erbteil abzurechnen, sei die natürliche Vermutung, daß die Eltern ihre Kinder gleich halten wollen; haben sie also einem Kinde etwas aus Pflicht oder in Umständen, wo es wohl nicht verweigert werden konnte, zugewendet, so sei zu vermuten, daß es nur auf Abrechnung des Erbteiles geschehen sei. Wenn sie aber außer dem Drange solcher Umstände aus bloßer Freigebigkeit ein Kind besonders begünstigten, oder wenn sie im Testamente die Erbteile bestimmten, so falle die erwähnte Vermutung, somit auch die Anrechnung weg.“ — Vgl. hier ferner auch §§ 2050 ff. d. BGB. (Ausgleichungs- [Kollations]pflicht).

<sup>5)</sup> Über die Anrechnung in den „Erbteil“ des Ehegatten vgl. weiter oben § 41 dieses Bandes.

der Erbfolge aus einem letzten Willen nur ein, wenn der Erblasser die Anrechnung ausdrücklich angeordnet hat (§ 790)<sup>1)</sup>. Hingegen sind bei der Erbfolge aus dem Gesetze die im § 788 aufgezählten Vorausempfangen kraft Rechtsvorschrift in den gesetzlichen Erbteil anzurechnen (§ 790). Der Erblasser kann aber auch bei der gesetzlichen Erbfolge die Anrechnung erlassen<sup>2)</sup>, jedoch nur mit der im § 792 enthaltenen Beschränkung, daß sich das begünstigte Kind, wenn die nötige<sup>3)</sup> Erziehung und Versorgung der übrigen Kinder weder aus ihrem eigenen noch aus dem Vermögen der Eltern<sup>4)</sup> (auch Großeltern<sup>5)</sup>) bestritten werden könnte, dasjenige, was es zu den im § 788 erwähnten Zwecken im Voraus empfangen hat, in dem Maße anrechnen lassen muß, als es zur Erziehung und Versorgung der Geschwister notwendig ist<sup>6)</sup>. Hingegen ist es nicht richtig, daß auch der Pflichtteil der Geschwister durch die Erlassung der Einrechnung nicht geschmälert werden dürfe<sup>7)</sup>. Die Erlassung der Anrechnung kann nicht allein in einer letztwilligen Anordnung, sondern auch schon bei der Anwendung erfolgen<sup>8)</sup>.

II. Subjekte der Anrechnung. Eine Pflicht zur Anrechnung, sowie ein Recht auf die Anrechnung haben kraft Gesetzes nur Descendenten des Erblassers gegen einander, und zwar alle Descendenten, die zur Erbfolge gelangen, aber auch nur sie<sup>9)</sup>: so wie also lediglich Descendenten die Pflicht zur Anrechnung haben, so hat die Anrechnung auch nur auf den Umfang der Erbteile der miterbenden Descendenten Einfluß<sup>10)</sup>. Daher kann

<sup>1)</sup> Vgl. insbesondere hierzu Trsek, a. a. O. — Über das Verhältnis des § 671 zu § 790 vgl. weiter oben Note 7 auf S. 136 dieses Bandes. — Nach dem d. BGB. (§ 2052) ist, wenn der Erblasser die Abkömmlinge auf dasjenige als Erben eingesetzt hat, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden, oder wenn er ihre Erbteile so bestimmt hat, daß sie zu einander in demselben Verhältnisse stehen, wie die gesetzlichen Erbteile, im Zweifel anzunehmen, daß die Abkömmlinge nach den §§ 2050, 2051 (Ausgleichungspflicht bei gesetzlicher Erbfolge) zur Ausgleichung verpflichtet sein sollen.

<sup>2)</sup> So auch nach dem d. BGB.

<sup>3)</sup> „Nötig“ ist nicht der Gegensatz zu „standesmäßig“. Unter nötiger Erziehung und Versorgung ist vielmehr im § 792 diejenige zu verstehen, welche die Eltern den Kindern geben müßten, wenn sie noch am Leben wären. So richtig Winawarter, in Pratobererach Mat. 5, 330 ff. gegen Scheiblein, Mitteilungen 2. Heft, 106. Vgl. auch Stubenrauch I, 967.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Prot. I, 450.

<sup>5)</sup> So auch Unger 6, Anm. 8 ad § 45; Stubenrauch I, 967 (Note 2). Anders Winawarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 401.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Prot. I, 450.

<sup>7)</sup> So vor allem Prot. II, 553; ferner Unger 6, Anm. 7 auf S. 204; Stubenrauch I, 967 (Note 1); Krainz 2, 687. Anders eine Reihe älterer Autoren (vgl. die Aufzählung bei Unger, a. a. O.); früher Krainz; und neuestens Zoll, Sind Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteils in Anschlag zu bringen oder nicht? (S. aus OstZBl. 1905) 61.

<sup>8)</sup> Vgl. hierüber und über die Art der Erlassung überhaupt Unger 6, Anm. 7 auf S. 204; Schiffner, a. a. O. 136; Stubenrauch I, 967 (Note 1); Krainz 2, 687. — Vgl. auch § 2050, Abs. 1 d. BGB.

<sup>9)</sup> Vgl. auch § 2050, Abs. 1 d. BGB. (verba: „unter einander“).

<sup>10)</sup> Vgl. hierzu UrkEntw. II. Teil, § 536: „Übrigens können weder Eltern noch



die Anrechnung von dem ab intestato miterbenden Ehegatten<sup>1)</sup> und bei der testamentarischen Erbfolge von einem miterbenden extraneus<sup>2)</sup> nicht gefordert werden; deren Erbeil wird ohne Rücksicht auf die anrechnungsfähigen Gaben berechnet und durch diese nicht vergrößert. Für entferntere Descendenten, welche an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern treten, gilt die Bestimmung des § 790<sup>3)</sup>, daß sie sich nicht nur das, was sie selbst an anrechenbaren Gaben erhalten haben, sondern auch das, was ihre Eltern, an deren Stelle sie treten, auf solche Art empfangen haben, in ihren Erbteil einrechnen lassen müssen<sup>4)</sup>, ohne Unterschied, ob sie ihre eigenen Eltern beerbt haben oder nicht<sup>5)</sup> 6).

III. Das Objekt der Anrechnung. Kraft Gesetzes sind Gegenstand der Anrechnung nur die in § 788 aufgezählten, bei Lebzeiten des Erblassers von ihm zugewendeten Gaben<sup>7)</sup> 8) 9). Andere Gaben der Eltern an ihre Kinder sind nur dann Gegenstand der Anrechnung in den Erbteil, wenn sie entweder bei der Zuwendung oder in der Form einer letztwilligen Anordnung<sup>10)</sup> der Anrechnungspflicht — § 791 sagt ungenau: Erstattung —

Seitenverwandte auf diese Anrechnung einen Anspruch machen“; und Prot. I, 451: „Die Anrechnung hat nur unter den Geschwistern statt. Eltern und Seitenverwandte haben darauf keinen Anspruch.“

<sup>1)</sup> So auch Winiwarter, in Pratobereras Mat. 5, 311 f.; ders., Das österr. reichliche bürgerliche Recht 3, 397, Unger 6, Anm. 5 auf S. 203; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 753; Wroblewski, a. a. O. 962 f. (Note 11); Stubenrauch 1, 966 (Note 1); Anders 79. U. M. Zeiller, Kommentar 2, 815 f.; Scheidlein, Miscellen 2. Heft, § 75; Krainz 2, 686.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu u. a. Unger 6, Anm. 5 auf S. 203.

<sup>3)</sup> Vgl. auch § 2051 d. BGB.

<sup>4)</sup> Winiwarter, in Pratobereras Mat. 5, S. 294, 309 meint, daß die Anrechnung bei entfernteren Descendenten nicht so weit gehen dürfe, daß ihnen der Pflichtteil frei bleibe.

<sup>5)</sup> Ein dies ausdrücklich aussprechender, von Pratobereras beantragter Zusatz wurde aus reinem Mißverständnis dieses Zusatzes abgelehnt. Vgl. Prot. II, 553.

<sup>6)</sup> Wie der Text, auch Unger 6, 202 und Anm. 10 auf S. 205; Krainz 2, 687; Anders 79. — Der entferntere Descendent muß sich auch jenen Vorempfang, den er noch bei Lebzeiten des verstorbenen Zwischenparans vom Erblasser erhalten hat, anrechnen lassen. So auch Unger 6, Anm. 9 ad § 45; Krainz 2, 686. Anders Anders 79 f. Anders auch § 2053 d. BGB.

<sup>7)</sup> Vgl. über diese weiter oben S. 220 ff. dieses Bandes.

<sup>8)</sup> Der kollationspflichtige Descendent kann als solcher gemäß Art. XLII C. 3 P. D. zur Ablegung des Offenbarungseides bezüglich des der Kollation unterliegenden Vermögens verhalten werden. So Krainz 2, 9 (Note 57); Grünzweig, Klagen auf Leistung des Offenbarungseides, in Gerh. 1906, 531. Vgl. auch Oll. 4395. Anders Weinberger, Die Klage auf Ablegung des Manifestationseides im österreichischen Rechte, in Grünhutsz. 35, 307. — Das d. BGB. spricht die Auskunft- und Offenbarungspflicht der kollationspflichtigen Miterben in § 2057 ausdrücklich aus.

<sup>9)</sup> Nach § 2050 d. BGB. unterliegen der gesetzlichen Ausgleichung: 1. dasjenige, was die Abkömmlinge vom Erblasser als „Ausstattung“ erhalten haben (§ 2050, Abf. 1); 2. Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe, die einen, wie die anderen jedoch nur insoweit, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben (§ 2050, Abf. 2).

<sup>10)</sup> Vgl. Oll. 27 (Die Kollation kann auch in einer anderen als der Testamentserkunde verfügt werden).

ausdrücklich unterworfen wurden<sup>1)</sup> (§ 791)<sup>2)</sup>. Letztwillige Zuwendungen sind der Natur der Sache nach kein Gegenstand der Anrechnung in den Erbteil<sup>3)</sup>. Eine Ausnahme enthält in dieser Beziehung lediglich § 671 rückfichtlich des einer Tochter vermachten Heiratsgutes<sup>4)</sup>.

Die Wertbestimmung des Anzurechnenden erfolgt nach Vorschrift des § 794 mit der Unterscheidung, ob das Anzurechnende in barem Gelde, in beweglichen oder in unbeweglichen Sachen besteht<sup>5)</sup>. (Vgl. hiezu weiter oben S. 222 f. dieses Bandes).

IV. Die Art der Anrechnung<sup>6)</sup>. Die Art der Anrechnung zum Pflichtteile (vgl. hierüber weiter oben S. 223 f. dieses Buches) ist auch anwendbar auf die Anrechnung zum Erbteile<sup>7)</sup>. Sie führt zu demselben Resultate, wie die im § 793 vorgeschriebene, derzufolge jedes Kind den nämlichen Betrag, wie der Anrechnungspflichtige, noch vor der Teilung erhält. Ist die Verlassenschaft hiezu nicht hinreichend, so ist das begünstigte Kind nicht schuldig, das Empfangene herauszugeben, kann aber auch keinen Erbteil weiter fordern: es kommt bei der Bestimmung der Erbteile der übrigen nicht in Rechnung<sup>8)</sup> (§ 793).

## § 57.

### Die Erbteilung<sup>9)</sup>.

#### I. Zwischen mehreren Erben, welche eine gemeinschaftliche Erbschaft

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Unger 6, 206 und Anm. 10 und 11 auf S. 208; Wroblewski, a. a. O. 968 f. — Vgl. auch § 2050, Abf. 3 d. BGB.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu Prot. I, 452.

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu Winiwarter, in Pratobereras Mat. 5, S. 314 und 334: „Haben sich die Eltern die Erstattung ausdrücklich bedungen, so entsteht eine wahre Schuld, welche nicht angerechnet, sondern in die Verlassenschaft eingerechnet, derselben zugeschlagen werden muß.“

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu weiter oben S. 136 und Noten 6 und 7 auf S. 136 f. dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Nach dem d. BGB. bestimmt sich der Wert der anzurechnenden Zuwendung immer nach der Zeit, zu der die Zuwendung erfolgt ist (§ 2055, Abf. 2).

<sup>6)</sup> Vgl. hiezu u. a. Unger 6, § 47; Stubenrauch 1, 968; Wroblewski, a. a. O. 961 ff.; Krainz 2, 687 ff.; Anders 81; Stüber, a. a. O.

<sup>7)</sup> In gleicher Art vollzieht sich die Ausgleichung auch nach dem d. BGB. (§ 2055, Abf. 1).

<sup>8)</sup> Vgl. Winiwarter, in Pratobereras Mat. 5, 309; Stubenrauch 1, 968; Krainz 2, 689; Anders 81. — Vgl. auch § 2056 d. BGB.

<sup>9)</sup> Vgl. hiezu Unger 6, 189 ff.; Stubenrauch 1, 1002 f.; Krainz 2, 683 f. (auch S. 381 ff.); Anders 73 ff.; auch Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 95 f. — Vgl. hier auch § 173 AusstreitG.: „Die in den §§ 165 u. f. f. enthaltenen Vorschriften hinsichtlich der Erbteilung und den Endausweis über den Stand der reinen Verlassenschaft sind, soweit sie ihrer Beschaffenheit nach Anwendung finden, auch dann zu beobachten, wenn bei einer Verlassenschaft die Armen, eine Stiftung, Gemeinde, Kirche, öffentliche Anstalt, oder der Staatsschatz als Erben beteiligt sind, oder wenn es sich um Lehen, Fideikommiss und Substitutionserbtschaften handelt.“

erworben haben, besteht eine „Gemeinschaft des Eigentums“<sup>1)</sup>, deren Auseinanderfetzung von ihnen in der Regel (§§ 831, 832)<sup>2)</sup> jederzeit gefordert werden kann (§ 830)<sup>3)</sup> 4). Zweck der Auseinanderfetzung ist die Teilung des gemeinschaftlichen Erbvermögens, die Regelung der zwischen den mehreren Erben sowohl aus dem Miterbenverhältnisse, als auch aus dem Miteigentume entspringenden gegenseitigen Ansprüche, die Berichtigung der auf das gemeinschaftliche Erbvermögen oder im gemeinsamen Interesse gemachten Auslagen, sowie die Ausgleichung der aus dem gemeinschaftlichen Vermögen gezogenen Vorteile (§§ 839, 840)<sup>5)</sup> und der diesem zugefügten Nachteile (§ 837)<sup>6)</sup>. Die Auseinanderfetzung kann mit Realteilung der einzelnen Erbschaftsachen verbunden sein, oder es kann eine Gemeinschaft bezüglich einzelner Erbschaftsachen fort-dauern, und diese einer Teilung später unterzogen werden. Die Auseinander-

<sup>1)</sup> Das d. BGB. regelt das Verhältnis unter Miterben vor der Auseinanderfetzung nach den Grundfätzen der gesamten Hand (§§ 2032 ff.). Im besonderen vgl. über das Verfügungsrecht des einzelnen Miterben über seinen Anteil am Nachlasse § 2033, über das Vorkaufsrecht der übrigen Miterben beim Verlaufe des Nachlassanteiles durch einen der Miterben §§ 2034—2037, über die gemeinschaftliche Verwaltung des Nachlasses durch alle Miterben § 2038, über die Behandlung der Nachlassforderungen § 2039, über die gemeinschaftliche Verfügung der Erben über einen Nachlassgegenstand § 2040 und über die Surrogate § 2041.

<sup>2)</sup> „Hat sich ein Teilhaber zur Fortsetzung der Gemeinschaft verbunden, so kann er zwar vor Ablauf der Zeit nicht austreten; allein diese Verbindlichkeit wird, wie andere Verbindlichkeiten, aufgehoben, und erstreckt sich nicht auf die Erben, wenn diese nicht selbst eingewilligt haben“ (§ 831). — „Auch die Anordnung eines Dritten, wodurch eine Sache zur Gemeinschaft bestimmt wird, muß zwar von den ersten Teilhabern, nicht auch von ihren Erben befolgt werden. Eine Verbindlichkeit zu einer immerwährenden Gemeinschaft kann nicht bestehen“ (§ 832).

<sup>3)</sup> § 830 ABGB.: „Jeder Teilhaber ist befugt, auf Ablegung der Rechnung und auf Verteilung des Ertrages zu dringen. Er kann in der Regel auch die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen; doch nicht zur Unzeit, oder zum Nachteile der übrigen. Er muß sich daher einen, den Umständen angemessenen, nicht wohl vermeidlichen Aufschub gefallen lassen“.

<sup>4)</sup> Nach dem d. BGB. kann die Auseinanderfetzung von jedem Erben jederzeit verlangt werden, soweit sie nicht durch eine Anordnung des Erblassers (§ 2044), durch eine Vereinbarung unter den Miterben (§ 2042) oder endlich gemäß § 2043 wegen Unbestimmtheit der Erbteile zeitweilig ausgeschlossen ist. Doch kann jeder Miterbe verlangen, daß die Auseinanderfetzung bis zur Beendigung des nach § 1970 zulässigen Aufgebotsverfahrens oder bis zum Ablaufe der nach § 2061 (Privataufforderung eines der Miterben an die Nachlassgläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche) bestimmten Anmeldefrist aufgeschoben wird (§ 2045). Über die Durchführung der Auseinanderfetzung, für die der Erblasser durch leghwillige Verfügung Anordnungen treffen kann (§§ 2048, 2049), enthalten Bestimmungen die §§ 2046 und 2047.

<sup>5)</sup> § 839 ABGB.: „Die gemeinschaftlichen Nutzungen und Lasten werden nach Verhältnis der Anteile ausgemessen. Im Zweifel wird jeder Anteil gleich groß angesehen; wer das Gegenteil behauptet, muß es beweisen“. — § 840 ABGB.: „Ordentliche Weise sind die erzielten Nutzungen in Natur zu teilen. Ist aber diese Verteilungsart nicht tunlich; so ist jeder berechtigt, auf die öffentliche Feilbietung zu dringen. Der gelbste Wert wird den Teilhabern verhältnismäßig entrichtet“.

<sup>6)</sup> § 837 ABGB.: „Der Verwalter des gemeinschaftlichen Gutes wird als ein Machthaber angesehen. Er ist einerseits verbunden, ordentliche Rechnung abzulegen; andererseits aber befugt, alle nützlich gemachten Auslagen in Abrechnung zu bringen. Dieses gilt auch in dem Falle, daß ein Teilgenosse ein gemeinschaftliches Gut ohne Auftrag der übrigen Teilnehmer verwaltet.“

fetzung kann vor oder nach der Einantwortung der Erbschaft erfolgen<sup>1)</sup>. Sie bildet keinen Bestandteil der Verlassenschaftsabhandlung. Reinesfalls darf die Einantwortung des Nachlasses bis zur Vornahme der Auseinanderfetzung verschoben werden<sup>2)</sup>, und zwar auch dann nicht, wenn Minderjährige oder Pflegebefohlene beteiligt sind (§ 165 AusstreitG.)<sup>3)</sup>. Die Auseinanderfetzung kann gerichtlich oder außergerichtlich<sup>4)</sup> stattfinden. Die gerichtliche Teilung kann allenfalls mittels der Erbteilungsflage (§ 830) erzwungen werden<sup>5)</sup>.

II. Sind alle Erben großjährig und sich zu vertreten selbst fähig, so ist es ihnen überlassen, ob sie die Teilung gerichtlich oder außergerichtlich, vor oder nach Einantwortung der Erbschaft vornehmen wollen (§ 170 AusstreitG.). Sie können die Teilung außergerichtlich vornehmen und bei einer hierzu anzuordnenden Tagfagung die von ihnen mitgebrachte Teilungsurkunde als ihrem Willen gemäß bekräftigen. In diesem Falle hat das Gericht der Teilungsurkunde die Bestätigung über diese gerichtlich abgegebene Erklärung beizufügen und die Urkunde bei den Abhandlungsakten zu bewahren (§ 171, Abs. 2 AusstreitG.)<sup>6)</sup>. Sie können aber auch, wenn sie alle einverstanden sind<sup>7)</sup>, um die gerichtliche Erbteilung ansuchen. Das Gericht hat über dieses Gesuch eine Tagfagung anzuordnen, bei dieser mit den Erben, soweit sie einig sind, die Erbteilung (nach den sub III folgenden

<sup>1)</sup> Vgl. §§ 165, 166, 170, 174, Nr. 2 AusstreitG.; ferner Unger 6, 189 und Anm. 5 auf S. 193; Stubenrauch 1, 1002 und Note 4; Krainz 2, 683; Anders 73. — Über die Art der Einantwortung, wenn die Erbteilung vorher erfolgte, vgl. weiter unten Note 4 auf S. 315 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu E. OGH. v. 5. I. 1910, R I 850 und 851/9, in Notz. 1910, S. 235.

<sup>3)</sup> § 165 AusstreitG. fügt aber hinzu: „Wo sich jedoch keine Hindernisse zeigen, insbesondere bei kleinen in barem Gelde, Schuldsforderungen oder Fahrnissen bestehenden Verlassenschaften, ist immer auch mit Beiziehung der gesetzlichen Vertreter der Mündel oder Pflegebefohlenen die Erbteilung vorzunehmen“.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu Oll. 7895.

<sup>5)</sup> Vgl. hiezu Oll. 6335 (Unzulässigkeit der Verurteilung des Miterben zur Auszahlung des Erbteiles eines inzwischen verstorbenen Miterben nach der bei Inventarierung des Nachlasses des letzteren erfolgten Bewertung des Erbteiles, da erstens die Inventare, wiewohl sie als öffentliche Urkunden anzusehen sind, nicht zu dem Zwecke errichtet werden, um als Beweismittel zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen zu dienen, und weil zweitens für die Bestimmung des Schätzungswertes des Erbteiles des verstorbenen Miterben nicht der Zeitpunkt seines Todes, sondern der Zeitpunkt des Todes seines Erblassers maßgebend ist) und Oll. 7685 (Bei einer Klage vom Miterben gegen den Auerben auf Auszahlung ihrer Erbteile ist der Geldwert der Grundwirtschaft nicht nach der bei Errichtung des Nachlassinventars aufgenommenen Schätzung zu veranschlagen, sondern deren durch nachträgliche Schätzung ermittelte wahrer Wert zur Zeit des Erbanfalls zugrunde zu legen).

<sup>6)</sup> Vgl. Oll. 9448 (Genehmigung des von einigen großjährigen Miterben gerichtlich vereinbarten partiellen Teilungsabkommens trotz Nichtzustimmung der übrigen).

<sup>7)</sup> Vgl. Oll. 10796 (Unzulässigkeit der Anordnung einer Tagfagung zur Vornahme der gerichtlichen Teilung des Nachlasses nach erfolgter Einantwortung auf Ansuchen nur eines Miterben).

Grundsätzen) zu berichtigen und darüber ein Protokoll aufzunehmen (§ 171, Abs. 1 AusstreitG.).

III. Bei Verlassenschaften, bei welchen Minderjährige allein oder mit Volljährigen beteiligt sind, ist die Erbteilung, wo sich keine Hindernisse zeigen, insbesondere, wenn es sich um kleine in barem Gelde, Schuldforderungen oder Fahrnissen bestehende Verlassenschaften handelt, immer vor (§ 165 AusstreitG.), wenn es sich aber um größere oder verwickeltere Verlassenschaften handelt, je nachdem es die Umstände zulassen, vor oder nach der Einantwortung vorzunehmen und von der Abhandlungsbehörde zu genehmigen oder nach Umständen (§ 27 AusstreitG.) der Pupillarbehörde zur Genehmigung vorzulegen (§ 166 AusstreitG.)<sup>1)</sup>. Bei der Berechnung der reinen Erbschaft zum Zwecke der Erbteilung ist zuerst das Vermögen nach dem Inventare, mithin nach dem Zustande, in welchem es sich zur Zeit des Todes des Erblassers befand, anzusehen, sodann die später erfolgte Vermehrung oder Verminderung dieses Vermögens und der Betrag der Schulden und Lasten auszuweisen (§ 167 AusstreitG.). Der Wert der Verlassenschaftsachen ist nach den Bestimmungen des § 167 AusstreitG. anzusehen, der folgendes verfügt: „Bei verkauften Gütern und Fahrnissen ist der Verkaufspreis in Anschlag zu bringen. Der Wert unverkaufter Güter und Fahrnisse, welche mehreren Erben nach Verhältnis ihrer Erbteile gemeinschaftlich zufallen, kann nach dem Inventarium berechnet werden, wenn auch diesem eine bei einer anderen Gelegenheit errichtete Schätzung, der Kostenpreis bei einer früheren Besitzveränderung, oder ein Anschlag nach den Steuerregistern zum Grunde gelegt worden wäre. Sollen aber in der Pflichtteilsausweisung oder in dem Entwurfe der Erbteilung die einzelnen Gegenstände nicht jedem Erben verhältnismäßig zugewiesen werden, so ist der Wert der Güter, wenn es zum Besten der Mündel oder Pflegebefohlenen notwendig erscheint, oder von einem anderen Miterben gefordert wird, durch eine nach geschehener Vorladung der Teilnehmenden angenommene gerichtliche Schätzung darzutun“<sup>2)</sup>. Am Ende des Ausweises sind die Bestandteile des zur Zeit der Erbteilung vorhandenen reinen Erbschaftsvermögens und deren in Geld veranschlagter Wert anzugeben. Hierauf ist der Geldwert jeder einzelnen Erbquote anzugeben und dann die Verteilung der Erbmasse in der Art vorzunehmen, daß mittels Verteilung oder Teilung<sup>3)</sup> der einzelnen Erbschaftsgegenstände und gegenseitiger Ausgleichung

<sup>1)</sup> Vgl. Gll. 3532 (Notwendigkeit der Erstattung eines Erbteilungsausweises im Falle des Eintretens minderjähriger Repräsentanten an Stelle eines nach dem Erbansfalle verstorbenen eigenberechtigten Erben).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu auch die weiter oben in Note 5 auf S. 307 dieses Bandes angeführten G. Gll. 6335, 7685.

<sup>3)</sup> „Ob zugleich eine Naturalteilung vorgenommen werden soll, bleibt der Beurteilung der Vormundschafts- oder Kuratelbehörde mit Rücksicht auf das Interesse

in Geld jeder Erbe den ihm gebührenden Wertanteil erhält. Rücksichtlich der Teilung und Zuweisung der einzelnen Sachen und Rechte gelten die allgemeinen Grundsätze über die Aufhebung einer Gemeinschaft (§§ 842 ff., 922 ff.). Insbesondere können einzelne Forderungen und Schulden einem Miterben allein zugewiesen werden<sup>1)</sup>, der sich in dieser Beziehung in der Stellung eines Zessionars oder Schuldübernehmers befindet. Der Teilungsrichter hat sich bei der Verteilung an die etwaige Anordnung des Erblassers, sowie an die Vereinbarung der Miterben zu halten, sonst aber nach freiem Ermessen mit besonderer Rücksicht auf das Interesse Pflegebefohlener zu verfahren (§ 168 AusstreitG.). Das bestätigte Originalteilungsinstrument ist bei Gericht aufzubewahren und den Parteien auf ihr Verlangen in beglaubigter Abschrift auszufolgen (§169 AusstreitG.)<sup>2)</sup>.

Das Recht, die Aufhebung der Erbgemeinschaft zu verlangen, ist unverjährbar (§ 1481). Die einzelnen, aus dem Miterbenverhältnisse oder aus der Vermögensgemeinschaft entspringenden Ansprüche dagegen sind der regelmäßigen Verjährung unterworfen (§§ 1478, 1479)<sup>3)</sup>.

Die rechtskräftig gewordene gerichtliche Erbteilung kann nicht weiter angefochten werden. Hingegen kann eine außergerichtliche Erbteilung innerhalb der im § 1487 normierten Bestreitungsfrist, und zwar sowohl wegen Betruges als auch wegen einer wider Willen erlittenen Verkürzung (arg. § 841) bestritten werden<sup>4)</sup>.

## § 58.

### Die Veräußerung der Erbschaft<sup>5)</sup>.

I. Der Erbe kann eine von ihm angetretene, aber auch eine ihm nur erst angefallene Erbschaft oder Erbquote entgeltlich oder unentgeltlich veräußern (§ 1278)<sup>6)</sup>. Gegenstand der Veräußerung ist nicht das Erbrecht, sondern die Erbschaft, beziehungsweise der Erbteil, nicht das jus succedendi per universi-

der Pflegebefohlenen überlassen. Auch müssen bei jeder Erbteilung die Vorschriften über die Beschränkung der Teilbarkeit unbeweglicher Güter streng beobachtet werden“ (§ 168, Abs. 2 AusstreitG.).

<sup>1)</sup> Vgl. Gll. 5748.

<sup>2)</sup> Vgl. hier Gll. 3082 (Voraussetzungen und Art der Sicherstellung der Erbteilbeträge Minderjähriger).

<sup>3)</sup> Vgl. Gll. 8759 (Verjährung der Ansprüche der Miterben auf Erfüllung der dem Haupterben im Einantwortungsdekrete auferlegten Verpflichtungen).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 191 und Anm. 17 auf S. 196; Stubenrauch 2, 953; Krauz 2, S. 383, 684; Anders 75.

<sup>5)</sup> Vgl. Unger 6, 220 ff.; Steinlechner, das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 1, 380 ff.; Stubenrauch 2, 595 ff.; Krauz 2, 742 ff.; Anders 86 ff.

<sup>6)</sup> Eine besondere Form ist für die Veräußerung einer Erbschaft nicht vorgeschrieben. Nach dem d. BGB. bedarf der Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft, sowie überhaupt jede Erbschaftsveräußerung (§ 2385) der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 2371).



tatem, sondern die universitas (Gesamtsache)<sup>1)</sup> 2). Daraus folgt, daß der Erwerber der Erbschaft nicht Erbe wird, die Veräußerung für den Erwerber keine Universalzufession nach dem Erblasser begründet, der Veräußerer nicht aufhört, Erbe zu sein<sup>3)</sup> 4) (arg. § 1282). Wohl aber soll zwischen den

<sup>1)</sup> Vgl. hier die gewiß unrichtige O. M. N. F. 4794. Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Über die Verlassenschaft des A war ein Inventar errichtet worden, welches sämtliche damals bekannten Aktiven und Passiven anführte, und auf Grund dessen der reine Nachlaß und die Erbteile der Erben des A festgestellt wurden. Auf Grund dieses Inventars hatte B von den Erben den gesamten „vorhandenen Nachlaß“ mit Last und Vorteil übernommen und sich nebst Zahlung von Gebühren verpflichtet, den Erben die Erbteile in einem unbedeutend nach oben abgerundeten Betrage auszuführen, beziehungsweise sicherzustellen. Der Nachlaß war somit den erbserklärten Erben eingantwortet worden. Nun machte C eine nicht inventarisierte Verlassenschaftsschuld gegen B als Erbschaftskäufer gemäß § 1282 geltend. Der O. G. wies ab, da kein Erbschaftskauf, sondern nur ein Kauf der Aktiven gegen Übernahme der festgestellten Passiven vorliege (!) Diese Ansicht basierte der O. G. in erster Linie auf die Verwendung des Ausdruckes „vorhandener Nachlaß“. Es sei nicht zu entnehmen, daß ein neu hervorkommendes Aktivvermögen als mitverkauft angesehen werden könnte. Sei das aber nicht bezweckt, so könne das Geschäft nicht als Erbschaftskauf betrachtet werden.

<sup>2)</sup> Auch nach dem d. BGB. (vgl. insbesondere § 2371) ist die Veräußerung einer Erbschaft Veräußerung des Erbvermögens, nicht des Erbrechtes.

<sup>3)</sup> Für diese Meinung auch Unger 6, 220 und Anm. 3 auf S. 223 f.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 18, 53; Anders 86 f.; und wohl auch Stubenrauch 2, 598 (vgl. aber auch die zweifelnde Note 1 auf S. 599). Dagegen lehrten die älteren österreichischen Schriftsteller (vgl. vor allem Zeiller, der allerdings promiscue vom Erbschaftskauf und vom Erbrechte als Gegenstand des Kaufvertrages spricht, aber ad § 1281 [Kommentar 3, 678 f.] geradezu sagt: „Das Erbrecht wird, gleich anderen unpersönlichen Sachen, auf den Käufer übertragen und das Eigentum der einzelnen Verlassenschaftsstücke auf die ihrer Beschaffenheit angemessene Art erworben [§§ 426 ff. und 819]“; ferner die bei Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 18 [Note 9a] Zitierten), daß der Gegenstand des Erbschaftskaufes das dem Verkäufer angefallene Erbrecht sei. Zu dieser Ansicht ist nimmere Ehrenzweig, Das Pfandrecht am Erbute (§ 822 BGB.), in St. R. G. 1893, 202 wieder zurückgekehrt. Er sagt hier: „Der Erbschaftskauf vor der Einantwortung ist nach österreichischem Recht, wie nach gemeinem Rechte, ein obligatorischer, sondern, wie nach preussischem Rechte, ein eigentümlicher erbrechtlicher Vertrag, d. h. ein Vertrag, der nicht nur obligatorische Verpflichtungen, sondern auch — und zwar in erster Linie — eine erbrechtliche — absolute — Wirkung nach sich zieht.“ — „Sicher ist, daß nach österreichischem Rechte der Erbschaftskäufer mehr ist als ein bloßer persönlicher Gläubiger des Erben. Wird der vor der Einantwortung geschlossene Erbschaftskauf dem Gerichte angezeigt, so tritt der Käufer schon in der Abhandlung ganz an die Stelle des Erben, und nur die Erbserklärung kann noch der Erbe selbst überreichen. Alles weitere ist Sache des Käufers. Ihm, nicht dem Erben, ist die Erbschaft schließlich einzuantworten.“ — „Der Käufer erwirbt also, da die Einantwortung das Eigentum am Nachlasse der richtigen Ansicht nach nicht begründet, sondern bloß feststellt, schon vor der Einantwortung das Eigentum an den einzelnen Nachlaßstücken selbstverständlich mit allen jenen Beschränkungen, die sich der Erbe selbst hat gefallen lassen müssen.“ Die gleiche Ansicht vertritt Ehrenzweig nun auch bei Krauz 2, 742 f. Eine Mittelwegung vertritt Steinlechner, a. a. O. I, 380 ff. Dieser hält die Ansicht, daß es nach österreichischem Rechte eine Veräußerung des Erbrechtes selbst nicht gebe, sondern nur des Erbvermögens, daß nur dem praktischen Erfolge nach, im Wege von Singularzufessionen, eine Veräußerung möglich sei, in betreff der vom Verkäufer bereits angetretenen Erbschaft für „sicher richtig“. Hingegen scheint ihm für die dem Verkäufer erst angefallene Erbschaft die Wahrheit zwischen beiden Lehrmeinungen in der Mitte zu liegen. Nach seiner Ansicht steht nämlich dem Käufer einer nur angefallenen Erbschaft „ein vom Willen des Verkäufers unabhängiges Recht zum Antritte der Erbschaft als Grundlage der Realisierung seines Erbschaftskaufes“ zu. Hierin liege kein

Kontrahenten dem materiellen Erfolge nach das Verhältnis hergestellt werden, wie wenn der Erwerber Erbe, der Veräußerer Nichterbe wäre. Daher tritt der Erwerber in alle nicht rein persönlichen erbchaftlichen Rechte und Vorteile, die dem Veräußerer als Erben gebühren, andererseits aber auch in alle nicht rein persönlichen erbchaftlichen Verbindlichkeiten des Veräußerers ein (§ 1278).

II. Wohl im Anschlusse an das römische Recht entwickelt das ABGB. lediglich die Grundsätze über den Verkauf<sup>1)</sup> einer Erbschaft und betrachtet das Geschäft, wenn beim Verkaufe kein Inventar zugrunde gelegt wurde, als ein gewagtes Geschäft (§ 1269, 1278).

III. Die Wirkungen zwischen den Kontrahenten.

1. Die Verpflichtungen des Verkäufers.

a) Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer alles, was ihm als Erben gebührt — nicht aber auch dasjenige, was ihm aus einem anderen Rechtsgrunde, wie z. B. als Vorausvermächtnis<sup>2)</sup>, als Fideikommiß, aus einer Substitution<sup>3)</sup> oder als Erbschaftsgläubiger gebührt —, zu überlassen. Daher erhält der Käufer auch eine dem Verkäufer als Erben affreszierende Erbportion<sup>4)</sup>, ein in der Verlassenschaft bleibendes Legat<sup>5)</sup> und alle Vorteile, welche der Verkäufer als Erbe, wenngleich vor dem Abschlusse des Kaufvertrages, erlangt hat, wie bezogene Früchte, eingetriebene Forderungen usw.<sup>6)</sup> (§§ 1279, 1280). Der Verkäufer ist ver-

begrifflicher Widerspruch, der Begriff des eigenen Rechtes zur Ausübung fremden Rechtes finde auf dem Rechtsgebiete vielfach Anwendung.

<sup>4)</sup> Ganz so verhält es sich bei der in der Praxis sehr häufig vorkommenden, sogenannten Zession der Erbrechte. Der Zessionar erwirbt durch die Zession nicht das Erbrecht, sondern nur einen Anspruch auf Überlassung der Erbschaft, beziehungsweise des Erbteiles. So auch O. M. N. 939.

<sup>1)</sup> Auch das d. BGB. geht vom Erbschaftskauf aus, für welchen es in den §§ 2371—2384 eingehende Vorschriften aufstellt. Diese Vorschriften finden aber gemäß § 2385 entsprechende Anwendung auch auf den Kauf einer vom Verkäufer durch Vertrag erworbenen Erbschaft, sowie auf andere Verträge, die auf die Veräußerung einer dem Veräußerer angefallenen oder anderweit von ihm erworbenen Erbschaft gerichtet sind. Gewisse Abweichungen von diesen Vorschriften gelten im Falle der Schenkung einer Erbschaft (§ 2335, Abs. 2).

<sup>2)</sup> Ebenso § 2373 d. BGB.

<sup>3)</sup> Ebenso § 2373 d. BGB.

<sup>4)</sup> Anders im Zweifel nach § 2373 d. BGB.

<sup>5)</sup> Nach § 2373 d. BGB. gebühren dem Käufer die Vorteile, welche sich aus dem Wegfalle eines Vermächtnisses oder einer Auflage oder aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben ergeben.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu § 2374 d. BGB., demzufolge der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer die zur Zeit des Verkaufes vorhandenen Erbschaftsgegenstände mit Einschluß dessen herauszugeben was er vor dem Verkauf auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erlangt hat, das sich auf die Erbschaft bezog, ferner § 2375, demzufolge die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung erloschenen Rechtsverhältnisse im Verhältnisse zwischen dem Käufer und dem Verkäufer als nicht erloschen gelten und erforderlichen Falles wiederherzustellen sind, endlich die Vorschrift des



pflichtet, die zur Übertragung der einzelnen Rechte und Vorteile nach ihrer Natur erforderlichen Rechtshandlungen (Traditionen, Zessionen) vorzunehmen<sup>1)</sup>. Doch bedarf es zu Rechtshandlungen, wodurch einzelne Objekte, Rechte, Forderungen, übertragen werden sollen, vor der Einantwortung der Erbschaft der Bewilligung der Verlassenschaftsbehörde. Ohne diese können diese Rechtshandlungen nur unter dem Vorbehalte des § 822 stattfinden.

b) Ist eine nur erst angefallene Erbschaft verkauft worden, so kann sie sowohl vom Verkäufer, als auch vom Käufer angetreten werden. Das ist die eine Bedeutung des Schlusssatzes des § 1282: „und die Erbschaftsantretung des einen gilt auch für den andern“<sup>2)</sup>. War die Erbschaft vom Verkäufer bereits angetreten, und wird der Verkauf dem Gerichte angezeigt, so ist der Käufer berechtigt, beziehungsweise verpflichtet, alle jene gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtshandlungen vorzunehmen, zu denen der Verkäufer berechtigt, beziehungsweise verpflichtet war.

c) Insoweit der Verkäufer die Erbschaft verwaltet hat, haftet er dem Käufer für diese Verwaltung — und zwar nicht nur für die Verwaltung vom Verkaufsabschlusse bis zur Übergabe, sondern auch für die Verwaltung bis zum Verkaufsabschlusse —, wie ein anderer Geschäftsträger (§§ 1012, 1281)<sup>3)</sup>.

d) Betreffs der Haftung des Verkäufers an sich ist zu unterscheiden: Wurde dem Verkaufe ein Inventar nicht zugrunde gelegt, so haftet der Verkäufer lediglich „für die Richtigkeit seines Erbrechtes, wie er es angegeben hat“<sup>4)</sup>, also für den Bestand seines Erbrechtstitels im angegebenen Umfange und in der angegebenen Beschaffenheit, „und für allen dem Käufer durch sein Verschulden zugefügten Schaden“ (§ 1283). Im Übrigen ist ein solcher Kauf einer Erbschaft ein gewagtes Geschäft; daher haftet der Verkäufer nicht wegen Verletzung über die Hälfte (§ 1268). Auch für physische oder juristische Mängel einzelner Erbstücke haftet der Verkäufer nicht (§ 930).

ersten Satzes des § 2379, daß dem Verkäufer die auf die Zeit vor dem Verkaufe fallenden Nutzungen verbleiben.

<sup>1)</sup> Gegen die Notwendigkeit der Vornahme solcher einzelner Übertragungsakte auf dem Boden ihrer Auffassung von der rechtlichen Natur des Erbschaftskaufes (vgl. weiter oben Note 3 auf S. 310 dieses Bandes) Ehrenzweig, a. a. O. 202 (Note 54); Krausz 2, 742 f.; aber auch, Stubenrauch 2, 598. — Auch nach dem d. BGB. ist die Vornahme der einzelnen Übertragungsakte notwendig. Vgl. § 2374.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Unger 6, 221 und Anm. 9 auf S. 226.

<sup>3)</sup> Nach dem d. BGB. ist der Verkäufer, der vor dem Verkaufe einen Erbschaftsgegenstand verbraucht, unentgeltlich veräußert oder unentgeltlich belastet hat, verpflichtet, dem Käufer den Wert des verbrauchten oder veräußerten Gegenstandes, im Falle der Belastung die Wertminderung zu ersetzen. Diese Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Käufer den Verbrauch oder die unentgeltliche Verfügung beim Abschlusse des Kaufes kennt. Im übrigen kann der Käufer wegen Verschlechterung, Untergang oder einer aus einem anderen Grunde eingetretenen Unmöglichkeit der Herausgabe eines Erbschaftsgegenstandes nicht Ersatz verlangen (§ 2375).

<sup>4)</sup> Wird eine als zweifelhaft angegebene Erbschaft veräußert, so muß der Käufer das Entgelt bezahlen, ungeachtet die ihm verkaufte Hoffnung zunichte geworden ist. So richtig Oll. 4492.

Wurde aber dem Verkaufe ein Inventar zugrunde gelegt, so haftet der Verkäufer „für dasselbe“, d. h. im Falle der Eviktion der darin aufgezählten Sachen oder des Nichtbestandes der darin angeführten Forderungen und sonstigen Rechte (§ 1283)<sup>1)</sup>.

## 2. Die Verpflichtungen des Käufers.

Der Erbschaftskäufer ist verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen und alle „nicht bloß persönlichen“ erbchaftlichen Verbindlichkeiten dem Verkäufer abzunehmen (§ 1276). Er muß daher ersetzen, beziehungsweise sich abziehen lassen, was der Verkäufer „aus dem Seinigen auf die Antretung der Erbschaft, oder auf die Verlassenschaft verwendet hat“<sup>2)</sup>, also insbesondere bezahlte Erbschaftsschulden<sup>3)</sup>, schon entrichtete Vermächtnisse, Abgaben und Gerichtsgebühren, und wenn es nicht ausdrücklich anders verabredet worden ist, auch noch die Begräbniskosten (§ 1280)<sup>4)</sup>; er muß ferner die Forderungen des Verkäufers gegen den Erblasser bezahlen, beziehungsweise sich abziehen lassen (§ 1279) und durch Vereinigung untergegangene Rechte wieder herstellen<sup>5)</sup>.

## IV. Das Verhältnis zu dritten Personen.

1. Im Verhältnis zu dritten Personen bleibt der Verkäufer in seiner erbrechtlichen Stellung. Seine Gläubiger können aber das ihnen gemäß § 822 zustehende Recht nur bis zur Anzeige der Veräußerung der Erbschaft an das Gericht<sup>6)</sup> ausüben. Haben sie dieses Recht ausgeübt, so erwirbt der Erbschaftskäufer die Erbschaftssachen, auf welchen sie sichergestellt sind, mit dieser Last; er „übernimmt“ (§ 443) die auf den Erbschaftssachen sichergestellten Forderungen<sup>7)</sup>, hat aber gegen den Verkäufer einen Regressanspruch.

Von Erbschaftsgläubigern und Legataren kann der Verkäufer auch nach dem Verkaufe der Erbschaft belangt werden (§ 1282). Diese Personen können sich jedoch auch, und zwar nach unserem Rechte unmittelbar, an

<sup>1)</sup> Nach dem d. BGB. beschränkt sich die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Rechte in jedem Falle auf die Haftung dafür, daß ihm das Erbrecht zusteht, daß es nicht durch das Recht eines Nacherben oder durch die Ernennung eines Testamentvollstreckers beschränkt ist, daß nicht Vermächtnisse, Auflagen, Pflichtteilsklagen, Ausgleichungspflichten oder Teilungsanordnungen bestehen, und daß nicht unbeschränkte Haftung gegenüber den Nachlassgläubigern oder einzelnen von ihnen eingetreten ist. Vgl. hier auch § 2380, demzufolge der Käufer von dem Abschlusse des Kaufes an die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände trägt.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu § 2381 d. BGB.

<sup>3)</sup> Ebenso § 2378 d. BGB.

<sup>4)</sup> Nach dem d. BGB. trägt der Verkäufer für die Zeit vor dem Kaufabschlusse die Lasten mit Einschluß der Zinsen der Nachlassverbindlichkeiten. Den Käufer treffen jedoch die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben, sowie die außerordentlichen Lasten, welche als auf den Stammwert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind (§ 2379).

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu § 2377 d. BGB.

<sup>6)</sup> Anders die Praxis. Vgl. hierzu Note 4 auf S. 272 dieses Bandes.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu S. 272 und Note 4 auf S. 272 dieses Bandes.

den Erbschaftskäufer halten, welcher ihnen in derselben Weise, wie der Erbschaftsverkäufer, haftet<sup>1)</sup> (§ 1282)<sup>2)</sup>. Der Umfang der Haftung des Käufers und des Verkäufers richtet sich nach der Art der Antretung der Erbschaft durch den Käufer oder Verkäufer. Auch darauf bezieht sich der Schlußsatz des § 1282<sup>3)</sup>.

2. Der Erbschaftskäufer hat im Verhältnisse zu Erbschaftsschuldnern die Stellung eines Zessionars (§ 1282).

V. Dem Erbschaftskäufer wird die Erbschaft eingewantwortet<sup>4)</sup>. Er kann auch die Erbschafts- und Erbteilungsflage anstellen, und selbstverständlich ist die Erbschafts- und Erbteilungsflage auch gegen ihn — nach allgemeinen Regeln — zulässig. Hingegen geht die Erbrechtsflage nur gegen den Verkäufer der Erbschaft.

## § 59.

**Die Einantwortung der Erbschaft<sup>5)</sup>.**

Erst mit der Einantwortung der Verlassenschaft (§ 819) wird die Verlassenschaftsabhandlung für beendet erklärt und die Erbschaft

<sup>1)</sup> Über die Konstruktion dieser Haftung vgl. insbesondere Steinlechner, a. a. O. 384 ff. Unger 6, 222 verweist hier auf die für Zahlungs- und Schulübernahme geltenden Regeln und zitiert die §§ 1406 und 1407. Dagegen wendet sich Steinlechner, nach dessen Ansicht sich (worauf schon Krainz hingewiesen hatte) eine viel befriedigendere Erklärung aus dem dem § 1019 zugrundeliegenden Prinzipie gewinnen läßt. Für Steinlechner's Ansicht auch Stubenrauch 2, 598. Vgl. auch Anders 88, der sagt: „Solche Nachlassbeteiligte (scil. Erbschaftsgläubiger, Noterben und Vermächtnisnehmer) können aber auch vom Abschluß des Kaufvertrages an schon kraft Rechtsvorschrift (§ 1282) den Käufer belangen, so daß Verkäufer und Käufer Korreal Schuldner sind. Will man sich dieser Auffassung nicht anschließen, so dürfte die Haftung der beiden Kontrahenten am einfachsten durch Verwertung des in § 1019 enthaltenen Grundsatzes zu erklären sein.“ Krainz 2, 744 sagt schlechthin: „Das Gesetz (§ 1282) läßt „den Erben neben dem Käufer zur ungeteilten Hand haften“.

<sup>2)</sup> Auch wenn der Käufer im Kaufvertrage nur die Bezahlung eines Teiles der Schulden übernommen hat, haftet er doch den Gläubigern gegenüber für alle Schulden. Vgl. Oll. 5373.

<sup>3)</sup> Im wesentlichen übereinstimmend ist die Regelung dieser Fragen im d. BGB. Es gelten insbesondere folgende Sätze: Die Haftung des Verkäufers dauert auch nach dem Abschluß des Kaufes fort. Von diesem Zeitpunkte an haftet aber den Nachlassgläubigern auch der Käufer (§ 2382, Abs. 1). Die Haftung des Käufers den Gläubigern gegenüber kann nicht durch Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer ausgeschlossen oder beschränkt werden (§ 2382, Abs. 2). Für die Haftung des Käufers gelten die Vorschriften über die Beschränkung der Haftung des Erben. Er haftet unbeschränkt, soweit der Verkäufer zur Zeit des Verkaufs unbeschränkt haftet. Beschränkt sich die Haftung des Käufers auf die Erbschaft, so gelten keine Ansprüche aus dem Kaufe als zur Erbschaft gehörig. Die Errichtung des Inventars durch den Verkäufer oder den Käufer kommt auch dem anderen Teile zustatten, es sei denn, daß dieser unbeschränkt haftet (§ 2383). Einen besonderen Schutz für die Nachlassgläubiger normiert § 2384, indem er den Verkäufer verpflichtet, den Verkauf der Erbschaft und den Namen des Käufers unverzüglich dem Nachlassgerichte anzuzeigen, welches die Einsicht der Anzeige jedem zu gestatten hat, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht.

<sup>4)</sup> Vgl. Oll. 1515.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu u. a. Unger 6, 159 ff.; Stubenrauch 1, 1000 f.; Krainz 2,

Bestandteil des Vermögens des Erben. Die Einantwortung erfolgt mittels der Einantwortungsurkunde<sup>1)</sup>. Den Inhalt der Einantwortungsurkunde bestimmt § 174 AusstreitG. Demnach hat die Einantwortungsurkunde zu enthalten:

1. den Namen und Vornamen des Erblassers und den Tag seines Todes;

2. den Namen und Vornamen des Erben, den Rechtstitel zur Erbschaft, die Art der Erbserklärung<sup>2)</sup> und, wenn mehrere Erben eintreten, das Verhältnis, nach welchem sie an der Erbschaft teilnehmen<sup>3)</sup>, mit Berufung auf die etwa bereits vorgenommene Erbteilung (vgl. §§ 165—171 AusstreitG.)<sup>4)</sup>;

3. die Angabe, ob die Verlassenschaft dem Erben als freies Eigentum zugefallen oder, inwiefern er in Rücksicht des Fruchtgenusses oder der Verfügung über die Substanz durch ein bestehendes Fideikommiß-, Lehens- oder Substitutionsband beschränkt sei. Bei Substitutionen und den diesen gemäß §§ 707—709 ABGB. gleichgestellten Anordnungen (vgl. § 158 AusstreitG.) ist insbesondere der Substitut, welchem das Vermögen bei Eintritt des Substitutionsfalles übergeben werden soll, soweit er bereits bekannt ist, mit Bestimmtheit zu bezeichnen.

4. wenn der Erbe minderjährig oder pflegebefohlen ist, eine ausdrückliche Hervorhebung dieses Umstandes.

680 ff.; Anders 64 f.; Touaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftstreite, in Oll. 30, S. 100 ff., 201 ff. — Über die Bedeutung der Einantwortung für den Erbschaftserwerb vgl. weiter oben Note 2 auf S. 38 f. dieses Bandes.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Dr. R. T., Zustellung der Einantwortungsurkunde an den Notar, in Oll. 1900, S. 362 f.

<sup>2)</sup> Vgl. Oll. 5005 (Aufhebung des Einantwortungsdekretes wegen Mangels einer bestimmten Erklärung darüber, ob die Erbschaft unbedingt oder mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten wird).

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Oll. 2963 (Sind zu einer Erbschaft neben bereits am Leben befindlichen auch noch ungeborene Personen berufen, so kann vor der Entscheidung über das Existenzwerden der letzteren eine Einantwortung der Verlassenschaft nicht erfolgen, da vorher weder die Erben, noch die Erbteile bekannt sind); Oll. 4798 (In der speziellen Angabe der Anteile der Erben an den intabulierten Nachlassforderungen in der Einantwortungsurkunde ist keine reale Teilung, sondern nur die Konsequenz der durch das Gesetz geforderten Angabe des Verhältnisses der Teilnahme der einzelnen Erben an der Verlassenschaft zu erblicken). Vgl. hier auch Oll. v. 27. XII. 1907, Z. 30 996 (abgedruckt in Notz. 1908, S. 79 f.) über die Nachlassabhandlung und Einantwortung in dem Falle, daß zu Erben neben lebenden Personen auch künftige Nachkommen eingesetzt sind, die beim Tode des Erblassers noch nicht geboren und auch nicht gefehlich als geboren anzusehen sind.

<sup>4)</sup> Wie hat die Einantwortung zu erfolgen, wenn im Kaufe der Verlassenschaftsabhandlung die Erbteilung in der Art vorgenommen und vom Gerichte zur Kenntnis genommen wurde, daß einer der Miterben den ganzen Nachlass gegen Auszahlung der übrigen Miterben übernahm? Nach Inhalt der Erbserklärung ohne Berücksichtigung der Erbteilung oder nach Inhalt der Erbteilung? Oll. 1909, Nr. 40 und 41 entscheidet sich mit Recht für das zweite, verlangt aber, gleichfalls mit Recht, die Erwähnung der Erbserklärungen in der Einantwortungsurkunde.

Die Einantwortung darf nur stattfinden, nachdem der Erbe sein Erbrecht dem Gerichte gehörig dargetan, die ihm vom Gesetze und vom Erblasser auferlegten Verbindlichkeiten erfüllt und sich darüber dem Gerichte ausgewiesen hat (§ 819 ABGB; § 174 AusstreitG.). Insbesondere muß der Erbe vor der Herausgabe der Einantwortungsurkunde die Verlassenschaftsgebühren entrichtet oder sichergestellt<sup>1)</sup> und sich darüber dem Gerichte ausgewiesen haben (§ 149 AusstreitG.).<sup>2)</sup> Behufs Bemessung<sup>3)</sup> der Verlassenschaftsgebühren<sup>4)</sup> hat der Erbe dem Gerichte die sogenannte *Nachlassnachweisung*<sup>5)</sup> <sup>6)</sup>, welche alle für die Bemessung der Gebühr

<sup>1)</sup> Vgl. E. OGH. v. 5. I. 1910, RI 850 und 851/9, in Notz. 1910, 235 (Eine Anfechtung der amtswegig beschlossenen Nachlasseneinantwortung durch den Erben aus dem Titel mangelhafter Sicherheit der von den Gebührenbehörden angenommenen Sicherstellung der Gebühren ist ausgeschlossen).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu auch § 154 AusstreitG.: „Welchen Einfluß das Gericht auf die Bemessung der von Verlassenschaften zu entrichtenden gesetzlichen Gebühren und zum Zwecke dieser Bemessung auf die Ermittlung des Aktiv- und Passivstandes zu nehmen habe, bestimmen besondere Vorschriften, vor deren Erfüllung die Verlassenschaft nicht eingantwortet werden darf“; und § 155 AusstreitG.: „Von Verlassenschaften, welche als erblos dem Staate zufallen (§ 130), sind vor der Übergabe an den Staatsschatz nur jene Gebühren zu berechnen und in Abzug zu bringen, welche den gar nicht oder nur teilweise aus dem Staatsschatze dotierten Fonds zufließen.“

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu GMR. 877 (Berichtigung irrig bemessener Gebühren für öffentliche Anstalten vor der Einantwortung von Amtswegen); 2307 (Zulässigkeit der Neubemessung der auf unrichtiger Grundlage bemessenen Fondsgebühren); 4151 (Kein gerichtlicher Instanzenzug gegen die abhandlungsgerichtliche Bemessung der in Stempelmarken zu entrichtenden Verlassenschaftsgebühr).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu GMR. 1448 (Zwangsweise Versteigerung von Nachlassliegenschaften bei noch nicht eingantwortetem Nachlass: Zuweisung der auf die versteigerten Liegenschaften entfallenden besonderen Immobiliargebühr in bevorzugter Rangordnung [Einfluß der Ratf. B. v. 16. VIII. 1899 (RGBl. 158)]; keine bevorzugte Rangordnung der Gebühr vom reinen Nachlasse, des Schulbeitrages und der Gebühr des Notars als Gerichtskommissär); 3220 (Keine Berechtigung des mit einem legatum liberationis und zugleich mit dem Vermächtnisse einer Geldsumme für denselben Legatar belasteten Erben zum Abzuge der für das erste Vermächtnis vorgeschriebenen Gebühr von dem zweiten).

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu E. OGH. v. 3. I. 1900, 3. 19085, in StzBl. 19, Nr. 226 (Die Verbindlichkeiten aus beiderseits noch unerfüllten Lieferungsverträgen sind nur dann als Abzugsposten zu behandeln, wenn auch die Forderungen aus den Lieferungsverträgen als Aktivum eingestellt werden); GMR. 1823 (Vorausempfangene Zinsen und Kationen sind nicht als Abzugsposten zu behandeln). — Über die Berechtigung der Finanzbehörde, den Erben unter Umständen zur Ablegung des Offenbarungseides zu verhalten, vgl. § 12 G. v. 18. VI. 1901 (RGBl. 74) und dazu §§ 26—28 AB. v. 21. VI. 1901 (RGBl. 75). Über diesen Offenbarungseid vgl. auch Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens S. 104 (Note 31), 186 (Note 2).

<sup>6)</sup> Das Gericht hat dafür zu sorgen, daß dieser, wie alle übrigen, in der folgenden Darstellung genannten Ausweise „ohne Verzögerung geliefert werden, damit, wenn kein Hindernis mehr im Wege steht, die Einantwortung erfolgen, im entgegengekehrten Falle aber die Nachtragung des Fehlenden angeordnet werden könne“ (§ 149, Abs. 2 AusstreitG.). — „Zu diesem Ende haben die Gerichtshöfe den Erben in der Regel zur schriftlichen Überreichung der erforderlichen Ausweise angewiesen und ihm angemessene Fristen hierzu zu bestimmen“ (§ 150 AusstreitG.). — „Die Bezirksgerichte haben bei kleinen und weniger schwierigen Verlassenschaften sich zu bestreben, daß so viel als möglich das ganze Abhandlungsgeschäft, nämlich die Tobfallsaufnahme, die

maßgebenden Umstände nach einem vorgeschriebenen Formular dartin muß, vorzulegen. Der Erbe muß ferner dem Abhandlungsgerichte in der Testamentsausweisung Punkt für Punkt nachweisen, inwiefern die im Testamente oder Kodizille enthaltenen Anordnungen erfüllt oder sichergestellt seien (§ 817 ABGB.; § 157 AusstreitG.).<sup>1)</sup> Betreffs der Substitutionen<sup>2)</sup> und der diesen gleichgestellten Anordnungen, sowie in betreff des Legates des Fruchtgenusses der Erbschaft oder eines Erbteils verfügt § 158 AusstreitG.: „Substitutionen und Anordnungen, welche denselben nach §§ 707—709 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches gleichzuhalten sind, müssen auf die denselben unterworfenen Güter in den öffentlichen Büchern eingetragen werden<sup>3)</sup>. Haben solche Anordnungen oder Substitutionen Kapitalien oder anderes bewegliches Vermögen zum Gegenstande, welches dem eingesetzten Erben oder Legatar ausgefolgt werden soll, so muß dasselbe, insofern nicht die Sicherstellung in dem letzten Willen selbst enthalten ist, oder die Beteiligten rechtsgültig darauf Verzicht leisten, pupillarmäßig versichert werden. Diese Vorschriften gelten auch von dem

Inventur, die Erbsklärung, die wechselseitige Anerkennung des Erbrechtes, der Ausweis der den Erben obliegenden Verbindlichkeiten und nach Umständen die Erbteilung oder der endliche Erbausweis in einem fortlaufenden Protokolle berichtet und besonders, wo dürftige Erben einschreiten, diesen kein unnützer Zeitverlust verursacht werde“ (§ 151 AusstreitG.). — „Ist dies nicht tunlich, so hat das Bezirksgericht, nachdem die erforderlichen Vorbereitungen getroffen sind, die Erben und Parteien, deren Vernehmung notwendig ist, zu einer besonderen Tagung vorzuladen, um die Abhandlungsausweisung mit ihnen aufnehmen zu können. — Bei größeren Verlassenschaften, oder wenn es die Parteien verlangen, können denselben jedoch auch von den Bezirksgerichten schriftliche Ausweise angefordert, oder gestattet werden, solche zur Tagung mitzubringen. — Bei Verlassenschaften von Landleuten ist die Abforderung schriftlicher Ausweise zu vermeiden, und deren Verbringung nur über ausdrückliches Verlangen der Parteien zu gestatten“ (§ 152 AusstreitG.). — „Inwiefern die Vorbereitung aller zur Einantwortung erforderlichen Akte auch den öffentlichen Notaren übertragen werden können, ist in dem § 29 enthalten“ (§ 153 AusstreitG.).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu GMR. 2352 (Erbeinsetzung einer erst zu errichtenden Stiftung: Die Finanzprokurator kann, nachdem sie durch Vorlage des genehmigten Testamentsausweises der ihr gesetzlich obliegenden Pflicht als Vertreterin der Stiftung ausgesprochen hat, weder zur Vorlage einer Abschrift des Stiftsbriefes, noch zur Vorweisung des Stiftsbriefes nach erfolgter stiftungsbehördlicher Genehmigung an die Abhandlungsbehörde verhalten werden).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu auch weiter oben S. 109 f. und Noten 5 auf S. 109, sowie 1 und 2 auf S. 110 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu GMR. 1025 („Es steht mit Rücksicht auf die nicht taxative Fassung des § 20 lit. a ABG. nichts im Wege, daß die in den §§ 158 und 159 AusstreitG. vorgesehene Sicherstellung einer Substitution, beziehungsweise Stiftung durch grundbücherliche Anmerkung der bezüglichen letztwilligen Verfügung erfolge, zumal eine fideikommissarische Substitution eine Beschränkung der Vermögensverwaltung des Erben nach sich zieht. Auch wird durch die gedachte grundbücherliche Anmerkung den Rechten des Erben in keiner Weise präjudiziert, indem die zwischen dem Erben und der Finanzprokurator streitige Frage, ob die in Rede stehende letztwillige Verfügung für den ersteren rechtsverbindlich sei, falls eine Einigung der Parteien nicht zustande käme, nur im ordentlichen Rechtswege entschieden werden kann“).



Fruchtgenusse<sup>1)</sup> der Erbschaft oder eines Erbtheiles<sup>2)</sup>). Bezüglich der Legate schlechtthin (also nicht nur, wie § 817 ABGB. sagt, bezüglich der „bestimmten Legatäre“, d. i. derjenigen, denen bestimmte Verlassenschaftsstücke legiert wurden) ist es in der Regel hinreichend, darzutun, daß die Vermächtnisnehmer von dem Vermächtnisse gerichtlich oder außergerichtlich verständig worden sind (§ 817 ABGB.; § 161 AusstreitG.). Inbetriff gewisser Legate enthalten abweichende Bestimmungen der oben bereits zitierte § 158 AusstreitG., sowie die §§ 159 und 160 AusstreitG., die folgendes normieren: „Vor ausgewiesener Bezahlung oder Sicherstellung der für Arme, Stiftungen<sup>3)</sup>, Kirchen, Schulen, geistliche Gemeinden, öffentliche Anstalten, oder sonst zu frommen<sup>4)</sup> oder gemeinnützigen Zwecken bestimmten Legate darf die Einantwortung der Verlassenschaft nicht erfolgen. Die Ausfertigung des Stiftsbriefes über solche Legate kann jedoch auch erst nach der Einantwortung geschehen“ (§ 159)<sup>5)</sup>. „Ist ein Legatar minderjährig oder pflegebefohlen, oder ist dessen Person noch ungewiß, so ist das Legat ent-

<sup>1)</sup> Vgl. GMR. 921 (Dem Legatar des Nießbrauchs am Nachlasse sind Nachlaststücke nur gegen Sicherstellung des Erben auszufolgen).

<sup>2)</sup> Zu § 158 vgl. auch Kutwak, Zum Wesen des Nachbrevchts nach österr. reichlichem Recht, in ÖstZBl. 25, 1022 ff.

<sup>3)</sup> Vgl. auch hier GMR. 1025 (erzepiert in Note 3 auf S. 317 dieses Bandes).

<sup>4)</sup> Von der unrichtigen Ansicht ausgehend, daß im Hinblick auf § 685 von frommen Vermächtnissen auch ohne Mahnung vom Todestage an kraft Gesetzes Zinsen zu entrichten sind (vgl. weiter oben S. 144 dieses Bandes), verlangt der OGH., daß bei frommen Vermächtnissen auch die Zinsen vom Todestage an vor der Einantwortung zu bezahlen oder sicherzustellen sind. Vgl. weiter oben Note 3 auf S. 144 dieses Bandes; ferner GMR. 14788, 15629; GMR. 1350.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu GMR. 831 (Wird unter Vorlage der letztwilligen Anordnung von der Finanzprokurator um die Pfandrechtspränotation zur Sicherstellung einer Familienstipendienstiftung angefleht, so hat der Grundbuchrichter, ohne sich in die Beurteilung der Frage, ob die letztwillig angeordnete Stiftung noch zurecht besteht oder hinfällig geworden ist, sowie der Frage, ob das Nachlassvermögen zur Berichtigung des Stipendiums hinreicht, einzulassen, die angelegte Vormerkung zu bewilligen, da durch die letztwillige Anordnung sowohl die Legatsforderung als auch der Rechtsgrund zum Pfandrechte hinlänglich bescheinigt sind); 1031 (Die Bestimmung des § 159 AusstreitG. bezieht sich nur auf Legate inländischer Vermächtnisnehmer); 1090 (Der bedingt antretende Erbe kann behufs Sicherstellung von frommen Vermächtnissen zu mehr als zur Verpfändung aller Nachlassaktiven nicht verhalten werden); 1503 (Pflicht des Abhandlungsgerichts, für die Sicherstellung frommer Vermächtnisse selbst bei zweifelhaftem Rechtsbestande der letztwilligen Anordnung von Amtswegen Sorge zu tragen. Es ist nicht etwa die Finanzprokurator auf den Rechtsweg zu verweisen und die Beendigung der Abhandlung von der Klage wegen Sicherstellung der Legate abhängig zu machen); 2276 (Sicherstellung eines frommen Vermächtnisses: Vorgang bei Vermögenslosigkeit des Belasteten und Unklarheit über den Stand des Nachlasses. Pflicht des Abhandlungsgerichts zur Prüfung der behaupteten Unfähigkeit des Erben, den Legatsbetrag sicherzustellen, und zur Entscheidung, ob die Anwendung von Geld- und Arreststrafen oder die Exekutionsführung nach den Vorschriften der O.Ö., ob die amtswegige Exekutionsführung oder die Bestellung eines Kurators zur Führung der Exekution das Entsprechendere ist, um die Befolgung der gerichtlichen Weisungen durchzusetzen, und eventuell auf welche Vermögensstücke zur Realisierung des Anspruchs zu greifen wäre).

weder gerichtlich zu erlegen oder gehörig zu versichern. Einem Legatar, dessen Aufenthaltsort unbekannt ist, ist die erfolgte gerichtliche Deponierung oder Sicherstellung des Vermächtnisses durch Edikt bekannt zu machen“ (§ 160)<sup>1)</sup>. Müssen sich die Legatäre wegen Insuffizienz des Nachlasses einen verhältnismäßigen Abzug gefallen lassen (§ 692 ABGB.), so hat der bedingt erbserklärte Erbe dem Gerichte eine Berechnung des reinen Verlassenschaftsvermögens und des verhältnismäßigen Abzuges an jedem Legate vorzulegen (§ 163 AusstreitG.). Entsteht ein Zweifel, ob ein minderjähriger oder pflegebefohlener Noterbe in seinem Pflichttheile verletzt sei, so muß von Amtswegen auf eine nach den Bestimmungen der §§ 783—789 ABGB. eingerichtete Pflichttheilsausweisung gedrungen (§ 162 AusstreitG.), daher bei einem Streite über die Art der Berechnung des Pflichttheils die Berechnung vom Richter vorgenommen<sup>2)</sup> werden. Dem Pflichttheilsausweise ist der Stand des Erbvermögens nicht, wie er zur Zeit des Todes des Erblassers war, sondern, wie er sich zur Zeit der Feststellung des Pflichttheils darstellt, zugrunde zu legen.

Der Erblasser kann einen Testamentsexekutor<sup>3)</sup> ernennen<sup>4)</sup> <sup>5)</sup> <sup>6)</sup>. Diesen faßt unser Recht als Machthaber, richtiger: Mandatar des Erb-

<sup>1)</sup> Vgl. GMR. 15584 (Die im § 160 AusstreitG. den Erben auferlegte Verbindlichkeit besteht auch im Falle der Bestreitung der Vermächtnisanordnung; d. h. so lange eine bestrittene letztwillige Anordnung nicht für unwirksam erklärt worden ist, darf vor Sicherstellung der darin angeordneten Vermächtnisse für Minderjährige und Pflegebefohlene die Verlassenschaft nicht eingewantwortet werden).

<sup>2)</sup> Vgl. GMR. 14552.

<sup>3)</sup> Vgl. über den Testamentsexekutor u. a. Unger 6, 123 f.; Randa, Der Erwerb der Erbschaft § 7; Stubenrauch 1, 998 f.; Krainz 2, 737 f.; Anders 53 f.; auch Sturm, Die Lehre von den Testamentsvollziehern nach gemeinem und preussischem Rechte, in JheringsZ. 20, 91 f.

<sup>4)</sup> Nicht nur in einem Testamente oder Kodizille, sondern auch in einer formlosen Erklärung. So auch Anonymus, Über die Ernennung eines Testamentsexekutors, in ÖstZBl. 1864, Nr. 5; Unger 6, 123 und Anm. 6 auf S. 124; Randa, a. a. O.; Stubenrauch 1, 998 f. (Note 7); Krainz 2, 737 (Note 9); Anders 54. Dagegen Ruh, in ÖstZBl. 1864, Nr. 7.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu § 80 AusstreitG.: „Ist in dem letzten Willen ein Testamentsexekutor ernannt, so ist demselben diese Anordnung des Erblassers von dem Gerichte bekannt zu machen.“

<sup>6)</sup> Auch nach dem b. BGB. kann der Erblasser durch Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen (§ 2197, Abs. 1). Er kann auch für den Fall, daß der ernannte Testamentsvollstrecker vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt, einen anderen Testamentsvollstrecker ernennen (§ 2197, Abs. 2), ferner die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten oder dem Nachlassgerichte überlassen (§§ 2198, 2200), endlich den Testamentsvollstrecker ermächtigen, einen oder mehrere Mitvollstrecker oder einen Nachfolger zu ernennen (§ 2199). Die Ernennung des Testamentsvollstreckers ist unwirksam, wenn er zu der Zeit, zu welcher er das Amt anzutreten hat, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder nach § 1910 zur Beforgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat. Dem Testamentsvollstrecker hat das Nachlassgericht auf Antrag ein Zeugnis über die Ernennung zu erteilen (§ 2368). Außerdem ist die Ernennung eines Testamentsvollstreckers im Erbseine anzugeben (§ 2364, Abs. 1).



lassers<sup>1)</sup> auf, und zwar als Mandatar<sup>2)</sup>, dessen Mandat nicht übertragbar ist<sup>3)</sup>, vom Erben nicht geschmäleret und nicht widerrufen werden kann<sup>4)</sup> und lediglich auf Ausführung und Erfüllung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers gerichtet ist (§ 816 ABGB.)<sup>5)</sup> 6). Der Testamentsexekutor

<sup>1)</sup> So auch Unger, 6, 123 und Anm. 7 auf S. 125; Stubenrauch 1, 998 f.; Krainz 2, 737; Anders 54; Gl. 7379.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu auch § 2218 d. BGB.

<sup>3)</sup> Vgl. Gl. 5295.

<sup>4)</sup> So auch Unger 6, Anm. 17 auf S. 125; Randa, a. a. O. 79; Stubenrauch 1, 999 (Note 1); Krainz 2, 738; Anders 54.

<sup>5)</sup> Nach § 95 AusstreitG. ist der Testamentsexekutor zur Vornahme der Inventur von Amtswegen vorzuladen. — Aus der Judikatur des OGH. vgl. über die Rechtsstellung des Testamentsexekutors, abgesehen von den in den weiteren Noten angeführten, u. a. noch folgende Entscheidungen: Gl. 13659 (Legitimation des Testamentsexekutors zum Refuse gegen die Annahme der Erbsklärung des Noterben); Gl. 2145 (Der Testamentsexekutor ist gegen die Annahme einer nach seiner Ansicht unberechtigten Erbsklärung legitimiert); Gl. 3048 (Der Testamentsexekutor ist zum Refuse gegen die Verweigerung der dem Legatar zum Zwecke der Eigentumseinverleibung zu erteilenden abhandlungsbehördlichen Bestätigung nicht legitimiert); Gl. 4395 (Der Testamentsexekutor ist zur Aufsehung der Bewilligung der separatio bonorum zugunsten eines Nachlassgläubigers nicht legitimiert); Gl. 4769 (Hat der Testamentsexekutor irrtümlich einen von dem Legatar an einen seiner Gläubiger zedierten und dem Testamentsexekutor als zediert demuntzierten Legatsbetrag an einen anderen Gläubiger des Legatars bezahlt, so wird hiedurch der Anspruch des Zessionars gegen die Verlassenschaft oder gegen den schuldnerischen Legatar nicht berührt. Dem Zessionar kann also ein Rückforderungs- (Verreicherungs-)anspruch gegen den Empfänger der Zahlung nicht zustehen).

<sup>6)</sup> Nach dem d. BGB. umfasst der regelmäßige Wirkungskreis des Testamentsexekutors folgende Aufgaben: 1. Er hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203). 2. Er hat bei Vorhandensein mehrerer Erben, nachdem er diese über den Auseinandersehungsplan gehört hat, die Auseinandersehung nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften (§§ 2042—2056) zu bewirken (§ 2204). 3. Er hat den Nachlass zu verwalten und ist demzufolge unter einer Beschränkung zur Verfügung über Nachlassgegenstände und in einem gewissen Umfange auch zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass berechtigt (§§ 2205, 2206). Dieser regelmäßige Wirkungskreis des Testamentsexekutors kann durch Anordnung des Erblassers erweitert (so z. B. gemäß § 2207 in der Richtung, daß die Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlass keiner Beschränkung unterliegen soll) oder eingeschränkt (so z. B. in der Richtung, daß der Verwaltung des Testamentsexekutors nur einzelne Nachlassgegenstände unterliegen sollen, oder daß der Testamentsexekutor die Verfügungen des Erblassers nicht selbst zur Ausführung zu bringen habe [vgl. § 2208]) werden. Auch kann der Erblasser einem Testamentsexekutor die Verwaltung des Nachlasses ohne Zuweisung anderer Aufgaben übertragen oder anordnen, daß der Testamentsexekutor die Verwaltung nach der Erledigung der ihm sonst zugewiesenen Aufgaben fortzuführen hat (§§ 2209, 2210), ferner einen Testamentsexekutor bloß zu dem Zwecke ernennen, daß er bis zum Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben ausübt und dessen Pflichten erfüllt (§ 2222), endlich einen Testamentsexekutor bloß zu dem Zwecke bestellen, daß er für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschränkungen sorgt (§ 2223). Über die Verpflichtungen des Testamentsexekutors zur Mitteilung des Nachlassverzeichnisses, überhaupt zur Unterstützung bei der Aufnahme des Inventars, zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses, zur Herausgabe von Nachlassgegenständen, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, zur Rechenschaftsablegung, zur Herausgabe des nach Beendigung des Amtes vom Nachlasse noch vorhandenen und zur Verzinsung des von ihm für sich verwendeten Geldes, endlich zum Ertrage des durch schuldhaftes Verlegen der ihm obliegenden Verpflichtungen entstandenen Schadens vgl. die §§ 2215, 2216, 2217, 2218 und 2219. Von den in den §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 normierten Verpflichtungen kann der

ist nicht Repräsentant des Erblassers oder der Verlassenschaft<sup>1)</sup>, auch an sich nicht Verwalter der Verlassenschaft<sup>2)</sup> und daher auch nicht zu Klagen

Erblasser den Testamentsexekutor nicht befreien (§ 2220). Die Rechtsstellung des Erben und auch dritter Personen wird in mehrfacher Hinsicht durch das Vorhandensein eines Testamentsexekutors beeinflusst. Es gelten hier insbesondere folgende Sätze: 1. Der Erbe kann über einen der Verwaltung des Testamentsexekutors unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen (§ 2211). 2. Ein der Verwaltung des Testamentsexekutors unterliegendes Recht kann nur vom Testamentsexekutor gerichtlich geltend gemacht werden (§ 2212). 3. Ansprüche gegen den Nachlass können in der Regel sowohl gegen den Erben, als auch gegen den Testamentsexekutor gerichtlich geltend gemacht werden (§ 2213). 4. Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, können sich nicht an die der Verwaltung des Testamentsexekutors unterliegenden Nachlassgegenstände halten (§ 2214). Über den Vergütungsanspruch des Testamentsexekutors vgl. § 2221; über die Rechtslage beim Vorhandensein einer Mehrheit von Testamentsexekutoren vgl. § 2224; über die Beendigung des Amtes durch Tod oder Unfähigkeit, durch Kündigung seitens des Testamentsexekutors und durch Entlassung seitens des Nachlassgerichts vgl. die §§ 2225—2227.

<sup>1)</sup> Auch nicht nach dem d. BGB. Vgl. Strohal, Das deutsche Erbrecht (3) 1, 293 f.

<sup>2)</sup> Vgl. u. a. Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 131; Gl. 15108. — Daher scheidet auch die Bestellung eines Testamentsexekutors die Überlassung der Verwaltung des Nachlasses an den Erben gemäß § 810 ABGB. nicht aus. Vgl. Gl. 2076. Nach dem d. BGB. ist der Testamentsexekutor regelmäßig zur Verwaltung des Nachlasses berechtigt. Vgl. weiter oben Note 6 auf S. 320 dieses Bandes. — Der Testamentsexekutor kann aber zugleich Nachlassverwalter sein, und zwar entweder auf Grund gerichtlicher Bestellung zum Verlassenschaftskurator (§ 80 AusstreitG.) (vgl. auch Ott, a. a. O. 131) oder auf Grund ausdrücklicher letztwilliger Betraung mit der Nachlassverwaltung durch den Erblasser. Vgl. hierzu u. a. Stubenrauch 1, 999 und Noten 2 und 3; Krainz 2, 737 f. (Note 10); Anders 54; Gl. 879, 1156, 5295, 13620. Dem vom Erblasser mit der Verlassenschaftsverwaltung betrauten Testamentsexekutor kann der Erbe vor Verlauf des für die Verwaltung gesetzten Termins nicht kündigen. Vgl. Gl. 6367. Auch mit der Verwaltung einzelner Nachlassgegenstände, z. B. mit der Einbringung von Nachlassforderungen, kann der Testamentsexekutor vom Erblasser betraut werden. Zur Rechtsstellung des letztwillig bestellten Nachlassverwalters vgl. auch Gl. 3045 (Dem Testator ernannter Vermögensverwalter: Rechtliche Stellung desselben gegenüber dem Vormunde der minderjährigen Erben und während der Dauer der Verlassenschaftsabhandlung gegenüber dem Abhandlungsgerichte. Zuständigkeit des Kuratelgerichts zu allen das Erbvermögen betreffenden Maßnahmen). — Zu unterscheiden vom Nachlassverwalter (Verlassenschaftskurator) ist der letztwillig bestellte Abhandlungspfleger, dessen Funktionen gleichfalls dem Testamentsexekutor übertragen werden können (vgl. u. a. Gl. 5617). Die Institution des Abhandlungspflegers (vgl. hierüber vor allem Krainz 2, 737 f. [Note 10]; ferner auch Stubenrauch 1, 999 [Note 3]; Anders 54) ist durch die Praxis geschaffen worden. Die Anerkennung dieser Institution erscheint aber im Hinblick auf die amtswegige Durchführung der Verlassenschaftsabhandlung in Österreich und mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 79, Abs. 1 AusstreitG. kaum berechtigt. Die Praxis erblidet den Wirkungskreis des Abhandlungspflegers darin, daß er alle zur Durchführung der Verlassenschaftsabhandlung nötigen Eingaben gemeinsam mit dem Erben zu verfassen und einzubringen hat. Die Vernehmung eines Abhandlungspflegers bindet nach der Praxis des OGH. den Erben insofern, als dieser durch Bestellung eines anderen Bevollmächtigten die Funktionen des Abhandlungspflegers weder beseitigen, noch schmälern kann. Vgl. hierzu u. a. Gl. 2965, 3050, 5617, 6204, 15453, 16053; Gl. 2145. Anders Gl. 2274. Eine sehr eingehende Stellungnahme zu der Frage des Wirkungskreises des Abhandlungspflegers enthält nunmehr die Begründung der C. Gl. 4838. Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: M hatte in seinem Testamente den A zum Testamentsexekutor und Abhandlungspfleger bestellt. Nach dem Tode des M gab der Universalerbe die Erbsklärung ab und legte die Vollmacht des B zur Ab-

namens der Verlassenschaft<sup>1)</sup> oder zur Einbringung von Verlassenschaftsforderungen<sup>2)</sup> legitimiert<sup>3)</sup>. Er ist aber an sich auch nicht Bevollmächtigter oder Repräsentant des Erben<sup>4)</sup> und daher nicht zur Anfechtung eines Testamentes berechtigt<sup>5)</sup>. Hat der ernannte Testamentsexekutor den Auftrag angenommen<sup>6)</sup>, so hat er entweder die Anordnungen des Erblassers selbst

handlungspflege vor, welche Bevollmächtigung zur Kenntnis genommen wurde. Über erfolgte gerichtliche Verständigung von seiner Berufung zum Testamentsexekutor und Abhandlungspfleger gab A die Erklärung ab, daß er das Amt eines Testamentsexekutors annehme und sich der Abhandlungspflege unterziehe. Das Abhandlungsgericht nahm die Erklärung des A, das Amt eines Testamentsexekutors anzunehmen, zur Kenntnis, nicht jedoch die weitere Erklärung des A, sich auch der Abhandlungspflege unterziehen zu wollen. Das Refusgericht verfügte, daß die Erklärung des A, sich der Abhandlungspflege zu unterziehen, zur Kenntnis zu nehmen sei. Der OGH. bestätigte und führte in der Begründung aus: „Da die Durchführung der Verlassenschaftsabhandlung in Österreich von Amtswegen zu erfolgen hat, also vom Gericht oder seinen Delegierten zu pflegen ist, ist es begreiflich, daß das österreichische Gesetz die Funktion eines Abhandlungspflegers als eines förmlichen Rechtsinstitutes nicht kennt. Bleibt nun die Durchführung einer letztwilligen Anordnung, soweit dieselbe dem bestellten Testamentsexekutor zugewiesen ist, außer Betracht, so werden sich beim Betriebe des Abhandlungsverfahrens zwei Gruppen von Handlungen dritter Personen unterscheiden lassen: solche, welche ihrem Begriffe nach oder vermöge gesetzlicher Anordnung nur von dem Erben selbst zu setzen sind, wie z. B. die Erbserklärung (§ 799 ABGB.), die Erstattung des eidesstättigen Vermögensbekenntnisses (§ 114 AuskretG.), die Erstattung der Gebührenaussweise (§ 46, Abs. 2 GebG.) (in diesem Punkte setzt sich die Begründung in Widerspruch zu den oberstgerichtlichen Entscheidungen Oll. 15458, 16053 und Oll. 2145), und zweitens solche Handlungen, welche, ohne unmittelbar in die Rechtsphäre oder den Pflichtenkreis des Erben zu fallen, die tatsächliche Durchführung des Verfahrens bis zu dessen Ziel, der rechtlichen Übergabe des nachgelassenen Vermögens an die hiezu berufenen Personen, zu ermöglichen oder zu fördern bestimmt sind (hier unterläßt die Begründung bedauerlicher Weise eine, wenn auch nur beispielsweise Ausführung von Handlungen, die in die zweite Kategorie gehören). Innerhalb der ersten Gruppe bleibt für die Tätigkeit eines Abhandlungspflegers kein Raum; den bestellten Abhandlungspfleger jedoch gegen den Willen des Erblassers auch von der Besorgung der übrigen Agenden auszuschließen, mangelt es im Gesetze an jedem Anhaltspunkt. . . . Da der Erblasser selbst einen Abhandlungspfleger bestellt hat, da weiter aus dem Gesetze ein Recht des eingesetzten Erben, auch jene Agenden für sich in Anspruch zu nehmen, welche den Wirkungskreis eines Abhandlungspflegers in obigem eingeschränktem Sinne auszumachen geeignet wären, nicht abgeleitet werden kann, so kann dem Erben auch nicht das Recht zugesprochen werden, gegen den Willen des Erblassers einen Abhandlungspfleger zu bestellen.“

<sup>1)</sup> Und zwar auch dann nicht, wenn er vom Erblasser mit der Einbringung von Verlassenschaftsforderungen betraut worden ist. Vgl. Oll. 9871.

<sup>2)</sup> Vgl. Oll. 1156.

<sup>3)</sup> Anders nach dem d. BGB. Vgl. weiter oben Note 6 auf S. 320 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Außer er wäre zugleich auch gerichtlich zum Erbenkurator bestimmt worden. Vgl. § 80 AuskretG. — Auch nach dem d. BGB. ist der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter des Erben in Ansehung des Nachlasses. Vgl. Strohal, a. a. O. 294 f.

<sup>5)</sup> Vgl. Oll. 2255. — Nach dem d. BGB. (§ 2364, Abs. 2) steht dem Testamentsvollstrecker der Anspruch auf Herausgabe eines unrichtigen Erbseins gegen dessen Besitzer zu.

<sup>6)</sup> Nach dem d. BGB. beginnt das Amt des Testamentsvollstreckers mit dem Zeitpunkte, in welchem der Ernannte das Amt annimmt. Die Annahme, sowie die Ablehnung des Amtes erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgerichte. Die Erklärung kann erst nach dem Eintritte des Erbfales abgegeben werden und ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird. Das Nachlassgericht kann dem Ernannten auf Antrag eines der Beteiligten eine Frist

zu vollziehen, oder die Erben zu deren Vollziehung zu betreiben<sup>1)</sup> (§ 816 ABGB.). Er ist als vom Erblasser zur Ausführung seiner letztwilligen Anordnungen bestellter Mandatar jedem in der letztwilligen Anordnung Bedachten dafür verpflichtet, daß er die diesen betreffende Bestimmung der letztwilligen Anordnung innerhalb seiner Stellung zur Ausführung bringe, und kann, wenn er es daran fehlen läßt, nach § 1019 von dem Bedachten auf Erfüllung dieser Verbindlichkeit belangt werden<sup>2)</sup>. Die in den §§ 157—161 AuskretG. erwähnten Ausweisungen sind vom Testamentsexekutor und vom Erben gemeinschaftlich zu liefern (§ 164 AuskretG.).

Ist der einzige Erbe minderjährig oder pflegebefohlen, so ist vor oder nach der Einantwortung an Stelle der Erbteilung ein Endausweis über den reinen Aktiostand der Verlassenschaft mit Beiziehung des Vormundes oder Kurators zu verfassen und der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung zu unterziehen. Dieser Endausweis hat bei der künftigen Führung der Vormundschafts- oder Kuratelsrechnung zum Anhaltspunkte zu dienen (§ 172 AuskretG.). „Die in den §§ 165 u. f. f. enthaltenen Vorschriften hinsichtlich der Erbteilung und den Endausweis über den Stand der reinen Verlassenschaft sind, soweit sie ihrer Beschaffenheit nach Anwendung finden, auch dann zu beobachten, wenn bei einer Verlassenschaft die Armen, eine Stiftung, Gemeinde, Kirche, öffentliche Anstalt, oder der Staatsschatz als Erben beteiligt sind, oder wenn es sich um Lehen, Fideikommiss und Substitutionserbschaften handelt“ (§ 173 AuskretG.)<sup>3)</sup>.

Die Einantwortungsurkunde an den Erben hat insofern nicht konstitutive Bedeutung, als sie nicht das Erbrecht desjenigen, dem sie erteilt wurde, schafft. Sie legitimiert<sup>4)</sup> lediglich denjenigen, für den sie ausgestellt

zur Erklärung über die Annahme bestimmen. Mit dem Ablaufe der Frist gilt das Amt als abgelehnt, wenn nicht die Annahme vorher erklärt wird (§ 2202).

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu auch § 2208, Abs. 2 d. BGB.

<sup>2)</sup> So auch Unger 6, Anm. 7 auf S. 125; Oll. 7379. Anders Kanda, a. a. O. 78 (Note \*); Krainz 2, 738 (Note 11); Anders 54.

<sup>3)</sup> Vgl. hier O. OGH. v. 22. II. 1910, R I 106/10, in OStZBl. 28, Nr. 467 (Es handelte sich um folgenden Fall: Bei einem Substitutionsnachlasse waren in den vom Abhandlungsgerichte genehmigten Endausweisen die Nachlassgebühren und die Abhandlungs- und Revisionskosten vom Nachlassvermögen in Abzug gebracht worden. Die Finanzprokurator als Vertreter des Fideikommissars hatte die ihr vor der Genehmigung vorgelegten Endausweise mit der Bemerkung, daß der Akt zur Kenntnis genommen worden sei, rückgemittelt, rekurrirte aber dann gegen den Abzug der Gebühren, beziehungsweise Kosten. Die zweite Instanz gab statt. Der OGH. entschied, daß die Finanzprokurator zwar durch ihre Bemerkung, daß der Akt nach Kenntnisnahme rückgemittelt werde, mit dem Rechte der Bekretung der Endausweisung nicht präkludiert sei, daß aber in merito die Entscheidung des Abhandlungsgerichtes zutrefte). Ebenso genehmigte der OGH. auch in der O. Oll. 1694 einen End- und Substitutionsausweis, in dem die sämtlichen Verlassenschaftsgebühren und Steuern in Abzug gebracht und in Ausgabe gestellt waren.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu u. a. Stubenrauch 1, 1000 ff.; Anders 64 f.; auch Stein-Lochner, Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge 1, 436 (Note) (Allgemein ist die Einantwortung „die gerichtliche Legitimierung des als

wurde, als Erben, als Rechtsnachfolger des Erblassers, daher zur Ausübung und Geltendmachung der vererbten Rechte, läßt ihn aber ander-

Erben Ausgewiesenen, sich als solchen nun auch gerieren zu dürfen<sup>1)</sup>. In Übereinstimmung mit der im Texte vertretenen Auffassung führt Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 262 f. aus: „Die Einantwortungsurkunde, als die eine Verlassenschaftsabhandlung erledigende Verfügung kann naturgemäß nicht Erbrechte schaffen, sondern nur bestehende „anerkennt“ (§ 819 ABGB. verba: „der rechtmäßige Erbe vom Gerichte über die angebrachte Erbs-erklärung erkannt“), und dem Erben die erforderliche Legitimation für den Rechtsverkehr bieten (§ 174 Pat.). Sie ist eben eine Verfügung deklarativer Natur. Sofern also Bestand und Umfang von Erbansprüchen in Frage kommen, muß auf den, die Grundlage der Einantwortung bildenden Erbrechtstitel und auf die im Laufe des Abhandlungsverfahrens abgegebenen Erklärungen zurückgegangen werden. Über den Umfang des Nachlassvermögens enthält die Einantwortungsurkunde keine Erwähnung, vielmehr sind diesfalls das Inventar (§ 97 Pat.) oder ein eidesstattliches Vermögensbefehntnis (§ 114 Pat.) maßgebend. Welche Vermögensobjekte den einzelnen Miterben bei einer, vor der Einantwortung vollzogenen gerichtlichen Erbschaftsteilung zufließen, ist lediglich der Teilungsurkunde zu entnehmen, auf welche sich die Einantwortungsurkunde nur im allgemeinen zu beziehen hat (§§ 169, 171 II, 174 Z. 2 Pat.)“. In einer Note (Note 10 auf S. 262 f.) fügt Ott hinzu: „Soweit es sich um die „Anerkennung des wahren Erben“ (§ 819 ABGB., § 174 Z. 2 Pat.) handelt, äußert sich die Rechtskraft der Einantwortungsurkunde auch in der Richtung, daß eine Abänderung in diesem Punkte selbst bei Verletzung der zu beobachtenden Erbfolgeordnung zwischen den bei der Abhandlung eingeschrittenen Interessenten (§ 735 ABGB.) im Rechtswege ausgeschlossen ist (vgl. Gl. 4396). Eine dem klar ausgesprochenen Willen des Erblassers widerstreitende Einantwortungsurkunde kann mit Rücksicht auf ihr Wesen und die positiven Vorschriften der §§ 158, 149 b Pat. niemals in Rechtskraft erwachsen (vgl. Gl. 601)“. (Zur Frage der Rechtskraft der Einantwortungsurkunde vgl. auch Eisenbach, Kann, wenn nach rechtskräftig beendigt Verlassenschaftsabhandlung der Intestaterbrechtstitel eines der Erben sich durch nachträglich hervor-gekommene Umstände als hinfällig erweist, das Abhandlungsgericht die Einantwortungsurkunde annullieren oder das Verfahren zur Nichtigstellung derselben einleiten?, in Prager JWJSchr. 1890, 172 f.; Krainz 2, 673; ferner Gl. 2032 Übergehung eines minderjährigen Erben im Einantwortungsdekret auf Grund der von ihm eigenmächtig vorgenommenen Erbsentziehung: Zulässigkeit des Rekurses auch nach Ablauf der Rekursfrist und Gl. 3925 [Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Die im November 1898 verstorbene M hatte durch notarielles Testament ihren Sohn C zum Universalerben eingesetzt und ihren Ehegatten B „definitiv und bedingungslos“ von der Erbfolge ausgeschlossen. Auf Grund der bedingten Erbserklärung des C ex testamento erließ das Gericht die Einantwortungsurkunde, womit dem C auf Grund des Testaments der Nachlaß eingeantwortet, zugleich aber dem hinterbliebenen Gatten B der lebenslängliche Fruchtgenuß eines Viertels des Nachlasses vorbehalten wurde. Ein Rekurs wurde nicht eingebracht. Im Juni 1900 begehrte C die Ausfolgung von drei Vierteln des deponierten Vermögens mit dem Befügen, daß der dem B gebührende Fruchtgenuß an einem Viertel des Nachlasses durch Zurückhaltung entsprechender Sparkassaeinlagen gedeckt bleibe. Diesem Antrage wurde entsprochen und weiters angeordnet, daß ein in der deponierten Vermögensverwaltung verbleibendes Sparkassabuch hinsichtlich eines dem vierten Teile des reinen Nachlasses entsprechenden Betrages mit dem Fruchtgenußrechte des B belastet, Eigentum des Erben sei. Im Januar 1901 stellte B zum ersten Male ein Erfolg-lassungsbegehren hinsichtlich der Zinsen, das mit Beschluß vom 30. März 1901 bewilligt wurde. Dagegen remonstrierte C und beantragte, daß das Gericht die Zinsen so lange zurückbehalte, bis B dem Gerichte auf dem Rechtswege bewiesen haben werde, daß die Erblasserin nicht berechtigt war, ihn bezüglich ihrer eigenen Nachlasskapitalien zu enterben, oder umgekehrt, bis der Antragsteller auf dem Rechtswege bewiesen haben werde, daß dem B als Enterbten Zinsen nicht gebühren. Dieser Antrag wurde abgewiesen, weil die Einantwortungsurkunde rechtskräftig geworden sei, und B aus ihr das Recht auf den Fruchtgenuß erworben habe. Im übrigen wurde der Gesuchsteller auf den Prozeßweg verwiesen. Auch dieser Beschluß erwuchs in Rechtskraft, worauf B

seits auch als den rechten Beklagten für alle Ansprüche, die gegen den Erblasser zustanden und mit seinem Tode nicht erloschen sind, erscheinen. Auf Grund der Einantwortungsurkunde erfolgt die Einverleibung der Übertragung der in die Verlassenschaft gehörigen Grundbuchskörper und bücherlichen Rechte auf den Namen des Erben<sup>1)</sup> (§ 177 AusstreitG.<sup>2)</sup>; §§ 436, 819 ABGB.; § 2 G. v. 23. V. 1883 [RGBl. 82]<sup>3)</sup> 4).

die Zinsen regelmäßig behob. Im Mai 1906 verkaufte C das deponiertenamtlich erliegende, mit dem Fruchtgenußrechte des B belastete Vermögen an A, wovon A dem Gerichte Mitteilung machte. Diese Abmachung wurde vom Gerichte zur Kenntnis genommen und deren Anmerkung verfügt. Nun klagte A den B auf Feststellung, daß ihm kein Recht auf den lebenslänglichen Fruchtgenuß des vierten Teiles des Nachlasses der M zustehe. Der OGH. wies ab und begründete diese Entscheidung in folgender Weise: „Die vorliegende Klage stellt sich als eine Anfechtung der Einantwortungsurkunde nach der M dar. Zu einer solchen Anfechtung ist aber A als Rechtsnachfolger des Erben nicht mehr berechtigt, da letzterer die Einantwortung selbst, wie auch die im Jahre 1900 über sein eigenes Ansuchen wegen Sicherstellung des lebenslangen Fruchtgenusses des B, weiter wegen Erfolgslassung der Zinsen an den B seitens der Verlassenschaftsbehörde getroffenen Verfügungen in Rechtskraft erwachsen ließ, und auch gegen die seither erfolgende Behebung der Zinsen durch den B keine Einwendungen erhoben und dadurch das Recht des B zum Fruchtgenusse an dem vierten Teile der Verlassenschaft stillschweigend anerkannt hat (§§ 861, 863, 1394 ABGB.). Schon aus diesem Grunde kann daher, ganz abgesehen von der Frage, ob dem Erben überhaupt ein Klagerecht in der gegebenen Richtung zusteht, die Bestimmung des § 18, letzter Satz AusstreitG. gegebenenfalls keine Anwendung finden<sup>5)</sup>. Krainz 2, 681 sagt: „Mit der Einantwortung erlangt der Erbe den „rechtlichen Besitz“ der Erbschaft (§ 797), er wird Erbschaftsbefizier“, und bemerkt dann in Note 7 gegen Ott: „Die Einantwortung ist also nicht bloß „eine Verfügung deklarativer Natur“ (Ott, a. a. O.), sie enthält aber auch keinen Leistungsbefehl (Rudolf Pollak, System des österreichischen Zivilprozessrechtes 28), ist vielmehr eine rechtsgestaltende Verfügung.“ Vgl. hier ferner Dr. R. T., Zustellung der Einantwortungsurkunde an den Notar, in OStZ. 1900, S. 362 f.; Steinlechner, über die Regierungsvorlage einer Novelle zum ABGB. 45 und Note 2; Till, der Entwurf einer Zivilgesetznovelle vom Jahre 1907 26 f.; Louailon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftsrechte, in OStZ. 30, S. 100 ff., 201 ff.; Gl. 39 (Bei einem Widerspruch zwischen der Einantwortungsurkunde und der letztwilligen Erklärung, auf Grund deren die Einantwortung erfolgte, ist auf den Inhalt der letztwilligen Erklärung Rücksicht zu nehmen); Gl. 6498 (Abweisung der rei vindicatio von Erbschaftsachen auf Grund des Einantwortungsdekretes, durch welches einem unehelichen, nicht legitimierten Kinde der Frau des Erblassers der Nachlaß ex lege eingeantwortet worden war); Gl. 15409 („Die Einantwortungsurkunde beweist nicht, daß derjenige, welchem irgendein Objekt eingeantwortet wurde, auch schon dessen Eigentümer sei, da der Abhandlungsrichter zur Entscheidung über die von verschiedenen Seiten auf die eingeantwortete Sache erhobenen Ansprüche nicht berufen ist. Dasselbe ist nichts anderes, als eine vom Abhandlungsrichter ausgehende Legitimationsurkunde dazu, daß irgendjemand auf irgendeine bestimmte Sache einen Anspruch im Rechtswege erheben dürfe.“ — Als bloßer Legitimationschein kann eine Einantwortungsurkunde „weder gegen Erben, noch gegen Dritte einer Zwangsvollstreckung auf Herausgabe von Verlassenschaftsobjekten zur Grundlage dienen.“ So Ott, a. a. O. 270. Übereinstimmend auf Grundlage seiner abweichenden Meinung von der rechtlichen Natur der Einantwortungsurkunde Krainz 2, 681 f. (Note 7); ferner Gl. 9996, 13530. Anders Gl. 3829, 9825.

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Gl. 1801 (Miterben sind nach erfolgter Einantwortung, aber vor Verbücherung ihres Miteigentums zur actio communi dividundo nicht legitimiert); Gl. 4768 (Widerspruch gegen die Exekution auf eine Eigenschaft: Ungültigkeit der im Verlassenschaftsverfahren ohne gültigen Titel erfolgten Einverleibung des Eigentums).

<sup>2)</sup> § 177 AusstreitG.: „Die Eintragung der Einantwortungsverordnung in die öffentlichen Bücher zur Übertragung des Eigentums der in denselben vorkommenden,



zur Verlassenschaft gehörigen unbeweglichen Güter, oder auf unbeweglichen Gütern haftenden Forderungen kann von dem Erben nur bei der Abhandlungsbehörde angeführt werden, welche dieselbe, wenn die Einantwortung rechtskräftig ist, zu bewilligen, und sofern das unbewegliche Gut einer andern Gerichtsbehörde untersteht, dieselbe um den Vollzug zu ersuchen hat.“ Vgl. hiezu auch § 178 (zitiert in Note 3 auf S. 126 dieses Bandes).

<sup>1)</sup> § 2 G. v. 23. V. 1883 (RGBl. 82): „Die grundbücherlichen Eintragungen, deren Grundlagen während des Laufes einer Verlassenschaftsabhandlung in einer den Erfordernissen der Einantwortung entsprechenden Form festgestellt wurden, sind, in Ermangelung eines den bestehenden gesetzlichen Anordnungen entsprechenden Ansehens der Beteiligten, durch das Verlassenschaftsgericht nach Eintritt der Rechtskraft der Einantwortung von amtswegen zu bewirken, wenn die für die Bewilligung der Einantwortung erforderlichen Urkunden, soweit diese nicht Ausfertigungen der Entscheidungen des Verlassenschaftsgerichtes sind, diesem Gerichte vorliegen. — Mit den von amtswegen zu treffenden Verfügungen ist, sofern nicht eine entgegenstehende Erklärung der Beteiligten vorliegt, bis zum Ablaufe von sechs Wochen nach Eintritt der Rechtskraft der Einantwortung inne zu halten. — Die für die Urkundensammlung und zur Mittheilung an die Gebührenbemessungsbehörde erforderlichen Urkundenabschriften hat die Partei dem Verlassenschaftsgerichte rechtzeitig vorzulegen, widrigenfalls dieselben von amtswegen gegen Einhebung der doppelten für amtlich beglaubigte Abschriften bestimmten Gebühr anzufertigen sind. — Der Partei, welche zum Zwecke der Ausföhrung der vorstehenden Bestimmungen Urkunden oder Urkundenabschriften vorlegt, ist auf Begehren eine Befätigung des Empfanges zu erteilen. Einer Eingabe bedarf es zu dieser Vorlage nicht. — Wird das Grundbuch, in welchem die Eintragung erfolgen soll, nicht bei dem Verlassenschaftsgerichte geführt, so hat dieses das zuständige Grundbuchsgerecht um den Vollzug der Eintragung zu ersuchen.“ — Vgl. hier auch § 3 G. v. 23. V. 1883 (RGBl. 82): „Erlangt das Grundbuchsgerecht aus Anlaß einer Verlassenschaftsabhandlung amtliche Kenntniss, daß die grundbücherliche Eintragung eines die Grundlage der Grundsteuerpflicht bildenden dinglichen Rechtes unterblieben ist, oder wird das Grundbuchsgerecht von der Katastralbehörde ersucht, die unterlassene grundbücherliche Eintragung eines solchen Rechtes herbeizuföhren, so hat das Gericht der säumigen Partei nach Einvernehmung derselben eine Frist zu bestimmen, innerhalb welcher sie die Ordnung des Grundbuchsstandes zu bewirken oder im Falle entgegenstehender Hindernisse sich über die zur Beseitigung derselben unternommenen Schritte auszuweisen hat. — Das Überschreiten dieser Frist, deren Einhalten von amtswegen zu überwachen ist, wird durch eine im Vorhinein anzudrohende und im Falle der Wiederholung zu steigende Geldstrafe von 1—50 Gulden ö. W. geahndet. — Das Verfahren hat sich nach den Bestimmungen über das Verfahren in nicht streitigen Angelegenheiten zu richten. — Eingaben, Protokolle, Beilagen, Rubriken, sofern sie nur die Anwendung der vorstehenden Bestimmungen betreffen, und nicht das Ansuchen einer Partei um Bewilligung einer grundbücherlichen Eintragung zum Gegenstande haben, sind stempelfrei.“ — Zu § 3 zit. G. vgl. GMRZ. 4181 (Verlassenschaftsabhandlung: Voraussetzungen des Auftrages an den Erben zur Herstellung der bürgerlichen Ordnung).

<sup>4)</sup> Eine ähnliche Funktion, wie die Einantwortungsurkunde des österreicherischen Rechtes, hat der Erbschein des d. BGB., d. i. ein vom Nachlassgerichte dem Erben über seinen Antrag erteiltes Zeugnis über das Erbrecht oder, wenn der Erbe nur zu einem Teile der Erbschaft berufen ist, über die Größe des Erbtheils (§ 2353). Die Voraussetzungen für die Erteilung des Erbscheins sind in den §§ 2354—2360 normiert. Über die Einziehung und Kraftloserklärung eines unrichtigen Erbscheins, sowie über den Herausgabeanspruch des wirklichen Erben gegen den Besitzer eines unrichtigen Erbscheins enthalten die §§ 2361 und 2362 Bestimmungen. Über den gemeinschaftlichen Erbschein beim Vorhandensein mehrerer Erben vgl. § 2357; über den Erbschein für den Vorerben vgl. § 2363; über den sogenannten beschränkten Erbschein vgl. § 2369. Die rechtliche Bedeutung des Erbscheins liegt in der gesetzlichen Vermutung des § 2365, daß demjenigen, welcher im Erbscheine als Erbe bezeichnet ist, das im Erbscheine angegebene Erbrecht zustehe und daß er nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen (z. B. durch die gemäß § 2363, Abs. 1 angegebene Anordnung einer Nacherfolge oder durch die gemäß § 2364, Abs. 1 angegebene Ernennung eines Testamentvollstreckers) beschränkt sei, sowie in dem Vertrauensschutze für denjenigen, welcher mit

Wird nach erfolgter Einantwortung <sup>1)</sup> ein vorher nicht bekanntes Verlassenschaftsvermögen, d. h. ein Vermögen, welches im betreffenden Nachlassinventare, beziehungsweise im eidesstattlichen Vermögensbekenntnisse nicht aufgeführt erscheint <sup>2)</sup>, aufgefunden <sup>3)</sup>, so sind nachträglich die erforderlichen Amtsverhandlungen darüber vorzunehmen, und insbesondere die erforderlichen Vorkehrungen zur Entrichtung oder Sicherstellung der gesetzlichen Gebühren zu treffen <sup>4)</sup>. Eine neuerliche Erbserklärung und Einantwortung ist hierbei nicht erforderlich (§ 179 AusstreitG.) <sup>5)</sup>; d. h. der Erbe, dem der

dem im Erbscheine als Erbe Bezeichneten gutgläubig in rechtlichen Verkehr getreten ist (§§ 2366, 2367), welcher Vertrauensschutze mit dem im § 824 ABGB. normierten im wesentlichen übereinstimmt.

<sup>1)</sup> War der Nachlaß ursprünglich jure crediti eingantwortet worden, so ist betreffs des neu aufgefundenen Nachlaßvermögens Erbserklärung und Einantwortung erforderlich. Vgl. Langstein, Ist eine nach erfolgter jure crediti-Einantwortung des Nachlasses eingebrachte Erbserklärung zu Gericht anzunehmen?, in ÖstRZ. 1899, Nr. 25; Krausz 2, 673; Gll. 3702.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu Seevald, Was ist unter nachträglich aufgefundenem Verlassenschaftsvermögen (§ 179 AusstreitG.) zu verstehen?, in RötZ. 1894, Nr. 22.

<sup>3)</sup> Vgl. auch hier E. DGH. v. 4. VI. 1907, Z. 7082, Sinks 9726 (exzerpiert in Note 4 auf S. 43 dieses Bandes).

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu Gll. 15465 (Eine Klage gegen Miterben auf Gestattung nachträglich Abhandlung einer gegen sie behaupteten Nachlassforderung ist unzulässig). — Vgl. hier auch GMRZ. 936 (Von dem im § 179 AusstreitG. behandelten Falle abgesehen, kann der Abhandlungsrichter nach erfolgter Einantwortung über Nachlasssachen keine Verfügung mehr treffen: in concreto nicht über Antrag der Erben einem Dritten den gerichtlichen Ertrag der in seiner Verwahrung befindlichen, auf den Namen des Erblassers lautenden Sparkassabücher auftragen).

<sup>5)</sup> Zu § 179 AusstreitG. vgl. u. a. Krausz 2, 672 f.; Touaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftstreite, in ÖstRZ. 30, 113 ff.; ferner GMRZ. 2556 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Mittels letztwilliger Anordnung vom Jahre 1890 hatte der Erblasser M über sein ganzes Vermögen in der Weise verfügt, daß er seine drei Söhne A, B und C zu Universalerben einsetzte und bestimmte, daß B die Feldgärtnerwirtschaft X samt allen mit dieser bewirtschafteten und ein Zugehör bildenden Grundstücken zu bekommen habe. Auf Grund dieses Testaments erklärten sich nun die genannten drei Söhne unbedingt als Erben, und es erfolgte auch im Sinne der testamentarischen Verfügung die Zuweisung und Einantwortung des Nachlasses. Im Jahre 1902 kam nun hervor, daß der Sohn B das Grundstück Y benütze und besitze, daß dieses Grundstück schon vom Erblasser M zugleich mit der Wirtschaft X mit bewirtschaftet worden war, und, da es eine besondere Einlage hatte, in die Nachlassabhandlung aus Versehen nicht einbezogen wurde. Die beiden Brüder A und C beantragten, das Grundstück Y nachträglich abzuhandeln und den drei Söhnen des M: A, B und C zu gleichen Teilen ins Eigentum einzantworten. Infolge Widerspruches des Erben B, welcher auf den Wortlaut der letztwilligen Anordnung sich stützend behauptete, daß nur ihm das ganze Grundstück eingantwortet werden könne, faßte die Abhandlungsinstanz den Beschluß, es sei vorläufig mit der Abhandlung dieses nachträglich aufgefundenen Verlassenschaftsvermögens innezuhalten, und es seien die Erben A und C im Sinne des § 2, Z. 7 AusstreitG. mit ihrem Ansprüche auf den Rechtsweg zu verweisen, weil zwar die Erbserklärungen einander nicht widersprechen, wohl aber die Art der Zuweisung des neu hervorgekommenen Vermögens, welche von der richtigen Auslegung der letztwilligen Anordnung abhängt, streitig sei, somit auch die Bestimmung des § 126 AusstreitG. keine Anwendung finde. Das Rekursgericht wies die Abhandlungsinstanz an, das im § 179 AusstreitG. vorgesehene Verfahren hinsichtlich der Grundparzelle Y einzuleiten, und führte in der Begründung aus, daß im Sinne des § 179 AusstreitG. die fragliche Parzelle zu je einem Drittel dem A, B und C zuzuwenden sei. Die Bestimmung des § 2, Z. 7 AusstreitG. könne keine Berücksichtigung finden. Der DGH. bestätigte,



Nachlaß eingantwortet worden ist, und dem auch das neuherorgekommene Nachlaßvermögen zuzufallen hat, hat nicht nötig, eine neue Erbsenerklärung zu überreichen und eine neue Nachlaßeinantwortung zu erwirken, weil die Wirkung der früheren Erbsenerklärung und Einantwortung sich auf das neuherorgekommene Vermögen erstreckt<sup>1)</sup>.

Wird nach erfolgter Einantwortung der Erbschaft oder nach deren Übergabe an den Fiskus<sup>2)</sup> eine letzte Willenserklärung vorgefunden<sup>3)</sup>, so ist diese dem Gerichte, welches die Verlassenschaft abgehandelt hatte, vorzulegen, von diesem kundzumachen und bei den Akten aufzubehalten; auch sind hiervon auf Verlangen den Beteiligten Abschriften zu erteilen (§§ 62, 64, 68 AusstreitG.). Eine neuerliche Abhandlung der Erbschaft findet nicht statt. Die Personen, welchen aus der vorgefundenen letzten Willenserklärung Rechte erwachsen könnten, und die bei der Kundmachung nicht gegenwärtig waren, sind davon in Kenntnis zu setzen. Es steht ihnen frei, ihre Rechte gegen den Erbschaftsbesitzer im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen (§ 180 AusstreitG.)<sup>4)</sup>. Das Rechtsmittel der im aufgefundenen Testamente eingesetzten Erben ist die Erbschaftsklage. Das Rechtsmittel der Legatäre ist die Legatsklage; und es kann nicht etwa dem Legatar auf Grund eines nach der Einantwortung hervorgekommenen Kodizilles die verlassenschaftsbehördliche Bestätigung nach § 178 AusstreitG. erteilt werden<sup>5)</sup>.

indem er auf die Begründung der Rekursinstanz verwies und hinzufügte, daß die Verfügungen, welche im Sinne des § 179 AusstreitG. die Abhandlungsinstanz hinsichtlich des neu hervorgekommenen Vermögens zu treffen habe, keineswegs von der Lösung der unter den Erben streitigen Frage, ob die Parzelle Y ein Zugehör der Realität X bilde, abhängen, und dieser Streit auch nachträglich unter den Erben im Rechtswege zur Austragung und Entscheidung gelangen könne.)

<sup>1)</sup> Die Bestimmung des § 179 AusstreitG. schließt aber nicht aus, daß sich jene Erben, welche sich bei der früheren Abhandlung über den (damals etwa verschuldeten) Nachlaß nicht erbsenerklärt hatten und sohin gemäß § 120 AusstreitG. präkludiert waren, betreffs des neu aufgefundenen Erbvermögens erbsenerklären können. Vgl. GMRf. 1749.

<sup>2)</sup> Vgl. GMRf. 85.

<sup>3)</sup> Vgl. GMRf. 4228 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Die Verlassenschaft nach M war auf Grund einer schriftlichen letztwilligen Erklärung des Erblassers abgehandelt worden. Nach Rechtskraft der Einantwortung begehrte A die eidliche Einvernehmung der Zeugen einer angeblichen mündlichen letztwilligen Anordnung des M zugunsten des A. Alle Instanzen wiesen den Antrag ab; der OGH. mit der Begründung, daß A nach Inhalt seines Gesuches schon während der Abhandlung von der angeblich zu seinen Gunsten errichteten letztwilligen Anordnung Kenntnis hatte, und deshalb die Voraussetzung des § 180 AusstreitG., daß nach erfolgter Einantwortung der Erbschaft eine letzte Willenserklärung entdeckt worden sei, nicht zutrefte [?]).

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu u. a. Krainz 2, 672.

<sup>5)</sup> Vgl. GMRf. 2019.

## § 60.

**Die Erbschaftsklage<sup>1)</sup>.**

I. Im Unterschiede von der rein präjudiziellen Erbrechtsklage ist die Erbschaftsklage auf Anerkennung des Erbrechtes (hereditatis petitio universalis) oder Miterbrechtes (hereditatis petitio partiaris) des Klägers (beziehungsweise, wenn sie vom Erbschaftskäufer angestellt wird, seines Auktors) und Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe der Erbschaft, beziehungsweise des in Anspruch genommenen aliquoten Teiles der Erbschaft, eventuell auch nur einzelner Erbschaftssachen an den Kläger gerichtet. Ungenau heißt es im § 823: „Abtretung oder Teilung der Erbschaft“. Denn Erbschafts- und Erbteilungsklagen sind wohl zu unterscheiden. Die Erbteilungsklage setzt das anerkannte oder bereits erstrittene Erbrecht des Klägers voraus<sup>2)</sup>.

Veranlassung der Erbschaftsklage ist ein Eingriff in das Erbrecht des Klägers dadurch, daß ein anderer sich die Verlassenschaft ganz oder zum Teile tatsächlich anmaßt (§ 532), dem Kläger vorenthält und durch Behauptung eigenen Erbrechtes oder Miterbrechtes das Erbrecht des Klägers verlegt<sup>3)</sup>. Ob der Beklagte sich in den Besitz der Verlassenschaft eigenmächtig<sup>4)</sup> oder auf Grund gerichtlicher Einantwortung gesetzt hat, ist für die Zulässigkeit der Erbschaftsklage gleichgültig. Denn die Erbschaftsklage ist auch<sup>5)</sup> (vgl. das Wort „auch“ in § 823) zulässig, wenn die Besitz-

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Unger 6, 228 ff.; Pierjche, Privatrechtliche Abhandlungen (1886) 254 ff.; Leonhard, Der Erbschaftsbesitz (1899); Weinberger, Die hereditatis petitio (1899); Stubenrauch 1, 1009 ff.; Krainz 2, 750 ff.; Louaillon, Von der Erbsenerklärung zum Erbschaftsstreite, in OstZBl. 28, S. 101 ff., 369 ff.; Anders 89 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. hiezu Stubenrauch 1, 1012 (Note 4); Krainz 2, 750 (Note 2); Louaillon, a. a. O. 104; Anders 89; Gll. 2954.

<sup>3)</sup> Gegen den sogenannten Erbschaftsbesitzer pro possessore, d. h. gegen denjenigen, der die Erbschaftssachen ohne Angabe eines Rechtsgrundes vorenthält, ist also die Erbschaftsklage nicht zulässig. So auch Stubenrauch 1, 1012 (Note 2); Krainz 2, 750 f.; Anders 90. Anders Unger 6, 229 und Note 11 auf S. 233; Louaillon, a. a. O. 107 f. — Auch nach dem d. BGB. geht die hereditatis petitio nur gegen den possessor pro herede (§ 2018).

<sup>4)</sup> Vgl. G. JudB. 28.

<sup>5)</sup> Nach richtiger Ansicht ist weder die Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung, noch gar die Einantwortung an einen anderen Voraussetzung der Erbschaftsklage. Dagegen behauptet Krainz 2, 750 f. und Note 4, daß die Beendigung der Abhandlung und die Einantwortung der Verlassenschaft ganz oder zum Teile an einen anderen als den Erbschaftskläger die regelmäßige — mit diesem Worte will Krainz offenbar nur auf den Fall, daß der Fiskus eine Erbschaft als vermeintlich erbloses Gut in Besitz genommen hat, als Ausnahme von der aufgestellten Regel hinweisen — Voraussetzung der Erbschaftsklage sei. Folgerichtig leugnet Krainz die Zulässigkeit der Erbschaftsklage gegen jene, die nur einzelne Erbstücke aus dem Grunde der Anmaßung des Erbrechtes vorenthalten. Auch Stubenrauch 1, 1011 f. gibt als Zweck der Erbschaftsklage die Entkräftung der durch die Einantwortung erzeugten Vermutung des Erbrechtes im Prozeßwege an, gibt aber dann doch die Erbschaftsklage auch gegen denjenigen, der einzelne Erbschaftsstücke unter Anmaßung der Erbenqualität

nehmung der Erbschaft auf Grund gerichtlicher Einantwortung erfolgt ist, da die Einantwortung nicht einen Titel zum Erbrechte schafft, sondern nur einen bereits vorhandenen, beziehungsweise als vorhanden angenommenen deklariert<sup>1)</sup>. Gleichgültig ist ferner, ob der Beklagte das Erbrecht proprio nomine behauptet, oder als Käufer der Erbschaft diese besitzt.

## II. Kläger ist:

1. der Erbe, der allein oder neben dem Beklagten zur Erbfolge berufen zu sein, der „ein besseres oder ein gleiches“ (d. h. das Erbrecht des Beklagten beschränkendes<sup>2)</sup>) Erbrecht zu haben behauptet (§ 823). Eine vorgängige Erbserklärung ist zur Legitimation des Klägers nicht erforderlich<sup>3)</sup>. Kläger ist somit:

a) der Intestaterbe, wenn er ein näherer<sup>4)</sup> oder gleich naher Verwandter des Erblassers, wie derjenige, dem ab intestato die Erbschaft eingewantwortet wurde, oder der sie als gesetzlicher Erbe in Besitz genommen hat, zu sein behauptet, wenn er die Erbunfähigkeit oder Erbunwürdigkeit<sup>5)</sup> des im Erbschaftsbesitze befindlichen Intestat-, Testaments- oder Vertragserben geltend macht, wenn er die Gültigkeit des letzten Willens, auf Grund dessen die Besitznehmung der Erbschaft erfolgte<sup>6)</sup> bestrittet, oder wenn er endlich aus Irrtum übergangen zu sein behauptet und gemäß § 777 einen Erbteil in Anspruch nimmt<sup>7)</sup>;

b) der Erbe aus einer letzten Willenserklärung (Testament oder Erbvertrag), wenn die Erbschaft dem Beklagten als Intestaterben oder auf Grund einer älteren, durch die vom Kläger produzierte aufgehobenen oder auf Grund einer jüngeren ungültigen letzten Willenserklärung eingewantwortet oder von dem Beklagten auf dieser Grundlage in Besitz genommen worden war.

Voraussetzung der wirksamen Geltendmachung des Erbrechts in beiden Fällen ist, daß über das mit der Erbschaftsklage geltend gemachte Erbrecht

besitzt. Anders 89 f. sieht wohl die Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung, nicht aber die Einantwortung an einen anderen als Voraussetzung der Erbschaftsklage an.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu weiter oben Note 4 auf S. 323 f. dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Stubenrauch 1, 1012 (Note 4); Touaillon, a. a. O. 103 f.

<sup>3)</sup> Für diese Ansicht vor allem alle diejenigen, die in der Anstellung der Erbschaftsklage die Abgabe der Erbserklärung erblicken (vgl. weiter oben S. 265 und Note 2 auf S. 265 dieses Bandes); ferner Stubenrauch 1, 1011 (Note 5); Gll. 7599; Gll. 200. Anders Gll. 2954. Nach Touaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftsstreite, in OstZBl. 26, 370 ff. hat der Erbschaftskläger im Zuge des Erbschaftsprozesses die Erbserklärung beim Prozeßgerichte abzugeben.

<sup>4)</sup> Vgl. Gll. 1920 (Erbschaftsklage des näheren Intestaterben gegen den entfernteren, dem die Verlassenschaft in Folge der rechtsirrtümlichen Erbserklärung des jetzigen Klägers zur Hälfte eingewantwortet worden war).

<sup>5)</sup> Vgl. Gll. 524, 13205.

<sup>6)</sup> Vgl. Gll. 904; Gll. 200.

<sup>7)</sup> Vgl. Gll. 15579.

nicht schon im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung in einem Erbrechtsprozeße rechtskräftig entschieden wurde<sup>1)</sup>, und auch nicht der Kläger das Erbrecht des Beklagten anerkannt<sup>2)</sup> oder auf sein Erbrecht verzichtet hat. In der Nichtüberreichung der Erbserklärung<sup>3)</sup>, in der Nichtanstellung der Erbrechtsklage durch den auf den Rechtsweg gewiesenen Erbprätendenten innerhalb der vom Gerichte bestimmten oder erweiterten Frist liegt aber ein Verzicht auf das Erbrecht an sich nicht<sup>4)</sup>.

2. der fideikommissarisch Substituierte nach Eintritt des Substitutionsfalles<sup>5)</sup>;

3. der Erbschaftskäufer auf Grund des Erbrechtes seines Auktors; endlich

4. der Fiskus, wenn er die Kaduzität (Erblosigkeit) der vom Beklagten in Besitz genommenen Erbschaft behauptet<sup>6)</sup>, obzwar das Recht des Fiskus auf erblose Verlassenschaften nicht als Erbrecht aufzufassen ist<sup>7)</sup>.

Dem Noterben als solchen, d. h. dem Noterben, der nur als Pflichtteilsberechtigter auftritt, steht die Erbschaftsklage nicht zu<sup>8)</sup>.

Beklagter ist der Besitzer<sup>9)</sup> der Erbschaft (§ 823). Erbschaftsbesitzer ist aber nicht nur derjenige, der die ganze Erbschaft oder einen aliquoten Teil der Erbschaft, sondern auch derjenige, der einzelne in die Erbschaft gehörige Sachen oder Rechte unter Anmaßung des Erbrechtes, nicht jure singulari, besitzt. Das wird allerdings mitunter mit Berufung auf den Schlußsatz des § 823: „Das Eigentum einzelner Erbschaftstücke wird nicht mit der Erbschafts-, sondern der Eigentumsklage verfolgt“ bestritten<sup>10)</sup>. Allein die Bedeutung dieser Bestimmung ist arg. WestG. GB. II, § 637; Entwurf Martini II, 18, § 48; Entwurf Horten II, 17, § 27; Codex Theresianus II, cap. XXI, num. 189, wie Unger<sup>11)</sup> richtig ausführt

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Touaillon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftsstreite, in OstZBl. 28, 105 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. Gll. 327, 1920.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 264 und Note 1 auf S. 264 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Vgl. hier auch Gll. 1160 (Wurde im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung die Erbserklärung jemandes nicht angenommen, und ist dieser Beschluß in Rechtskraft erwachsen, so hindert dies den Betroffenen doch nicht, nach der Einantwortung die Erbschaftsklage zu überreichen).

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 110 und Note 3 auf S. 110 dieses Bandes.

<sup>6)</sup> So auch Stubenrauch 1, 1011; Krainz 2, 751; Anders 89; Gll. 10482.

<sup>7)</sup> Vgl. hierüber weiter oben S. 206 dieses Bandes.

<sup>8)</sup> So auch Krainz 2, 751; Anders 89. Anders die älteren Kommentaristen (Zeiller, Rippel).

<sup>9)</sup> Vgl. hierzu Leonhard, Der Erbschaftsbesitz.

<sup>10)</sup> So von Krainz 2, 751. Vgl. hierzu auch weiter oben Note 5 auf S. 329 dieses Bandes.

<sup>11)</sup> 6, 229 und Anm. 12 auf S. 232 f. Vgl. ferner Stubenrauch 1, 1012; Anders 90; Touaillon, a. a. O. 107 ff. Vgl. auch weiter oben Note 5 auf S. 329 dieses Bandes.

und auch der OGH. anerkannt hat<sup>1)</sup>, folgende: Verweigert jemand die Herausgabe einer Verlassenschafts Sache oder die Erfüllung einer ihm gegen die Verlassenschaft, beziehungsweise den Erblasser obliegenden Verbindlichkeit nicht, weil er selbst Erbe zu sein behauptet, sondern aus einem anderen Grunde, oder weil er das Erbrecht des Klägers auf die betreffende Sache bestreitet, so findet gegen ihn nicht die Erbschafts-, sondern die entsprechende Singularklage<sup>2)</sup> statt.

Regelmäßig ist rechter Beklagter der durch die Einantwortungsurkunde als Besitzer der Erbschaft Legitimierter, beziehungsweise dessen Erbe. Im Falle einer entgeltlichen Veräußerung der Erbschaft kann die Klage gegen den Veräußerer oder gegen den Erwerber der Erbschaft angestellt werden<sup>3)</sup>. Übrigens gelten auch für Erbschaftsklagen die Bestimmungen der §§ 377 und 378 ABGB.; d. h. die Erbschaftsklage ist auch gegen den fictus possessor, also sowohl gegen jenen, qui dolo malo desit possidere, als auch gegen den, qui liti se obtulit, zulässig<sup>4)</sup>. Endlich ist die Erbschaftsklage auch gegen den Fiskus, dem eine Erbschaft als erbloßes Gut übergeben worden ist, zulässig<sup>5)</sup> (vgl. § 128 AusstreitG.; HfD. v. 12. X. 1835 [JG. 90.]).

### III. Beweis<sup>6)</sup>. Der Kläger hat zu beweisen:

1. daß er zur Nachfolge in die von ihm angesprochene Verlassenschaft allein oder mit berufen sei, also sein Erbrecht oder Miterbrecht, im letzteren Falle auch dessen Quote. Stützt er seine Klage auf eine letzte Willenserklärung, so ist seine Beweispflicht die gleiche, wie bei der Erbrechtsklage<sup>7)</sup>. Behauptet er ab intestato zur Erbfolge berufen zu sein, und ist die Klage gegen einen Intestaterben gerichtet, so muß er seine nähere oder gleich nahe Verwandtschaft mit dem Erblasser, beziehungsweise seine Erbfolgeberechtigung und den Umstand, daß dem Beklagten überhaupt ein gesetzliches Erbrecht gegen den Erblasser nicht gebühre (z. B. weil dem Beklagten als einem unehelichen Kinde gegen den Erblasser kein gesetzliches Erbrecht zu-

<sup>1)</sup> In der Begründung seiner E. v. 6. XI. 1887, 3. 11846, in Notz. 1890, Nr. 20. Vgl. ferner auch Gl. 6498 und Gl. 4122 (Unzulässigkeit der Erbschaftsklage gegen Vermächtnisnehmer).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Gl. 3985 (actio Publiciana des Erben auf Grund des Einantwortungsdekretes).

<sup>3)</sup> Vgl. § 2030 b. BGB.

<sup>4)</sup> Vgl. Zeiller, Kommentar 2, 871; Unger 6, 229; Rainz 2, 751; Anders 90.

<sup>5)</sup> So auch Stubenrauch 1, 1012; Rainz 2, 751; Anders 90; Gl. 8561; Gl. 85.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu insbesondere Stubenrauch 1, 1012 f. und Noten 1 und 2 auf S. 1013; Rainz 2, 751 f.; Louailon, a. a. O., in OstzBl. 28, 369 ff.; Anders 91 f.

<sup>7)</sup> Vgl. hierzu und auch zum folgenden die Ausführungen über den Beweis bei der Erbrechtsklage.

stehe<sup>1)</sup>) nachweisen. Ist aber die Klage gegen denjenigen gerichtet, dem die Erbschaft auf Grund einer letzten Willenserklärung eingewortet worden war, so muß er nebst dem ihm zur Erbfolge ab intestato berechtigenden Verhältnisse zum Erblasser auch die Ungültigkeit oder den Widerruf, nicht auch die Unechtheit<sup>2)</sup> (vgl. §§ 310, 312 ZPD.) derjenigen letzten Willenserklärung beweisen, auf Grund welcher die Besitznehmung der Erbschaft erfolgt war. Hingegen ist es Sache des Beklagten, die etwaige Erbunfähigkeit oder sonstige den Kläger vom Erbrechte ab intestato ausschließende Gründe (z. B. die Unehelichkeit des Klägers, soweit nicht uneheliche Kinder ab intestato erberechtigt sind), sowie das etwaige Vorhandensein näherer Intestaterben zu beweisen. Macht der Fiskus die Kaduzität einer Erbschaft geltend, so muß er deren Erblosigkeit beweisen<sup>3)</sup>.

2. den Besitz der Erbschaft durch den Beklagten. Hat eine Einantwortung des Nachlasses stattgefunden, so genügt diese zum Nachweise der passiven Legitimation des Beklagten; sonst muß der Beweis in anderer Weise erbracht werden. Zeugnet der Beklagte den Besitz, und wird er dessen überwiesen, so findet die Bestimmung des § 376 analoge Anwendung.

IV. Das Begehren bei der Erbschaftsklage<sup>4)</sup> ist gerichtet und kann nur gerichtet sein<sup>5)</sup> auf Anerkennung des Allein- oder Miterbrechtes des Klägers und Verurteilung des Beklagten zur Herausgabe der Erbschaft oder eines aliquoten Teils der Erbschaft, eventuell auch nur einzelner Erbschafts sachen an den Kläger.

Grundlage der Restitutionspflicht<sup>6)</sup> ist das Nachlassinventar, beziehungs-

<sup>1)</sup> Vgl. E. OGH. v. 6. XI. 1888, 3. 11846, in Notz. 1890, Nr. 20.

<sup>2)</sup> A. M. Stubenrauch 1, 1013 (Note 1); Rainz 2, 752 und Note 17; Anders 92. Vgl. hierzu auch S. 278 f. und Note 8 auf S. 278 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> In teilweisem Widerspruche mit den Ausführungen des Textes stellt Louailon, a. a. O. 382 folgende Sätze auf: „Wer sich zum Beweise seines Erbrechts auf die testamentarische Erbfolge stützt, braucht nicht das Nichtvorhandensein eines Verfassungsgrundes aus dem Erbvertrage darzutun. Wer sich zum Beweise seines Erbrechts auf die gesetzliche Erbfolge beruft, muß nicht nur denjenigen Verfassungsgrund (Verwandtschaftsverhältnis), auf welchen er seine Berufung positiv stützt, sondern auch beweisen, daß kein gültig Erbserklärer aus einem stärkeren Verfassungsgrund, also aus einem Testamente oder Erbvertrage oder aus einem stärkeren gesetzlichen Verfassungsgrunde, bez. aus einem sein Erbrecht einschränkenden gleich starken Verfassungsgrunde berufen ist. Wer sich auf die Erbfolge nach § 726 BGB. beruft, muß beweisen, daß kein gültig Erbserklärer aus einem Erbvertrage, Testamente oder aus dem Gesetze berufen ist. Der Fiskus muß endlich beweisen, daß kein gültig Erbserklärer aus den Titeln des Erbvertrages, Testaments, Gesetzes oder Legats berufen ist.“

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu auch HaimersMag. 7, 372.

<sup>5)</sup> Vgl. E. OGH. v. 6. XI. 1888, 3. 11846, in Notz. 1890, Nr. 20.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu auch die Bestimmungen über den Gegenstand der Herausgabe (Surrogate, Nukungen, Bereicherung) in den §§ 2019–2021, über Verwendungen im § 2022, sowie über die Haftung nach der Rechtshängigkeit, bei Schlechtläubigkeit und wegen strafbarer Handlungen und Eigenmacht in den §§ 2023–2025 b. BGB.

weise das eidesstättige Vermögensbekenntnis<sup>1)</sup>, also der Nachlaß, wie er beim Tode des Erblassers bestand. Da somit für den Umfang der Restitutionspflicht zunächst der Umfang des Nachlasses beim Tode des Erblassers maßgebend ist, so ist jedenfalls alles zu restituieren, was beim Tode des Erblassers erweislich sich im Nachlasse befand oder zum Nachlasse gehörte. Mit den Nachlasssachen sind natürlich auch die Akzessionen (der Zuwachs) zu restituieren. Da aber der Nachlaß eine universitas ist<sup>2)</sup>, so ist weiterhin auch dasjenige zu restituieren, was in den Nachlaß gelangte, so bezahlte Erbschaftsforderungen, für den Nachlaß erworbene Ansprüche, mit Nachlassgeldern<sup>3)</sup> für das Nachlassvermögen erworbene Sachen. Bezüglich der Verpflichtung zur Restitution der Früchte und Nutzungen sind die Grundsätze maßgebend, die für den zur Herausgabe einer Sache im Eigentumsprozesse verurteilten Besitzer nach der Verschiedenheit des redlichen oder unredlichen Besitzes gelten (§ 824). Es kommt also darauf an, ob der Erbschaftsbesitzer unredlich war, d. h. trotz Kenntnis seiner mangelnden Erbberechtigung, also wider besseres Wissen die Erbschaft in Besitz genommen hat, in welchem Falle § 335, oder ob der Erbschaftsbesitzer redlich war, in welchem Falle für die Zeit vor der Zustellung der Klage § 330, für die Zeit nach der Zustellung der Klage § 338 zur Anwendung kommt.

Dieselbe Unterscheidung ist auch maßgebend für die Beurteilung der Haftung des Erbschaftsbesitzers für Verschulden und Zufall (§§ 329, 335, 338). Betreffs der Haftung für konsumierte, sowie für veräußerte Erbschaftsobjekte gilt folgendes: Der unredliche Besitzer haftet jedenfalls für die von ihm konsumierten oder unentgeltlich veräußerten Erbschaftsgegenstände nach ihrem höchsten Werte und muß für entgeltlich veräußerte Objekte, wenn

<sup>1)</sup> Das Nachlassinventar, beziehungsweise das eidesstättige Vermögensbekenntnis ist nur die Grundlage der Restitutionspflicht. Das, was in concreto zu restituieren ist, muß aber und kann — wie sich, auch abgesehen von dem Falle, daß eine Verlassenschaftsabhandlung nicht stattgefunden hat, aus dem Umstande, daß ein Inventar und eidesstättiges Vermögensbekenntnis über den tatsächlichen Umfang der Erbschaft keinen endgültigen Beweis machen, und vor allem aus den im Texte weiter folgenden Sätzen ergibt — unter Umständen gar nicht mit dem im Inventare, beziehungsweise eidesstättigen Vermögensbekenntnisse Verzeichneten identisch sein. Die dem Erbschaftskläger gemäß Art. XLII C. 3PD. zustehende Befugnis zur Manifestationsklage gegen den Erbschaftsbesitzer — über die Verbindung der Manifestationsklage mit der Erbschaftsklage vgl. Art. XLII, Abs. 3 C. 3PD. — hat somit erhebliche praktische Bedeutung. Vgl. hierzu Tilsch, Der Einfluß der Zivilprozeßgesetze auf das materielle Recht (2) 191; Krauz 2, 753 (Note 18); Weinberger, Die Klage auf Ablegung des Manifestationseides im österreichischen Rechte, in Grünhutsz. 35, 301 f.; Anders 94. — Nach dem d. BGB. besteht nicht nur eine Auskunfts- und Offenbarungspflicht des Erbschaftsbesitzers und desjenigen, der, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat (§ 2027), sondern auch eine Auskunfts- und Offenbarungspflicht der Hausgenossen des Erblassers (§ 2028).

<sup>2)</sup> Vgl. schon Schuster, in Wagnersz. 1835, I, 225.

<sup>3)</sup> Vgl. aber Unger 6, Anm. 3 auf S. 242.

sie nicht in Natur zurückgestellt werden können, das von ihm empfangene, selbst ihren Wert übersteigende Entgelt herausgeben (arg. § 335: „alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangte Vorteile“). Der redliche Besitzer haftet vom Zeitpunkte der Zustellung der Klage im allgemeinen wie der unredliche Besitzer (§ 338). Aber auch für die vor Zustellung der Klage veräußerten Sachen haftet selbst der redliche Besitzer insofern, als er das Entgelt für diese Sachen, soweit er dadurch noch bereichert erscheint, herausgeben muß (arg. § 824, der nur hinsichtlich der Früchte und Kosten auf die Haftung des redlichen Besitzers im Eigentumsprozesse verweist<sup>1)</sup>).

Andererseits können für den Erbschaftsbesitzer, der zur Herausgabe der Erbschaft verurteilt wird, Gegenansprüche entstehen. In dieser Beziehung hebt § 824 lediglich Ansprüche auf Vergütung der vom Beklagten „in dem Nachlasse verwendeten Kosten“, also wegen eines auf den Nachlaß gemachten Aufwandes hervor. Rückfichtlich dieser verweist das Gesetz auf jene Grundsätze, welche in Rücksicht des von einem redlichen oder unredlichen Besitzer gemachten Aufwandes im Hauptstücke von dem Besitze (§§ 331, 332 und 336) aufgestellt sind. Außerdem können aber dem Erbschaftsbesitzer gegen den siegreichen Erbschaftskläger auch Gegenforderungen zustehen für bezahlte Erbschaftsschulden und Vermächtnisse, für berechtigte Gebühren und Begräbniskosten, ferner ihm bereits gegen den Erblasser erwachsene Forderungen, usw. Soweit derartige Forderungen nicht durch Abzug von der zurückzustellenden Erbschaft getilgt werden können, steht dem zur Herausgabe Verurteilten ein Retentionsrecht für sie nicht zu.

Über die Art der Auseinandersetzung der gegenseitigen Forderungen zwischen dem siegreichen Erbschaftskläger und dem zur Herausgabe der Erbschaft Verurteilten enthält das ABGB. keine Bestimmungen. Nach Ungers<sup>2)</sup> Ansicht wird in einem auf das rechtskräftige Urteil folgenden Liquidationsverfahren Rechnung gelegt und überhaupt der Umfang des zu Restituierenden bestimmt werden müssen. Nach einer früheren Entscheidung des OGH.<sup>3)</sup> soll aber der siegreiche Erbschaftskläger erst seine bedingte oder unbedingte Erbscherklärung überreichen müssen, auf deren Grundlage dann die Abhandlung des Nachlasses einzuleiten wäre, in welcher der Umfang der Erbschaft und der auf den siegreichen Kläger sowohl gegen dritte Personen, als auch gegen den Beklagten übergehenden Verbindlichkeiten, sowie anderer Ansprüche der Streittheile gegen einander, überhaupt alles, was der Kläger titulo universalis einerseits zu bekommen, andererseits an Verbindlichkeiten zu leisten hat, festgestellt werden soll.

<sup>1)</sup> Vgl. Stubenrauch I, 1013 (Note 3); Krauz 2, 753 f.; Anders 93.

<sup>2)</sup> 6, Anm. 12 auf S. 245.

<sup>3)</sup> B. 6. XI. 1888, 3. 11846, in Notz. 1890, Nr. 20.



Diese Ansicht des OGH.<sup>1)</sup> weicht von der herrschenden Lehre ab, nach welcher — im Hinblick auf die Bestimmung des § 180 AusstreitG., daß, wenn nach erfolgter Einantwortung eine letzte Willenserklärung entdekt wird, eine neuerliche Abhandlung der Verlassenschaft nicht stattfindet — nach durchgeführtem Erbschaftsprozesse eine ausdrückliche Erbserklärung des siegreichen Klägers und eine wiederholte Verlassenschaftsabhandlung nicht einzutreten hat<sup>2)</sup>. Allein einerseits ist diese Verwertung des § 180 AusstreitG. nicht richtig, andererseits entspricht die Ansicht des OGH. einem praktischen Bedürfnisse. Insbesondere lassen sich von ihr aus die schwierigen Fragen über das Verhältnis des Erbschaftsklägers zu Erbschaftsgläubigern und Legataren lösen. Der OGH. ist allerdings in neuerer Zeit von dieser Ansicht wieder abgegangen<sup>3)</sup>.

V. Die Verjährung der Erbschaftsklage. Die Erbschaftsklage des testamentarischen oder Vertragserben gegen den Intestaterben verjährt in der gewöhnlichen Verjährungszeit von dreißig (§ 1478), beziehungsweise vierzig (§ 1485) Jahren, nach richtiger Ansicht gerechnet vom Tage der Einantwortung, beziehungsweise der Besitznahme der Erbschaft durch den Beklagten. In derselben Zeit verjährt die Klage des Intestaterben gegen einen Testaments- oder Vertragserben, sowie eines Testaments- oder Vertragserben gegen einen anderen Testaments- oder einen Vertragserben, wenn sich die Klage

<sup>1)</sup> Für diese Ansicht schon Schiefl, Über den Einfluß der Erbschaftsklage auf die Wirkungen der Einantwortung, in WagnersZ. 1846, I, 118 ff. (Wetz. S. 130—133).

<sup>2)</sup> Insoweit — d. h. in negativer Hinsicht — übereinstimmend Unger 6, Anm. 4 auf S. 180 f.; Randa, Der Erwerb der Erbschaft 30; Stubenrauch 1, 1014 und Noten 2 und 7; Krainz 2, S. 682, 755; Louailon, Von der Erbserklärung zum Erbschaftstreite, in OstZBl. 26, 362 ff.; Anders 89 ff. Dagegen weichen die genannten Autoren in ihren positiven Behauptungen sehr wesentlich von einander ab. Unger will, wie oben im Texte bemerkt wurde, an das rechtskräftige Urteil ein Liquidationsverfahren sich anschließen lassen. Randa, Stubenrauch und Louailon sagen schlechthin, daß das über die Erbschaftsklage ergangene Urteil die Einantwortung vertritt. Unger stimmt wiederum mit Randa und Stubenrauch insofern überein, als alle drei meinen, daß vor der Vollziehung der Restitution der Erbschaft einerseits der siegreiche Erbschaftskläger die Inventarisierung des Nachlasses, andererseits die Erbschaftsgläubiger ihm gegenüber die separatio bonorum verlangen können. Gegen diese Ansicht spricht sich Krainz aus. Nach Krainz hat nämlich der siegreiche Erbschaftskläger zunächst nur die rechtliche Stellung eines Erbschaftskäufers, d. h. er gilt als Rechtsnachfolger des Erbschaftsbesizers, des letzteren Erbserklärung gilt auch für ihn. Der von Krainz vertretenen Anschauung scheint sich Anders anzuschließen. Doch können nach Anders 69 die Erbschaftsgläubiger auch dem siegenden Erbschaftskläger gegenüber von ihrem Absonderungsrechte Gebrauch machen. Nach Louailon hat der Erbschaftskläger im Zuge des Erbschaftsprozesses die Erbserklärung beim Prozeßgerichte abzugeben, das bei bedingter Erbserklärung durch das nach § 111 JN. kompetente Gericht die Inventur aufnehmen lassen muß, und können die Erbschaftsgläubiger die separatio bonorum gegen den Erbschaftskläger bis zur Fällung des erstgerichtlichen Urteils im Erbschaftsprozesse begehren.

<sup>3)</sup> In der E. G. M. N. 200 (gebilligt von Ott, Geschichte und Grundlehren des österreichischen Rechtsfürsorgeverfahrens 262 [Note 8]). Vgl. aber andererseits wiederum E. OGH. v. 24. III. 1904, Z. 3518, in OstRichterZ. I, Nr. 68.

darauf stützt, daß das Testament oder der Erbvertrag, auf Grund dessen die Einantwortung erfolgt war, unecht — gefälscht oder unterschoben — war<sup>1)</sup>.

hingegen verjährt die Erbschaftsklage, mit welcher die Ungültigkeit<sup>2)</sup> eines echten (nicht aufgehobenen<sup>3)</sup>) Testamentes oder Erbvertrages<sup>4)</sup>, auf Grund dessen die Einantwortung des Nachlasses erfolgt war, geltend gemacht wird, also, wie es im § 1487 heißt, das Recht, „eine Erklärung des letzten Willens umzustößen“, in drei Jahren. Diese Verjährungsfrist beginnt mit dem Tage der Kundmachung des Testamentes oder Erbvertrages<sup>5)</sup>.

Die Verjährung wird nach § 1497 unterbrochen, aber nur gegen jene, gegen welche die Klage angestrengt worden, beziehungsweise der Unterbrechungsgrund eingetreten ist.

VI. Der Einfluß des Erbschaftsprozesses und des in diesem Prozesse ergehenden Urteils auf dritte Personen. Hier ist zu bemerken:

1. § 824 bestimmt im Schlußsate: „Ein dritter redlicher Besitzer ist für die in der Zwischenzeit erworbenen Erbstücke niemandem verantwortlich“<sup>6)</sup>. Die Bedeutung dieser Bestimmung reicht weiter als ihr Wortlaut. Sie besagt: Dritte Personen (Singularsubjektoren), welche im guten Glauben von dem durch die Einantwortungsurkunde legitimierten Erbschaftsbesizer Erbstücke, d. h. dem Erblasser gehörige oder auch nur anvertraute<sup>7)</sup> bewegliche Sachen oder in die Verlassenschaft gehörige unbewegliche Sachen oder Rechte, entgeltlich oder unentgeltlich an sich gebracht oder von ihm oder im Exekutionswege gegen ihn dingliche<sup>8)</sup> Rechte an solchen Sachen erworben oder Erbschaftsforderungen an ihn bezahlt haben, erwerben dadurch ein auch gegen den wahren Erben oder den Eigentümer wirksames Recht, beziehungsweise definitive Befreiung von ihrer Schuld. Der Schlußsate des § 824 findet auch Anwendung zugunsten der Gläubiger des vermeintlichen Erben, welche vor der Einantwortung auf

<sup>4)</sup> So auch G. M. 1055; Unger 6, 229 und Anders 91 sagen, die Verjährung der Erbschaftsklage könne erst mit der Erbrechtsannahme des Erbschaftsbesizers (possessio pro herede) beginnen. Nach Krainz 2, 756 beginnt die regelmäßige Verjährung mit dem Erbanfalle. So auch G. M. 565 (Jud. 28), 11441.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Note 2 auf S. 279 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Note 1 auf S. 279 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Vgl. Winwartner, in Pratoberveras Mat. 8, 126.

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Note 3 auf S. 279 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 279 und Note 4 auf S. 279 dieses Bandes.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu u. a. Stubenrauch 1, 1015 und Noten 1—5; Krainz 2, 754; Anders 65; ferner insbesondere Krašnopolski, Der Schutz des redlichen Besitzers im österreichischen Zivilrechte 24 ff.; Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte 184 ff. — Einen im wesentlichen gleichen Schutz des gutgläubigen Dritten, wie § 824, normieren die §§ 2366, 2367 d. BGB.

<sup>7)</sup> So auch G. M. N. 200, Die Lehre vom Rechtsübergang durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Rechte 69; Randa, Das Eigentumsrecht 364 (Note 55). Dagegen Wellspacher, a. a. O. 187.

<sup>8)</sup> Vgl. auch Krainz 2, 754 und Note 30; Anders 65.

Grund des § 822 in gutem Glauben eine Sicherstellung erwirkt hatten, wenn die Einantwortung an diesen „Erben“ erfolgte<sup>1)</sup>.

2. Bestritten ist die Frage, ob das im § 812 normierte Separationsrecht nunmehr gegen den siegreichen Erbschaftskläger wieder geltend gemacht werden kann. Auf dem Boden der im Texte weiter oben vertretenen Ansicht, daß nach durchgeführtem Erbschaftsprozesse eine neuerliche Verlassenschaftsabhandlung stattzufinden habe, ist an der Bejahung dieser Frage nicht zu zweifeln<sup>2)</sup>.

3. Der schwebende Erbschaftsprozess hindert weder die Erbschaftsgläubiger, noch die Legatäre, vorausgesetzt, daß nicht auch die Vermächtnisanordnungen gegen sie bestritten werden, ihre Ansprüche geltend zu machen, und zwar entweder gegen den durch die Einantwortungsurkunde noch legitimierten Erbschaftsbesitzer, welcher aber dem Erbschaftskläger zur Sicherung seines Regressanspruches den Streit verkünden muß, oder gegen beide, nämlich den Kläger und Beklagten, gemeinschaftlich (§ 16 ZPO.)<sup>3)</sup>. Hingegen ist der durch die Einantwortungsurkunde legitimierte Erbschaftsbesitzer allein noch zu Klagen gegen die Erbschaftsschuldner legitimiert, welche aber berechtigt sind, den geschuldeten Betrag gemäß § 1425 zu Gericht zu erlegen<sup>4)</sup>.

4. Die Rechtskraft des Urteils tritt nach allgemeinen Regeln (§ 12 ABGB.) nur für und gegen jene ein, zwischen welchen es ergangen ist<sup>5)</sup>. Daher wirkt das gegen oder für einen Miterben ergangene Urteil nicht für oder gegen die am Prozesse nicht beteiligten Miterben. Aber auch gegen Erbschaftsgläubiger und Legatäre, wenn letztere nicht mitbelangt worden sind<sup>6)</sup>, macht das im Erbschaftsprozesse ergehende Urteil nicht res judicata. Sie können sich noch immer an denjenigen, dem die Erbschaft eingewortet worden war, nach Maßgabe seiner Erbsererklärung halten, und es müßte ihnen gegenüber neuerdings die Ungültigkeit der letzten Willenserklärung, beziehungsweise der Mangel des Erbrechtes in der Person des in Anspruch

<sup>1)</sup> So auch Schiefl, in Wagners J. 1846, II, 238 ff.; Stubenrauch 1, 1015 (Note 5); Krauz 2, 754 (Note 28).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 335 f. und Noten 1—3 auf S. 336 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Nach Stubenrauch 1, 1014 und Note 8; Krauz 2, 755; Anders 95 können sich Erbschaftsgläubiger und Legatäre während der Dauer des Erbschaftsprozesses nur an den durch die Einantwortungsurkunde legitimierten Erbschaftsbesitzer halten.

<sup>4)</sup> Vgl. auch Krauz 2, 756; Anders 95.

<sup>5)</sup> Daher hindert das Urteil im Erbschaftsprozesse, auch wenn man diesen in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung als Streit um das absolute Erbrecht des Klägers ansieht, einen Dritten nicht, den siegreichen Erbschaftskläger seinerseits mit der Erbschaftsklage zu belangen. Vgl. auch Stubenrauch 1011 f. und Note 3 auf S. 1014; Krauz 2, 751.

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Note 3 auf S. 277 dieses Bandes.

Genommenen erwiesen werden. Allein sie können sich auch an den siegreichen Erbschaftskläger halten<sup>1)</sup>.

Der Umfang der Haftung des siegreichen Erbschaftsklägers gegenüber Erbschaftsgläubigern und Legatären richtet sich darnach, ob er die Erbschaft bedingt oder unbedingt angetreten hat<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Zu dem gleichen Resultate kommen unter Heranziehung der Analogie des Erbschaftskaufes Krauz 2, 755 f. und Anders 95, indem sie sagen, daß der Sieger und der Besiegte arg. § 1282 zunächst zur gesamten Hand haften. Anders Schiefl, in Wagners J. 1846, II, 224 ff. Anders auch Stubenrauch 1, 1014 und Note 6, der zwar auch dem Urteile im Erbschaftsprozesse materielle Rechtskraft nur zwischen den Parteien zuerkennt, aber doch meint, daß das Urteil auch Dritten gegenüber seine Wirkung dahin äußert, daß der siegreiche Erbschaftskläger bis auf weiteres den Erbschaftsgläubigern und Legatären gegenüber als Erbe ausschließlich legitimiert erscheint, daß also der gerichtlich eingesezte Beklagte, der im Prozesse unterlegen ist, vorbehaltlich der Anfechtung des Urteiles durch den Gläubiger von der Haftung befreit ist. Der Unterschied zwischen der hier im Texte, sowie von Krauz und Anders vertretenen Ansicht einerseits, und der Meinung Stubenrauchs andererseits liegt in der verschiedenen Verteilung der Beweislast (vgl. auch Unger 6, S. 247 und Anm. 8 ad § 53).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 335 und Note 2 auf S. 336 dieses Bandes.

## Anhang I.

Das Familienfideikommiß<sup>1)</sup>.

## § 1.

## Begriff und rechtliche Natur.

I. Der Ausdruck „Fideikommiß“ hat im ABGB. eine mehrfache Bedeutung. Er bezeichnet sowohl eine Anordnung bestimmten Inhalts (vgl. § 618), als auch deren Objekt (vgl. z. B. §§ 624, 627) und endlich das durch die Anordnung ins Leben gerufene Rechtsverhältnis oder richtiger Rechtsinstitut<sup>2)</sup> (vgl. z. B. §§ 625, 627, 628).

Die Anordnung eines Fideikommisses kann letztwillig, aber auch inter vivos, und zwar einseitig oder vertragmäßig, erfolgen. Daher ist die aus historischen Gründen zu erklärende Stellung der Bestimmungen über das Fideikommiß im Systeme des ABGB. nicht zu billigen<sup>3)</sup>.

Was die zweite Bedeutung des Ausdruckes „Fideikommiß“ anlangt,

<sup>1)</sup> Aus der Literatur über Fideikommissse seien hervorgehoben Knipfchild, De fideicommissis familiarum nobilium, s. de bonis. quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur, von Stammgütern, Tractatus (Ulm 1654, 1661, 1750); C. von Salza und Bichtenau, Die Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechtsfideikommissen (1833); Lewis, Das Recht des Familienfideikommisses (1868); speziell über österreichisches Recht: Wildner, Das Fideikommißrecht nach dem österreichischen ABGB. (1835); Gspan, Abhandlung über die Fideikommissse (1842); Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 264 ff.; dief., Exkurse 2, 163 ff. (dazu die Rezension von Krasnopolski, in Grünhutsz. 12, 489 ff.); Art. „Fideikommissse“, in ÖstStWB. (2) 2, 21 ff. (von Hofmann, durchgesehen von Ehrenzweig); Stubenrauch 1, 820 ff.; Krainz 1, 556 ff.; Pfersche, Grundriß des Sachenrechts (1911) 107 ff. — Über ausländische Fideikommissliteratur vgl. Krainz 1, 556 (Note 1). — Zur Geschichte der Familienfideikommissse, die, wie Pfaff und Hofmann im Gegensatz zu der früher herrschenden Meinung überzeugend nachgewiesen haben, spanischen Ursprungs sind, vgl. u. a. Hofmann, Zur Geschichte der Familienfideikommissse, in JBl. 1881, Nr. 17; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 265 ff.; dief., Exkurse 2, S. 163 ff., 277 ff.; Stubenrauch 1, 820 f. (Note 4); Krainz 1, 557 und Note 7. Vgl. hier auch Kalina, Die niederösterreichischen Fideikommissurkunden, in JBl. 1905, Nr. 15–18, 28, 29. — Über „Wert und Untert der Fideikommissse“ vgl. u. a. den zit. Art. im ÖstStWB. S. 24; ferner Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 169 ff.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 273.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu die bezüglichen Ausführungen im Vorworte zu diesem Bande.

so versteht man unter Fideikommiß in diesem Sinne ein Vermögen, welches an eine Familie in der Art geknüpft wird, daß es entweder für alle künftigen oder doch für eine bestimmte Anzahl von Geschlechtsfolgern (Generationen) als unveräußerliches Gut erklärt wird (§ 618), in welches in einer vom Stifter im Voraus bestimmten Ordnung innerhalb der berufenen Familie sukzediert wird. Demnach bilden die Unveräußerlichkeit des Objektes und die im Voraus bestimmte Ordnung der Sukzession in dieses Objekt innerhalb einer bestimmten Familie (successio ex pacto et providentia majorum) die Merkmale des Fideikommisses.

Von der Familienstiftung (§ 646) unterscheidet sich das Fideikommiß dadurch, daß die Stiftung selbständige juristische Persönlichkeit hat und dem Destinatär am Stiftungsvermögen regelmäßig nur obligatorische Ansprüche auf die Nutzungen zustehen (§ 646), wohingegen das Fideikommißvermögen Rechtsobjekt und das Verhältnis des jeweiligen Inhabers zum Fideikommißvermögen ein viel engeres ist.

Die Fideikommissanordnung ist auch von den Familienverträgen zu unterscheiden, welche die vormalig reichsunmittelbaren Familien über ihre Güter und Familienverhältnisse abschlossen. Solche Verträge, welche autonomes Recht setzen, bedurften früher in Österreich zu ihrer allgemein verbindlichen Kraft der landesfürstlichen Genehmigung (HfD. v. 19. IX. 1836 [JGS. 156]). Gegenwärtig könnten sie diese allgemein verbindliche Kraft nur durch ein Spezialgesetz erlangen.

II. Der Zweck des Fideikommisses — Erhaltung des Glanzes und des Ansehens der berufenen Familien — bringt es mit sich, daß Objekt des Fideikommisses nur Sachen sein können, die einen dauernden Genuß gewähren. Regelmäßig sind es Landgüter, Häuser oder Kapitalien, ohne daß nach unserem Rechte eine Beschränkung bezüglich des Wertes oder Betrages bestünde. Nur diese Objekte berücksichtigt die Unterscheidung der Fideikommissse in Real- und Pekuniar- oder Geldfideikommissse. Da aber unser Recht in dieser Hinsicht eine Beschränkung nicht enthält, so können an sich auch andere Sachen, die die erwähnte Eigenschaft, dauernden Genuß zu gewähren, besitzen, wie Juwelen, Kostbarkeiten<sup>1)</sup>, Bildersammlungen, Bibliotheken usw. Fideikommiß werden, sei es selbständig, sei es als Bestandteil eines Fideikommisses<sup>2)</sup>.

Ebensowenig, wie rücksichtlich des Objektes, enthält das ABGB. eine Beschränkung rücksichtlich:

1. der Fähigkeit, ein Fideikommiß zu stiften, und
  2. der Fähigkeit, Destinatär eines Fideikommisses zu sein.
- ad 1. Die Fähigkeit zur Fideikommissstiftung ist lediglich durch die

<sup>1)</sup> Vgl. Zeiller, Kommentar 2, 523.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 309 f.

allgemeine Handlungsfähigkeit und die Dispositionsfähigkeit über das betreffende Objekt bedingt<sup>1)</sup>.

ad 2. Über die Frage, ob nur für adelige Familien Fideikommiße gestiftet werden können, enthält unser Recht keine besondere Bestimmung. Folglich können an sich Fideikommiße auch für nicht adelige Personen errichtet werden<sup>2)</sup>. Ebenfowenig enthält das ABGB. eine Bestimmung des Inhalts, daß gewisse Eigenschaften von dem ersten Erwerbe eines Fideikommißes ausschließen. Insbesondere nimmt unser Recht auch zu den Fragen, ob ein Fideikommiß zugunsten einer Frau und deren Deszendenten oder zugunsten eines unehelichen Sohnes und dessen Nachkommenschaft errichtet werden kann, keine Stellung. Auch die Fähigkeit, erster Erwerber eines Fideikommißes zu sein, ist also lediglich durch die allgemeine Erwerbsfähigkeit bedingt<sup>3)</sup>.

Selbstverständlich können Rechte Dritter durch eine Fideikommißstiftung nicht geschmälert werden (§ 222 AusstreitG.): Hypothekargläubigern bleibt ihr bereits erworbenes Pfandrecht am Fideikommißgute trotz der Fideikommißerrichtung unverkürzt. Pflichtteilsberechtigten stehen gegen eine letztwillige oder durch eine Verfügung unter Lebenden vorgenommene unentgeltliche Fideikommißstiftung die ihnen zur Wahrung ihres Noterbenrechtes eingeräumten Rechtsmittel aus §§ 775 ff. (also auch aus § 778<sup>4)</sup>) beziehungsweise § 951 zu. Persönliche Gläubiger des Fideikommißstifters, welche durch eine durch einen Akt inter vivos erfolgte Fideikommißerrichtung verkürzt wurden, können diese Fideikommißerrichtung nach Maßgabe des AufG. anfechten<sup>5)</sup>.

## § 2.

### Die Errichtung des Fideikommißes.

Ein Fideikommiß kann, wie bereits bemerkt wurde, entweder durch eine letztwillige Anordnung oder durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, und zwar hier wiederum entweder durch Vertrag oder durch einseitige Willenserklärung<sup>6)</sup>, aus welcher die Absicht der Fideikommißerrichtung bestimmt und deutlich hervorgeht, errichtet werden. Immer muß aber eine ausdrückliche — und zwar arg. § 222 AusstreitG. eine schriftliche —

Willenserklärung vorliegen. Durch Gesetz, Obervanz oder Verjährung kann also ein Fideikommiß nicht entstehen<sup>1)</sup>.

Zur Errichtung eines Fideikommißes bedarf es nach § 627 der Bewilligung der gesetzgebenden Gewalt, welche seit dem Gesetze v. 13. VI. 1868 (RGBl. 61) nur durch ein verfassungsmäßig zustande gekommenes und gehörig kundgemachtes Reichsgesetz<sup>2)</sup> erteilt werden kann<sup>3)</sup>. Der betreffende Gesetzesvorschlag hat als Regierungsvorlage an den Reichsrat zu gelangen. Das Gesuch um Einbringung des Gesetzesvorschlages ist an das Ministerium des Innern zu richten (§ 220 AusstreitG.). Dem Gesuche muß ein ordentliches Verzeichnis der zum Fideikommiße bestimmten Objekte, sowie der Entwurf oder das Original der Errichtungsurkunde (Fideikommißstatut), welche notwendig das Objekt und die Sukzessionsordnung enthalten muß, beigelegt werden (§ 221 AusstreitG.)<sup>4)</sup>.

Das zustandegewordene Gesetz, womit die Bewilligung zur Errichtung eines Fideikommißes erteilt wird, enthält aber nicht etwa selbst die Errichtung, ist nicht Entstehungsgrund des Fideikommißes. Es erteilt nur die Bewilligung, das Privilegium, ein Fideikommiß nach Maßgabe der im Gesetze angeführten oder dem Gesetze beigelegten Bestimmungen der Fideikommißerrichtungsurkunde zu errichten<sup>5)</sup>. Die Fideikommißerrichtung selbst erfolgt also immer einzig und allein durch den Willen des Stifters, d. h. durch die auf Grund der gesetzlichen Bewilligung oder unter der Voraussetzung der gesetzlichen Bewilligung geschehene Ausfertigung der Errichtungsurkunde durch den Stifter, beziehungsweise dessen Erben<sup>6)</sup> und erlangt Wirksam-

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Krauz 1, 558 (Note 10).

<sup>2)</sup> Vgl. z. B. G. v. 23. I. 1878 (RGBl. 14), betreffend die Errichtung des Josef Graf Baworowski'schen Fideikommißes; G. v. 20. XII. 1893 (RGBl. 4 ex 1894), betreffend die Errichtung des gräflich Dzieduszycki'schen Familienfideikommißes.

<sup>3)</sup> Vgl. hier Gll. 1809 (Vor erfolgter Bewilligung durch den Landesfürsten [beziehungsweise jetzt durch das Gesetz] kann die Fideikommißeigenschaft auf einer zum Fideikommiße gewidmeten Immobilie auch nicht vorgemerkt werden).

<sup>4)</sup> „Wenn es sich nur um die Einholung der vorläufigen Bestimmung handelt, ob Allerhöchst Seine Majestät geneigt seien, bei Vorlage eines vollständigen Entwurfes der Anordnungen, nach welchen der Bittsteller das Fideikommiß zu errichten gedenkt, dem Gesuche zu willfahren, so muß doch der Gegenstand und beiläufige Wert des Fideikommißes angegeben und erörtert werden, ob der Errichtung desselben keine in den persönlichen und Familienverhältnissen des Bewerbers, soweit dieselben bekannt sind, gegündeten Bedenken entgegenstehen“ (§ 220 AusstreitG.).

<sup>5)</sup> Vgl. z. B. die weiter oben in Note 2 auf dieser Seite angeführten Gesetze.

<sup>6)</sup> Vgl. hier Gll. 1569 („Die Erklärung der Geneigtheit des Eigentümers der Herrschaft, sie zum Fideikommiß zu widmen, kann ihn nicht hindern, dieselbe solange als freies Eigentum zu behandeln, bis sie wirklich Fideikommiß geworden ist, und eine solche Erklärung, selbst wenn sie einverleibt ist, kann am allerwenigsten seinen Gläubigern das Recht nehmen, ihre Forderungen auf der Realität sicherstellen zu lassen.“) Vgl. aber auch Gll. 3046 und 3047 (Auf ein Gut, das dem Eigentümer in der Landtafel nicht unbeschränkt, sondern mit der Verpflichtung, es zu einem Fideikommiße zu widmen, zugeschrieben ist, kann nicht für Gläubiger des Eigentümers eine Pfandrechtsvormerkung bewilligt werden).

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 308 f.; Krauz 2, 558.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu aber das HofD. v. 12. VI. 1838 (JGS. 279), welches sagt: „... Die Errichtung von Familienfideikommißen pflegt nur dem Adel bewilligt zu werden.“

<sup>3)</sup> Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 308 f.

<sup>4)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 316 f., die die Anwendungsgebiete des § 778 und des § 628 zutreffend gegen einander abgrenzen; Krauz 1, 559.

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 317 f.; Stubenrauch 1, 821 (Note 2); Krauz 1, 559.

<sup>6)</sup> Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 307 f.



keit nur insoferne, als sie ohne Nachteil für die erworbenen Rechte dritter Personen vollzogen werden kann (§ 222 AusstreitG.). Daher kann der Stifter von der erteilten Bewilligung keinen Gebrauch machen<sup>1)</sup>. Er kann aber auch die Errichtung widerrufen, so lange noch niemand durch die Übergabe (bei einseitiger Disposition) oder durch Vertrag ein Recht erworben hat<sup>2)</sup> (§ 628). Ja, das Gesetz präsumiert sogar unter der Voraussetzung, daß noch niemand durch Übergabe oder Vertrag Rechte am Fideikommiß erworben hat<sup>3)</sup>, den Widerruf, wenn dem Erblasser (Stifter) ein männlicher ehelicher Erbe, der in dem Fideikommiß nicht begriffen ist, d. h. eventuell zur Sukzession in das Fideikommiß nicht berufen erscheint, geboren<sup>4)</sup> wird<sup>5)</sup> (§ 628<sup>6)</sup>).

Das für die Errichtung eines Fideikommisses vorgeschriebene Erfordernis der Bewilligung durch ein Spezialgesetz greift auch bei der Vergrößerung eines Fideikommisses, insbesondere auch bei der Inkorporierung neugewidmeter<sup>7)</sup> — etwa zugekaufter — Grundstücke, und zwar im letzteren Falle selbst dann, wenn der Ankauf aus Fideikommißgeldern erfolgte<sup>8)</sup>, daher auch bei Verwandlung eines Geldfideikommisses in ein Realfideikommiß<sup>9)</sup>,

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 304.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 313 f.

<sup>3)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 542, 3. 4.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 315; Krainz 1, 559. Dagegen beschränkt Stubenrauch 1, 830 arg. das Wort „Erblasser“ im zweiten Satze des § 628 den „vermuteten“ Widerruf dieses Paragraphen auf die letztwillig angeordneten Fideikommisses. Dieser Ansicht scheint sich auch Pfersche, a. a. D. 107 anzuschließen.

<sup>4)</sup> Adoption oder Legitimation genügt hier nicht. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 315 f.; Stubenrauch 1, 831 (Note 2).

<sup>5)</sup> Das Fideikommiß gilt auch als widerrufen, wenn der männliche Erbe zur Zeit der Fideikommißerrichtung zwar schon gelebt hat, seine Existenz in diesem Zeitpunkt dem Stifter aber nicht bekannt war. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 316; Stubenrauch 1, 831. Hierbei ist es gleichgültig, ob die Existenz des Erben dem Stifter später bekannt wurde oder nicht. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 316. Anders Stubenrauch 1, 831.

<sup>6)</sup> Über das Verhältnis des § 628 zu § 778 vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 316 f.

<sup>7)</sup> Vgl. z. B. G. v. 19. V. 1883 (RGBl. 71), womit die Einverleibung von Realitäten in das bestehende fürstlich Schwarzenberg'sche Sekundogenitur-Fideikommiß bewilligt wird.

<sup>8)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, S. 303 (Note 14), 340; Hofmann-Grenzweig, in OstStWB. (2) 2, 22; Krainz 1, 563; Pfersche, a. a. D. 109; Gll. 5959; GllNZ. 2184. Ja sogar, wenn die Fideikommißgelder, aus denen der Ankauf der neuen Grundstücke erfolgt, den Erlös für früher veräußerte Fideikommißrealitäten darstellen, ist die Genehmigung durch ein Gesetz erforderlich (so auch Krainz 1, 563; Gll. 14278, 15772), es wäre denn, daß es sich hierbei um zusammenhängende Operationen handelt, um den „Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken beinahe gleichen Wertes, welche annähernd in die gleiche Zeitperiode fallen und im wirtschaftlichen Sinne als Umtausch erscheinen“, auf den die Regeln der §§ 633 und 634 Anwendung finden (so auch Krainz 1, 563 und Noten 8b und 8c); Gll. 12849; GllNZ. 2184).

<sup>9)</sup> Nicht aber bei der Verwandlung eines Realfideikommisses in ein Geldfideikommiß. Hierzu genügt gemäß §§ 633 und 634 die gerichtliche Genehmigung. Vgl. statt aller Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 303.

nicht aber bei der Vertauschung einzelner Grundstücke, wenn die Wertdifferenz unerheblich ist<sup>1)</sup>, Platz<sup>2)</sup>.

Bei der Fideikommißerrichtung ist ein ordentliches, beglaubigtes, gerichtliches Verzeichnis aller zum Fideikommiß gehörigen Stücke (sogenanntes Hauptinventar) zu verfassen und gerichtlich aufzubewahren (§ 627). Dieses Inventar ist, wenn das Fideikommiß von dem Stifter bei Lebzeiten errichtet wird, sofort nach erfolgter gesetzlicher Bewilligung, außerdem aber bei der Verlassenschaftsabhandlung nach dem Stifter zu errichten (§ 223, Abs. 1 AusstreitG.). Das Hauptinventar dient sodann bei jeder Besitzveränderung, insbesondere bei der Absonderung des Fideikommisses von dem freiererblichen Vermögen eines jeden Besitzers, zur Richtschnur<sup>3)</sup> (§ 627).

Zur Versicherung des Fideikommißvermögens dienen folgende Maßregeln:

1. Gehören zu einem Fideikommiß Grundbuchskörper, so ist deren Eigenschaft als Fideikommißgüter im Grundbuche einzutragen (§ 230 AusstreitG.)<sup>4)</sup>, und zwar erfolgt die Eintragung durch Ersichtlichmachung auf dem Gutsbestands- und dem Eigentumsblatte und durch Einverleibung auf dem Lastenblatte<sup>5)</sup>. Kostbarkeiten und Fahrnisse mit Ausnahme der Kapitalien können in der Verwahrung des Fideikommißbesizers bleiben, welcher jedoch die Übernahme derselben entweder im Fideikommißinventar oder in einer besonderen Urkunde zu bestätigen hat (§ 230 AusstreitG.).

2. Bei Privatpersonen für das Fideikommiß angelegte Summen

<sup>1)</sup> Vgl. weiter unten Note 4 auf S. 351 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch Gll. 12314 (Es bedarf keines Reichsgesetzes zum Tausche von Objekten zweier Fideikommisses in der Familie, wenn hiedurch auch eines dieser Fideikommisses unter Hingabe von Fideikommißkapitalien um ein unbewegliches Gut vermehrt wird).

<sup>3)</sup> Vgl. hier auch § 223, Abs. 2 AusstreitG.: „Ergibt sich nach dem Tode des Fideikommissars ein Abgang an dem zum Fideikommiß bestimmten Vermögen, oder eine Verminderung desselben durch die davon zu entrichtenden Gebühren, durch die Ergänzung des Pflichttheiles der Noterben oder auf andere Weise, so hat das Gericht ein neues Inventar über die reine Fideikommißerbbschaft verfertigen zu lassen.“

<sup>4)</sup> Vgl. auch hier die weiter oben in Note 3 auf S. 343 dieses Bandes zitierte G. Gll. 1809. — „In den Ländern, wo öffentliche Bücher nicht eingeführt sind, ist sich an die daselbst bestehenden Vorschriften zu halten“ (§ 230 AusstreitG.).

<sup>5)</sup> Vgl. hierzu die Bestimmungen der Landesgesetze betreffend die Anlegung neuer Grundbücher über den Inhalt des Eigentums- und des Lastenblattes (meistens §§ 9 und 10) und dazu Burckhard, System des österreichischen Privatrechtes 3, 233 ff. und Note 17 auf S. 234, der, wie der Text, entscheidet. Pfaff und Hofmann, Exkurse 2, 218 verlangen Einverleibung (auf welchem Blatte?), neben welcher die in der Praxis übliche Adnotation auf dem ersten Blatte immerhin bleiben könne. Auch Krainz 1, 559 (Note 13) sagt bloß, daß die bürgerliche Eintragung des Fideikommißbandes durch Einverleibung, nicht durch Anmerkung erfolge. Pfersche, a. a. D. 107 fordert neben oder statt der in der Praxis gebräuchlichen „Anmerkung des Fideikommißbandes“ auf dem Gutsbestandsblatte die Einverleibung der Beschränkung des Eigentums des jeweiligen Inhabers (als Nutzungseigentum nach § 630) auf dem Eigentumsblatte.

müssen im Schuldschein und in den öffentlichen Büchern ausdrücklich als Fideikommißkapitalien bezeichnet, Staatspapiere, die auf den Inhaber lauten, der Vinkulierung von Seite der öffentlichen Kassa unterzogen, wenn sie aber auf bestimmte Namen lauten, auf das Fideikommiß umgeschrieben werden (§ 232 AusstreitG.; vgl. dazu JMG. v. 6. VIII. 1874, Z. 8661<sup>1)</sup>).

3. Öffentliche und Privatschuldscheine, sowie alle übrigen Urkunden über die Forderungen des Fideikommisses sind in gerichtliche Verwahrung zu nehmen (§ 230 AusstreitG.).

4. Bei der Anlegung, Aufkündigung und Zurückzahlung der Fideikommißkapitalien sind die gesetzlichen Vorschriften über die Verwaltung des Vermögens der Minderjährigen zu beobachten<sup>2)</sup>. Das Gericht hat über die Anlegung eines Fideikommißkapitals immer den Kurator und in wichtigeren Fällen auch die nächsten Anwärter zu vernehmen. Bei unzweifelhaft erwiesener gesetzmäßiger Sicherheit kann jedoch der Antrag des Fideikommißbesizers, der von dem Kurator oder den Anwärtern verweigerten Bestimmung ungeachtet, vom Gerichte genehmigt werden (§ 231 AusstreitG.).

5. Für jedes Fideikommiß muß vom Gerichte ein Kurator bestellt werden. Das Gericht hat dabei auf den Vorschlag der Fideikommißanwärter gehörigen Bedacht zu nehmen und in Rücksicht der persönlichen Eigenschaften des Kurators die Anordnungen des ABGB. über Vormünder zu beobachten. Es kann auch einer von den Anwärtern selbst zum Kurator benannt werden. Gläubiger und Schuldner des Fideikommisses sind zu diesem Amte nicht zuzulassen (§ 227 AusstreitG.). Die Pflicht des Kurators ist eine doppelte: Er hat die Rechte der zur Erbfolge in das Fideikommiß berufenen Nachkommenschaft zu vertreten (sogenannter Postteritätskurator)<sup>3)</sup>, und er hat weiters das Fideikommiß selbst zu überwachen, d. h. darüber zu wachen, daß das Stammvermögen des Fideikommisses erhalten bleibe und sein Zustand nicht verschlimmert werde (sogenannter Fideikommißkurator)<sup>4)</sup> (§ 228 AusstreitG.). Regelmäßig steht die Vertretung der Rechte der zur Erbfolge in das Fideikommiß berufenen Nachkommenschaft und die Überwachung des Fideikommisses verschiedenen Personen zu, trotzdem § 630 ABGB. und § 227 AusstreitG. nur einen gemeinschaftlichen

<sup>1)</sup> Abgedruckt in der Manz'schen Ausgabe ad § 232 AusstreitG.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu GMRZ. 4299 (Die Verwendung von Fideikommißkapitalien zur Anschaffung eines Fideikommißschmuckes ist mit Rücksicht auf § 231 AusstreitG. und § 633 ABGB. nicht zu bewilligen).

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu G.M. 7874 (Der Fideikommißkurator kann auch ohne Ingerenz des Fideikommißbesizers in Vertretung der Nachkommenschaft mit der Beförderungsfähigkeit auftreten).

<sup>4)</sup> Vgl. hier auch G.M. 1057 (Wenn eine Realität, auf welcher Fideikommißkapitalien aushaften, exekutiv versteigert wird, so genügt die Vertändigung des Fideikommißkurators. Der Fideikommißbesizer muß nicht verständigt werden).

Kurator erwähnen<sup>1)</sup>. Der Kurator, beziehungsweise die Kuratoren, haben dem Gerichte die über Fideikommißgeschäfte abgeforderten Gutachten und Äußerungen zu erstatten (vgl. §§ 634<sup>2)</sup>, 644<sup>3)</sup> ABGB.; §§ 229<sup>4)</sup>, 231<sup>5)</sup>, 237<sup>6)</sup>, 238<sup>7)</sup>, 239<sup>8)</sup>, 249<sup>9)</sup> und 253<sup>10)</sup> AusstreitG.; § 3 G. v. 13. VI. 1868 [RWB. 61]<sup>11)</sup> (§ 228 AusstreitG.), gemeinschaftlich mit den nächsten Anwärtern an allen Prozessen Teil zu nehmen, die das Stammvermögen des Fideikommisses betreffen (§ 229 AusstreitG.), und alle pflichtwidrigen, den Fideikommißerben nachteiligen Unternehmungen des Fideikommißbesizers dem Gerichte anzuzeigen (vgl. §§ 247<sup>12)</sup>, 253<sup>13)</sup> AusstreitG.) (§ 228 AusstreitG.).

6. Endlich haben die nach § 116 JN.<sup>14)</sup> (vgl. auch §§ 50, Z. 4<sup>15)</sup>)

<sup>1)</sup> Daher sprechen sich Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 327 f. für die Bestimmung bloß eines Kurators aus. Der gleichen Ansicht wohl auch Perschke, a. a. O. 108.

<sup>2)</sup> Wenn eine der in § 633 erwähnten Veränderungen vorgenommen werden soll.

<sup>3)</sup> Wenn die Auflösung des Fideikommisses erfolgen soll.

<sup>4)</sup> Bei allen wichtigeren Fideikommißangelegenheiten.

<sup>5)</sup> Bei der Anlegung eines Fideikommißkapitals.

<sup>6)</sup> Wenn der Richter der angeführten Bewilligung zur Verschuldung des Fideikommisses keine eigens zu diesem Zwecke vorgenommene, sondern eine bei Einverlebung älterer Fideikommißschulden bereits vorchriftsmäßig aufgenommene Schätzung des Wertes des Fideikommisses zugrundelegen will.

<sup>7)</sup> Die Kuratoren können Sachverständige für die gerichtliche Schätzung, welche der Berechnung des einschuldbaren Fideikommißdrittels zugrundegelegt werden soll, in Vorschlag bringen, und es steht ihnen frei, bei der Schätzung zu erscheinen und alles, was zur richtigen Beurteilung des Wertes des Fideikommisses dienen kann, zu bemerken.

<sup>8)</sup> Über die vom Fideikommißbesizer vorgelegte Berechnung des Fideikommißdrittels und der Schulden.

<sup>9)</sup> Über die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der vom Fideikommißbesizer am Ende eines jeden Jahres vorzulegenden Ausweisung über die Berichtigung der im Laufe des Jahres verfallenen Depurationsraten.

<sup>10)</sup> Wenn eine Verlängerung der Fristen zur Bezahlung der Fideikommißschulden oder eine Wiederbehebung der bereits geleisteten Rückzahlungen bewilligt werden soll.

<sup>11)</sup> Wenn die Verschuldung eines Fideikommisses in größerem als dem durch die §§ 635—637 angenommenen Maße bewilligt werden soll.

<sup>12)</sup> „Die Fideikommißinstanz und der Kurator haben darüber zu wachen, daß die Fideikommißschuld in den festgesetzten Fristen zurückgezahlt werde“.

<sup>13)</sup> „Wenn dem Kurator bekannt wird, daß Zinsen von Fideikommißschulden oder auf dem Fideikommiße haftende Steuern durch längere Zeit unbezahlt bleiben, so hat er dieses dem Gerichte anzuzeigen“.

<sup>14)</sup> „Bei Verhandlungen in nichtstreitigen Fideikommißangelegenheiten einschließlich der Abhandlung des Fideikommißvermögens bei Todesfällen der Besizer, der Erklärung über die erfolgte Erlöschung des Fideikommisses und der Bewilligung zu dessen Auflösung hat, sofern nicht in den genehmigten Fideikommißstatuten bezüglich der einzelnen Fideikommiße eine andere Fideikommißinstanz bestimmt ist, dasjenige Kreis- oder Landesgericht einzuschreiten, vor welchem der Stifter des Fideikommisses zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte. Dagegen hat in bezug auf Fideikommiße, welche schon vor Beginn der Wirksamkeit dieses Gesetzes errichtet wurden, dasjenige Gericht einzuschreiten, welches bisher zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in nichtstreitigen Fideikommißangelegenheiten zuständig war. — Wenn das Fideikommiß durch den Tod des letzten Besizers erlischt, hat zwar die Verlassenschaftsbehörde des Verstorbenen die Abhandlung zu pflegen, die auf das Fideikommißband bezügliche Erklärung aber, daß das Fideikommiß erloschen sei, steht auch in dem

und 70, §. 1 FN.<sup>1)</sup>) in Fideikommißangelegenheiten zuständigen Gerichte von Amtswegen über die Erfüllung des Willens des Stifters und die Erhaltung des Fideikommisses<sup>2)</sup>, sowie über die Ausführung der betreffenden gerichtlichen Anordnungen zu wachen (vgl. §§ 223<sup>3)</sup>, 227<sup>4)</sup>, 230 und 231<sup>5)</sup>, 247<sup>6)</sup>, 253<sup>7)</sup>, 254<sup>8)</sup> AusstreitG. und dazu § 255 AusstreitG.<sup>9)</sup>). Die Oberaufsicht über die Fideikommißbehörden steht den Obergerichten und dem obersten Gerichtshofe zu (§ 256 AusstreitG.)<sup>10)</sup>.

Fälle, als das Fideikommißgericht nicht zugleich Abhandlungsbehörde ist, dem Fideikommißgerichte zu.“

<sup>10)</sup> Die Gerichtshöfe erster Instanz sind ausschließlich zuständig für Streitigkeiten, welche die Nachfolge in ein Fideikommiß oder andere aus dem Fideikommißverhältnisse entspringende Ansprüche betreffen.

<sup>1)</sup> „Die den Gerichtshöfen erster Instanz zugewiesenen Klagen in Fideikommißangelegenheiten gehören vor den Gerichtshof, von welchem die Gerichtsbarkeit in den nichtstreitigen Angelegenheiten des Fideikommisses in erster Instanz ausgeübt wird.“

<sup>2)</sup> Vgl. Gl. 7533 (In der Obforge für die Integrität des Fideikommisses ist das Gericht von den Anträgen der Kuratoren unabhängig). Vgl. überhaupt über die Unabhängigkeit der Fideikommißinstanz vom Kurator Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 329 f.

<sup>3)</sup> Errichtung der Fideikommißinventarien. Vgl. weiter oben S. 345 und Note 3 auf S. 345 dieses Bandes.

<sup>4)</sup> Bestellung des Fideikommißkurators. Vgl. weiter oben S. 346 dieses Bandes.

<sup>5)</sup> Versicherung des beweglichen und des unbeweglichen Fideikommißvermögens. Vgl. weiter oben S. 345 f. dieses Bandes.

<sup>6)</sup> Überwachung der rechtzeitigen Depuration der Fideikommißschulden. Vgl. weiter oben Note 12 auf S. 347 dieses Bandes.

<sup>7)</sup> Das Gericht hat, wenn es durch die Anzeige des Kurators (vgl. weiter oben Note 13 auf S. 347 dieses Bandes) oder auf andere Weise Nachricht erhält, daß Zinsen von Fideikommißschulden oder auf dem Fideikommiße haftende Steuern durch längere Zeit unbezahlt geblieben sind, den Fideikommißbesitzer zur Bezahlung der Rückstände von Amtswegen anzuhalten.

<sup>8)</sup> „Gegen Fideikommißbesitzer, welche wiederholten gerichtlichen Anordnungen über die Berichtigung der Fideikommißschulden, der Zinsen- oder Steuerrückstände nicht Folge leisten, ist die Sequestration von Amtswegen zu verhängen, und wo möglich der nächste Anwärter, der nicht von dem Fideikommißbesitzer selbst abstammt, oder der Kurator zum Sequester zu bestellen. — Auch einem Fideikommißbesitzer, welcher die Substanz eines Fideikommißgutes durch übermäßige Benützung der Waldungen oder auf andere Art durch üble Verwaltung wesentlichen Nachteilen oder Gefahren aussetzt, kann, wenn dieses durch den Befund der Sachverständigen oder andere in der Prozeßordnung gegründete Beweise dargetan wird, die Verwaltung abgenommen und für immer oder auf eine angemessene Zeit einem Sequester übertragen werden.“

<sup>9)</sup> „Über jedes Fideikommiß ist von dem Referenten ein eigenes Protokoll zu führen. In demselben sind die Anordnungen des Stifters über die Erbfolge in dem Fideikommiße, die ursprünglichen Bestandteile desselben und die damit vorgefallenen Veränderungen, die Namen der Fideikommißbesitzer, der Kuratoren und der nächsten Anwärter, die Fideikommißschulden, die zur Tilgung derselben festgesetzten Fristen, die wirklich geleisteten Zahlungen und alle Verfügungen des Gerichtes über das Fideikommiß anzumerken. — Überdies soll bei dem Gerichte ein diesem Protokolle gleichlautendes Hauptbuch über alle Fideikommiße geführt werden. Jeder Referent hat über die genaue Eintragung der ihm zugetheilten Fideikommißgeschäfte in das Hauptbuch zu wachen.“

<sup>10)</sup> Diese Gerichte „haben mit Nachdruck darüber zu wachen, daß die Fideikommißbehörden ihre Pflicht erfüllen, und im Falle einer wahrgenommenen Vernachlässigung oder Übertretung der bestehenden Vorschriften die den Umständen angemessenen Verfügungen zu treffen“ (§ 256 AusstreitG.).

## § 3.

## Die Rechte des Fideikommißbesizers.

Im Anschlusse an die ältere Theorie bezeichnet auch § 629 ABGB. das Eigentum des Fideikommißvermögens als ein geteiltes. Und zwar sei das Eigentum des Fideikommißvermögens zwischen allen Anwärtern, d. h. den eventuell zur Nachfolge in das Fideikommiß berufenen Mitgliedern der Familie, und dem jedesmaligen Fideikommißbesitzer geteilt. Jenen komme das Obereigentum allein, diesem aber auch das Nutzungseigentum zu. Allein diese theoretische Konstruktion<sup>1)</sup> ist, auch abgesehen von der Unhaltbarkeit der Theorie vom geteilten Eigentum, nicht durchführbar. Denn von einem Miteigentum (gemeinschaftlichem Obereigentum) aller Anwärter kann bezüglich des Obereigentums arg. 361 ABGB. nicht gesprochen werden; der Begriff des Gesamteigentums aber ist unserem Rechte fremd, und ein Alleinobereigentum der Familie kann trotz § 849 ABGB. nicht konstruiert werden, da die Familie keine juristische Person ist, übrigens auch nicht alle Mitglieder der Familie Anwärter sind. Auch die Ansicht, daß die Gesamtheit aller Anwärter eine juristische Person bilde, und dieser juristischen Person das sogenannte Obereigentum zustiehe<sup>2)</sup>, ist nicht haltbar. Denn einerseits steht das Obereigentum auch dem Fideikommißinhaber zu; andererseits machen die Anwärter die ihnen als solchen zustehenden Rechte proprio nomine, nicht namens einer juristischen Person geltend.

Auch vom Standpunkte unseres Rechtes muß daher trotz der Bestimmung des § 629 der jeweilige Fideikommißbesitzer als Alleineigentümer angesehen werden, allerdings als ein Eigentümer, der durch die Pflicht, das Fideikommißgut ungeschmälert für die zur Succession berufene Nachkommenschaft zu erhalten, und durch die im Gesetze anerkannten Rechte der Anwärter auf das Fideikommiß beschränkt ist. Sein Recht ist also ein einerseits zeitlich, d. i. auf seine Lebensdauer, andererseits durch das Recht der Anwärter und durch die Unveräußerlichkeit des Fideikommißgutes auch inhaltlich beschränktes, unveräußerliches Eigentumsrecht<sup>3)</sup>. Das Recht der Anwärter aber ist ein dinglich gesichertes, unentziehbares Anwartschaftsrecht.

Kraft Gesetzes ist nun der Inhalt des Rechtes des Fideikommißbesizers folgender:

<sup>1)</sup> Vgl. über diese Konstruktion und zum folgenden überhaupt Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 319 ff.; dief., Exkurs 2, 219 ff.

<sup>2)</sup> Diese Ansicht wird insbesondere vertreten von Pfaff und Hofmann, a. a. O. Für sie auch Hofmann, im Art. „Fideikommiße“, im OstStWB.; Burckhard, System des österreichischen Privatrechtes 2, 101 (Note 8).

<sup>3)</sup> Als zeitliches Eigentum bezeichnen das Recht des Fideikommißbesizers auch Krasnopolski, in Grünhutsz. 12, 495 ff.; Randa, Das Eigentumsrecht 3 (Note 35); Krainz 1, 559; Pfersche, a. a. O. 108.



Da der Fideikommißbesitzer beschränkter Eigentümer des Fideikommisses ist, so wird er als Eigentümer, allerdings als durch das Fideikommißband beschränkter Eigentümer, in die öffentlichen Bücher eingetragen, wenn Objekte der öffentlichen Bücher Gegenstand des Fideikommisses sind. Kraft seines Eigentumsrechtes gebühren ihm ferner die freie Verwaltung und Bewirtschaftung des Fideikommissgutes, sowie überhaupt die Rechte des sogenannten Nutzungseigentümers (§ 631). Daher erwirbt er das Eigentum an den Früchten des Fideikommissgutes durch die bloße Separation. Ihm gehören alle ordentlichen und außerordentlichen Nutzungen sowohl aus dem Fideikommissgute, als auch aus dessen Zuwachse<sup>1)</sup> (§ 631). Da er über die Nutzungen des Fideikommisses frei verfügen kann, so ist er auch berechtigt, das Fideikommissgut für die Dauer seines Besitzes zu vermieten oder zu verpachten. Als einem Nutzungseigentümer gebührt ihm die Hälfte des auf den Grundeigentümer fallenden Anteils an einem im Fideikommissgute gefundenen Schätze zum freien Eigentum und beschränktes Eigentum an der anderen Hälfte (H.R.D. v. 16. VI. 1846 [J.G.S. 970])<sup>2)</sup>. Er übt alle mit dem Eigentume am Fideikommissgute verbundenen Rechte, die sogenannten Realrechte (z. B. das dingliche Patronatsrecht), aus. Werden mit dem Eigentume am Fideikommiss verbundene Realrechte entgeltlich abgelöst, so tritt das Ablösungskapital an die Stelle dieser Realrechte. Das Kapital wird ein Fideikommissjurrogatkapital für die vom Fideikommiss abgetrennten Rechte, und dem Fideikommißbesitzer steht der Genuß dieses Kapitals zu<sup>3)</sup>. Der Fideikommißbesitzer ist zur Anstellung der actio negatoria bezüglich einer zum Fideikommiss gehörigen Sache legitimiert. Der Fideikommißbesitzer trägt aber auch alle auf dem Fideikommissgute haftenden Lasten<sup>4)</sup> (§ 631 A.B.G.B.; § 226 AusstreitG.)<sup>5)</sup>.

<sup>1)</sup> Zuwachs ist auch der Gewinn eines zum Fideikommiss gehörigen verlosbaren Wertpapiers. Daher hat der Fideikommißbesitzer nur auf die Nutzungen dieses Gewinnes Anspruch. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 533; Stubenrauch 1, 833 (Note 1); Krauz 1, 562 (Note 1); Pfersche a. a. O. 108; Gll. 7533, 14448 (Der Gewinn von Losen, die zum Fideikommisskapital gehören, wird Fideikommisskapital); Gll. 4341, 12374 (Die Prämie, die auf eine verlorste Grundentlastungsobligation entfällt, ist Zuwachs, nicht Nutzung des Fideikommissvermögens). Vgl. hier ferner auch Gll. 357 (Das für ein Fideikommissgut entfallende Grundentlastungskapital dient zu der infolge der Grundentlastung notwendig gewordenen Vermehrung des fundus instructus und ist nicht als Fideikommisskapital anzulegen, weil es kein Zuwachs ist) und Gll. 4341 (Der Kursgewinn beim Einkaufe einer neuen Grundentlastungsobligation für die verlorste alte gehört zum Stammvermögen).

<sup>2)</sup> Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 332; Stubenrauch 1, 833; Krauz 1, 560 (Note 18).

<sup>3)</sup> Über die hierher gehörige Frage der Behandlung der für ein Fideikommiss ermittelten Grundentlastungskapitalien vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 345 ff.; Stubenrauch 1, 835 f. (Note 2); Gll. 357 (exzerpiert in Note 1 auf dieser Seite).

<sup>4)</sup> Vgl. hier aber auch Gll. 12652 (Die Kosten des Umtausches von Fideikommissobligationen treffen nicht den Fideikommißbesitzer).

<sup>5)</sup> Zu § 226 AusstreitG. vgl. weiter unten S. 370 und Note 3 auf S. 370 f. dieses Bandes.

Aus der Pflicht des Fideikommißbesizers, das Fideikommissgut für die zur Sukzession berufene Nachkommenschaft in dem übernommenen Zustande zu erhalten, folgt:

1. daß der Fideikommißbesitzer das Fideikommissgut, wie ein guter Haushalter, zu erhalten, daher für jede durch sein Verschulden herbeigeführte Verminderung oder Verschlimmerung der Substanz zu haften hat<sup>1)</sup> (§ 631). Wenn der Fideikommißbesitzer durch übermäßige Benutzung der Waldungen oder auf andere Art durch üble Verwaltung die Substanz des Fideikommissgutes wesentlichen Nachteilen oder Gefahren aussetzt, und dies durch den Befund der Sachverständigen oder andere in der Prozeßordnung gegründete Beweise dargetan wird, so kann ihm die Verwaltung abgenommen und für immer oder auf eine angemessene Zeit einem Sequester übertragen werden (§ 254, Abs. 2 AusstreitG.)<sup>2)</sup>.

2. daß der Fideikommißbesitzer zu Verfügungen über die Substanz des Fideikommissgutes nicht berechtigt ist (§ 631), und zwar weder zu tatsächlichen, noch zu juristischen. Zur Verwandlung unbeweglichen Fideikommissgutes in ein Kapital<sup>3)</sup>, zum Tausche von Fideikommissgrundstücken gegen andere<sup>4)</sup>, zur Verleihung von Fideikommissgrundstücken gegen angemessene Zinsen, sowie zur Überlassung von Fideikommissgrundstücken in Erbpacht bedarf der Fideikommißinhaber der Genehmigung des kompetenten Gerichtes. Dieses muß alle bekannten Anwärter oder, wenn sie minderjährig oder abwesend sind, ihre Kuratoren, dann den Kurator des Fideikommisses und der Nachkommenschaft vernehmen, die Wichtigkeit der Gründe beurteilen und insbesondere bei Bewilligung der Zerstückung der Grundstücke dafür sorgen, daß das gesetzlich vorgeschriebene Maß beobachtet werde. Das dabei bedungene Entgelt wird als ein Fideikommisskapital angelegt (§§ 633,

<sup>1)</sup> Vgl. hiezu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 334.

<sup>2)</sup> Vgl. über diese amtswegige Sequestration weiter unten Note 1 auf S. 353 und Note 3 auf S. 359 dieses Bandes.

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu § 637: „Der Wert eines Fideikommissgutes . . . wird . . . wenn es . . . zu Geld gemacht werden soll, durch öffentliche Versteigerung bestimmt“; und Gll.Nr. 4063 (Die Umwandlung in ein Geldfideikommiß kann nur durch öffentliche Versteigerung, nicht durch Verkauf des Fideikommissgutes aus freier Hand erfolgen). Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 357 wollen dem Richter die Befugnis einräumen, bei Vorliegen gewichtiger Gründe auch eine Veräußerung aus freier Hand zu bewilligen.

<sup>4)</sup> Vgl. hiezu § 637: „Der Wert eines Fideikommissgutes, wenn es veräußert . . . werden soll, wird durch die gerichtliche Schätzung . . . bestimmt.“ — Unter die Regeln der §§ 633 und 634 fällt der Umtausch von Fideikommissgrundstücken gegen andere nur dann, wenn die Differenz der Schätzwerte der Fideikommissgrundstücke und der einzutauschenden Immobilien eine unerhebliche ist (so auch Gll. 7750, 12849; Gll.Nr. 2184). Auf die Flächenmaße kommt es nicht an (so auch Gll. 12849, 14832). Darüber, daß auch auf den „Erwerb und die Veräußerung von Grundstücken beinahe gleichen Wertes, welche annähernd in die gleiche Zeitperiode fallen und im wirtschaftlichen Sinne als Umtausch erscheinen“, die Regeln der §§ 633 und 634 Anwendung finden, vgl. weiter oben Note 8 auf S. 344 dieses Bandes.



634)<sup>1)</sup>. Eine Veräußerung des Fideikommißgutes, ohne daß der Erlös die Eigenschaft eines Fideikommißkapitals erhalte, ist nur unter denselben erschwerenden Bedingungen zulässig, denen die Auflösung des Fideikommisses unterliegt (§ 644); d. h. es ist die Einwilligung aller Anwärter, die durch ein Edikt vorzuladen sind, die Einvernehmung des Kurators der Nachkommenschaft und die gerichtliche Bewilligung erforderlich. Jede ohne Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften (§§ 634, 644) erfolgte Veräußerung von Fideikommißgut ist nichtig und daher weder für den Fideikommißbesitzer, noch für seine Nachfolger bindend, soweit nicht dem Erwerber seine bona fides, beziehungsweise das Publizitätsprinzip zu statten kommt<sup>2)</sup>.

3. Dingliche Rechte am Fideikommißgute können von dem Fideikommißbesitzer nur als zeitlich beschränkte bestellt werden<sup>3)</sup>, d. h. so, daß sie mit seinem Rechte erlöschen, es wäre denn, daß die Fideikommißqualität des Gutes im öffentlichen Buche nicht eingetragen und der Erwerber des dinglichen Rechtes bezüglich der zeitlichen Beschränkung des Rechtes des Auktors im guten Glauben war (§§ 468, 527).

Was speziell die Verpfändung des Fideikommisses anlangt, so ist zu unterscheiden:

I. Auf dem Fideikommißgute aus der Zeit der Errichtung des Fideikommisses haftende Schulden erleiden durch die Fideikommißerrichtung keine Änderung<sup>4)</sup>. Doch ist der Fideikommißbesitzer dem Fideikommiße gegenüber zu ihrer allmählichen Tilgung nach den Vorschriften über die Tilgung von Fideikommißschulden (vgl. weiter unten sub II B) verpflichtet (§ 250 AusstreitG.). Ausgenommen von dieser Verpflichtung sind Unterhaltsgelder und andere auf die Lebenszeit bestimmter Personen beschränkte, von Zeit zu Zeit wiederkehrende, sowie solche fortlaufende Zahlungen, die der Fideikommißstifter selbst für beständig angeordnet hat (§ 250 AusstreitG.).

II. Unlangend spätere Schulden ist wiederum zu unterscheiden:

A. Soweit und solange der Fideikommißbesitzer die Früchte des Fideikommißgutes einzusammeln oder zu beziehen berechtigt ist, insoweit und für so lange kann er sie auch verpfänden. Hierzu bedarf er keiner besonderen

<sup>1)</sup> Zu den §§ 633 und 634 überhaupt vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 338 ff.; dief., Exkurs 2, 243 ff.; Stubenrauch 1, 835 (Note 2).

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch § 1474: „Die Eigenschaft eines Familienfideikommisses . . . geht nur durch einen frei eigentümlichen Besitz von vierzig Jahren verloren.“ Hierzu und zu der Rechtslage bei unrechtmäßiger Veräußerung eines Fideikommißgutes überhaupt vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 343 ff.; Stubenrauch 1, 832 und Note 2; 2, 924 f.; Krainz 1, S. 563 und Note 8, 569; Pfersche, a. a. O. 109.

<sup>3)</sup> Vgl. aber Krainz 1, 563.

<sup>4)</sup> Zu ihrer Hereinbringung kann auch exekutiver Verkauf des Fideikommißgutes erfolgen. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 318; Stubenrauch 1, 821 (Note 2); Krainz 1, 566.

Bewilligung (§ 632). Aber auch ein Pfandrecht am Fideikommißgute selbst, das der Fideikommißinhaber einräumt, oder das gegen ihn erworben wird, ist nur so lange, wie das Recht des betreffenden Fideikommißinhabers dauert, und nur bezüglich der Früchte, die dieser zu beziehen oder einzusammeln berechtigt ist, wirksam; m. a. W.: ein vom Fideikommißbesitzer am Fideikommiße bestelltes Pfandrecht ergreift nur die Früchte des Fideikommisses, so weit sie ihm gebühren, und Gläubiger des Fideikommißbesizers können nur in die Früchte des Fideikommißgutes und nur, soweit sie ihrem Schuldner gebühren, durch Zwangsverwaltung Exekution führen (§§ 632, 642 ABGB.; §§ 97, Abs. 2, 109 EO.)<sup>1)</sup>.

B. Eine besondere Behandlung erfahren die sogenannten Fideikommißschulden im eigentlichen Sinne<sup>2)</sup>. Unter Fideikommißschulden im eigentlichen oder technischen Sinne sind jene von einem Fideikommißbesitzer kontrahierten, auf das Fideikommißgut sichergestellten<sup>3)</sup> Schulden zu verstehen, welche das Fideikommißgut als solches belasten, daher auch den Fideikommißnachfolger als solchen verpflichten, auch diesem gegenüber vom Gläubiger durch Exekution in die Früchte des Fideikommisses geltend gemacht werden können und von jedem Fideikommißbesitzer dem Fideikommiße gegenüber in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise aus den Einkünften des

<sup>1)</sup> Über das Verhältnis der exekutiven Zwangsverwaltung zur amtswegigen Sequestration (§ 254 AusstreitG.) vgl. Krainz 1, 568 (Note 2), der meint: „Wird die exekutive Zwangsverwaltung von einem Gläubiger eingeleitet, so ruht die offiziöse Sequestration bis zu ihrer Einstellung“; ferner die richtigen CC. G.M.N.F. 3103 (Dieser Entscheidung lag folgender Fall zugrunde: Von einem Gläubiger des Besizers eines amtswegig sequestrierten Fideikommißgutes wurde um die Bewilligung der Zwangsverwaltung der seinem Schuldner zustehenden Nutzungen und Einkünfte des Fideikommißgutes angefragt. Der OGH. bewilligte die Zwangsverwaltung und sprach aus, daß der von der Fideikommißbehörde bereits bestellte amtliche Sequester bei der Führung der amtswegigen Sequestration unbeschadet des Zweckes und Erfolges derselben auf die dem betreibenden Gläubiger bewilligte Zwangsverwaltung entsprechende Rücksicht zu nehmen haben werde, und daß daher die Bestellung eines besonderen Zwangsverwalters entfallen. In der Begründung bezeichnete der OGH. sowohl die Ansicht, daß die amtswegige Sequestration im Sinne des § 254 AusstreitG. die Exekution durch Zwangsverwaltung unbedingt ausschließe, als auch die Meinung, daß die zugunsten eines Privatgläubigers bewilligte Zwangsverwaltung vor der amtswegigen Sequestration den Vorrang habe und die letztere während der Zwangsverwaltung ruhen müsse, als unrichtig) und G.M. 3951 (Zulässigkeit der Exekution auf Pfändung mehrerer dem verpflichteten Fideikommißbesitzer gegen mehrere Drittschuldner zustehenden Kaufschillingforderungen für aus den Fideikommißwaldungen verkauftes Holz trotz amtswegiger Sequestration des Fideikommißgutes). Vgl. hier auch G.M.N.F. 234 und dazu Schubert-Soldern, Die Zwangsverwaltung und die Verwahrung und Verwaltung nach Exekutionsrecht 180 f. (Note 8). Vgl. hier schließlich auch die Begründung zu G.M.N.F. 5152 (ergänzt weiter unten in Note 3 auf S. 359 dieses Bandes).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu vor allem Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 347 ff.; dief., Exkurs 2, 246 ff.

<sup>3)</sup> Nach Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 350 (vgl. auch dief., Exkurs 2, S. 186 ff., 219 ff., 259 ff.) ist die pfandrechtliche Sicherstellung bei Fideikommißschulden zwar die faktische Regel, für das Wesen der Fideikommißschuld aber nicht wesentlich. Ebenso Stubenrauch 1, 842 (Note 3).

Fideikommisses getilgt werden müssen<sup>1)</sup>. Solche Fideikommissschulden können nur unter mehrfachen Beschränkungen kontrahiert werden:

a) Der Regel nach, wie sie § 635 aufstellt, kann der Fideikommissbesitzer das Fideikommiß nur bis zu einem Drittel seines nach Vorschrift des § 637 ABGB.<sup>2)</sup> und der §§ 237—239 AusstreitG.<sup>3)</sup>, also durch gerichtliche Schätzung<sup>4)</sup>, erhobenen Wertes einschulden oder, wenn das Fideikommiß in Kapitalien besteht, ein Drittel davon erheben, beides ohne Rücksicht auf eine entgegenstehende Bestimmung in der Errichtungsurkunde<sup>5)</sup>. Nur ausnahmsweise, d. h. wenn eine solche Verschuldung zur Erhaltung des Fideikommissgutes unabweislich notwendig ist, kann die Verschuldung eines Fideikommisses in einem größeren als dem durch die §§ 635—637 zugelassenen Maße bewilligt werden (§ 3 G. v. 13. VI. 1868 [RWB. 61]).

b) Zur Aufnahme einer eigentlichen Fideikommissschuld bedarf der Fideikommissbesitzer in allen Fällen der gerichtlichen Genehmigung<sup>6)</sup>. Diese

<sup>1)</sup> Über das Wesen der Fideikommissschulden vgl. insbesondere Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 350 f.; diej., Exkurse 2, 259 ff.

<sup>2)</sup> „Der Wert eines Fideikommissgutes, wenn es . . . verschuldet werden soll, wird durch die gerichtliche Schätzung . . . bestimmt.“ Hierzu vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 356 ff.

<sup>3)</sup> „Der Wert des Fideikommisses muß bei der Berechnung des Drittheiles durch eine eigens zu diesem Zwecke vorgenommene gerichtliche Schätzung erwiesen werden. Jedoch bleibt dem Ermessen des Richters nach Vernehmung des Fideikommisskurators und der nächsten Anwärter überlassen, eine bei Einverleibung älterer Fideikommissschulden bereits vorschriftsmäßig aufgenommene Schätzung der Bewilligung zur weiteren Verschuldung des Fideikommisses zum Grunde zu legen“ (§ 237 AusstreitG.). — „Bei einer gerichtlichen Schätzung, welche der Berechnung des Fideikommissdrittheiles zum Grunde gelegt werden soll, sind die Sachverständigen von dem Fideikommissbesitzer, dann von dem Kurator und den nächsten Anwärtern in Vorschlag zu bringen und von dem Gerichte nach den für Streitfachen erteilten Vorschriften zu benennen. Dem Fideikommissbesitzer, dem Kurator und den Anwärtern steht frei, bei der Schätzung zu erscheinen und alles, was zur richtigen Beurteilung des Wertes des Fideikommisses dienen kann, zu bemerken. Zu diesem Ende muß ihnen die Zeit, zu welcher die Schätzung vorgenommen werden wird, von dem Gerichte bekannt gemacht werden. — Liegen unbewegliche Güter unter der Realgerichtsbarkeit einer anderen Behörde, so ist das Schätzungsgesuch bei der Fideikommissinstanz zu überreichen, von dieser an die Realinstanz zu befördern und der letzteren über Namen und Wohnort des Kurators und der nächsten Anwärter Auskunft zu erteilen“ (§ 238 AusstreitG.). — „Über die von dem Fideikommissbesitzer vorgelegte Berechnung des Fideikommissdrittheiles und der Schulden kann das Gericht nach Gutbefinden den Kurator und die nächsten Anwärter einvernehmen“ (§ 239 AusstreitG.).

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Gll. 13172 (Das Gericht ist an die Schätzung gebunden. Es kann die aus der Schätzung sich ergebende Berechnung des onerierungsfähigen Drittels nicht ermäßigen).

<sup>5)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 353 f.; Stubenrauch 1, 837 (Note 3); Pfersche, a. a. O. 109; Gll. 3797 (Rückwirkende Kraft des § 635 als einer Vorschrift absoluten Charakters. Entkräftung des in einer älteren Fideikommissstiftung getroffenen Einschuldungsverbotes durch diese Bestimmung des ABGB.).

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu Gll. 8585 (Die Fähigkeit zur Belastung des Fideikommisses durch Darlehensaufnahme im Auslande ist nach § 4 ABGB. zu beurteilen). Vgl. hier auch Gll. 3543 (Auch der durch Verzicht der nächstberufenen Anwärter zur Sukzession gelangte Fideikommissbesitzer ist zur Onerierung befugt).

wird, wenn das Fideikommiß nur innerhalb der im § 635 festgesetzten Grenze (bis zu einem Drittel) eingeschuldet werden soll, durch die ordentliche Fideikommissbehörde erteilt. Eine Einwilligung der Anwärter oder des Kurators ist hier nicht erforderlich<sup>1)</sup> (§ 635). Doch kann das Gericht den Kurator und die nächsten Anwärter über das Einschuldungsgesuch des Fideikommissbesizers vernehmen (arg. § 239 AusstreitG.).<sup>2)</sup> Dem Gerichte steht vor Erteilung der Bewilligung wohl eine causae cognitio in der Richtung zu, ob hinreichende Gründe zur Einschuldung vorhanden sind. Das Gericht kann also die angesuchte Genehmigung auch verweigern<sup>3)</sup>. Gegen die Verweigerung der Genehmigung steht dem Fideikommissbesitzer, gegen die ohne hinreichende Gründe erfolgte Genehmigung der Einschuldung steht den nächsten Anwärtern der Rekurs an die höhere Instanz offen. Soll das Fideikommissgut in größerem Maße, als § 635 gestattet, eingeschuldet werden, so steht die Erteilung der Bewilligung nach Einvernehmung der Fideikommisskuratoren und aller bekannten Anwärter dem obersten Gerichts- und Kassationshofe zu (§ 3 G. v. 13. VI. 1868 [RWB. 61]). Hier ist der OGH. erste und einzige Instanz.

Die Bewilligung zur Einschuldung des Fideikommisses kann nur von dem Fideikommissbesitzer, nicht aber von dessen Gläubigern angefordert werden. Ist sie jedoch dem Fideikommissbesitzer vom Gerichte bereits erteilt und das Fideikommiß durch einen in gehöriger Form ausgestellten Schuldschein ausdrücklich verpfändet worden, so steht dem Gläubiger frei, die Einverleibung der Forderung selbst zu erwirken (§ 233 AusstreitG.).

Die erteilte Bewilligung<sup>4)</sup> gilt nur für den Fideikommissbesitzer, der

<sup>1)</sup> Vgl. Gll. 6253.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 348 f.

<sup>3)</sup> So auch Zeiller, Kommentar 2, 558; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 349; diej., Exkurse 2, 253 ff.; Krainz 1, 564 (Note 11); Pfersche, a. a. O. 110; Gll. 3382, 15530. Dagegen nehmen ein unbedingt, nur dem Umfange nach beschränktes Einschuldungsrecht des Fideikommissbesizers an: Gärtner, Über Fideikommissschulden, in Pratoberas Mat. 2, 199 ff.; Stubenrauch 1, 837 (Note 3); und wohl auch Gll. 13172. — Darüber, was als hinreichender Grund zur Einschuldung anzusehen ist, vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 353; Pfersche, a. a. O. 110 (wenn „wirtschaftlicher Fortschritt einen größeren Aufwand zur Erhöhung der Nutzungen notwendig“ macht, oder wenn „persönliche Schicksale und standesmäßige Repräsentation [Krankheit, Versorgung von Kindern] einen einmaligen größeren Aufwand“ erfordern); Gll. 3382 (Die Wiederherstellung des zerrütteten Mobilvermögens ist kein genügender Grund zur Einschuldung); Gll. 15530 (Die Einrichtung eines standesgemäßen Haushaltes, die Versorgung der Gattin sind hinreichende Gründe zur Einschuldung).

<sup>4)</sup> „Der Bescheid, wodurch die Verpfändung des Fideikommisses bewilligt wird, muß sowohl den Betrag der Schuld als der jährlichen Rückzahlungen in bestimmten Summen angeben, und wenn der Fideikommissgüter mehrere sind, die Summe festsetzen, welche auf jedes derselben vertheilt werden darf. — Der Bescheid ist dem Kurator und den nächsten Anwärtern auch dann zuzustellen, wenn sie über das Gesuch des Fideikommissbesizers nicht vernommen worden sind“ (§ 241 AusstreitG.). Hierzu vgl. Gll. 10801 (Die Einschuldungsbewilligung erstreckt sich auch auf die Sicherstellung einer Kaution für die Nebenverbindlichkeiten der Fideikommissschuldb.). — Vgl.

sie angefordert hat, und dem sie erteilt wurde. Sie geht weder auf dessen Allodialerben (d. h. diejenigen, die in das frei vererbliche Vermögen sukzedieren), noch auf den Fideikommißnachfolger über, wenn der Fideikommißbesitzer verstorben ist, bevor er die Schuldburkunde über das empfangene Darlehen in gehöriger Form mit Verpfändung des Fideikommißes ausgestellt, also das Pfandrecht wirklich eingeräumt, oder die Fideikommißkapitalien wirklich erhoben hat (§ 234 AusstreitG.).

Die gerichtliche Bewilligung trägt stillschweigend die Klausel: *rebus sic stantibus in sich*, weshalb sie erlischt, wenn nach der Zeit ihres Ansuchens eine neue Schuld auf das Fideikommiß oder dessen Früchte verpfändet worden ist. In diesem Falle ist die gerichtliche Genehmigung zur Bestellung einer Hypothek auf das Fideikommiß neuerlich anzufuchen (§ 244 AusstreitG.).

Soll das Fideikommißgut nur bis zu einem Drittel des Wertes eingeschuldet werden, so ist mit dem Gesuche um Erteilung der gerichtlichen Bewilligung eine genaue, nach Vorschrift des § 636 ABGB.<sup>1)</sup>, sowie der §§ 240<sup>2)</sup> und 243<sup>3)</sup> AusstreitG.<sup>4)</sup> verfaßte Berechnung des einschuldbaren Fideikommißdrittels und der auf dem Fideikommißgute haftenden

hier ferner auch § 245 AusstreitG.: „Die Bewilligung zur Verpfändung des Fideikommißes kann nie für sich allein in die öffentlichen Bücher eingetragen, sondern nur in Rücksicht einer bestimmten Forderung und mit dem Schuldscheine zugleich einverleibt werden“; endlich § 246 AusstreitG.: „Das Gesuch um Einverleibung der Fideikommißschuld ist immer bei der Fideikommißinstanz zu überreichen und von dieser, wenn ihr über das Gut die Führung des Grundbuchs nicht zusteht, an die Landtafel- oder Grundbuchsbehörde zu befördern“ (§ 246 AusstreitG.).

<sup>1)</sup> „In dieses Drittel sind alle, unter was immer für einem Namen, auf dem Fideikommißgute haftende Lasten dergestalt einzurechnen, daß zwei Dritteile ganz frei bleiben.“

<sup>2)</sup> „Die Berechnung der Schulden muß klar zeigen, wieviel die auf dem Fideikommißgute haftenden, von dem gegenwärtigen Besitzer, seinen Vorfahren, oder dem Fideikommißstifter selbst herrührenden Schulden mit Einschluß der von dem letzteren etwa angeordneten und auf dem Fideikommiße haftenden Stiftungen oder andere Vermächtnisse zusammen genommen betragen und wieviel nach Abzug dieser Summe an dem dritten Teile des Fideikommißwertes noch unbelastet ist. Lebenslängliche Pensionen und andere auf ungewisse Zeit, oder für beständig angeordnete fortlaufende Zahlungen werden zu fünf vom Hundert zu Kapital angeschlagen. — Jede Schuld wird in dem Betrage angelegt, in welchem sie zur Zeit des Onerierungsgesuchs berichtigt werden könnte. Ist also eine Zahlung in Staatsschuldverschreibungen oder in einer anderen Währung zu leisten, als in welcher die Schätzung des Gutes aufgenommen ist, so wird die Schuld nach dem letzten Wertsenkurse berechnet.“

<sup>3)</sup> „Die nur für die Lebenszeit des Besitzers auf die Früchte des Fideikommißgutes versicherten Schulden sind bei Berechnung des Fideikommißdrittels nicht in Anschlag zu bringen. — Wenn jedoch diese Schulden der Verzinsung und vorgeschriebenen allmählichen Rückzahlung der Fideikommißschuld hinderlich sein würden, so hat eine Verpfändung des Fideikommißes nur insoweit statt, als für die vorchriftsmäßigen Rückzahlungen an der Fideikommißschuld und die Berichtigung der Zinsen Sicherheit geleistet wird. — Auch sind bei Behebung des Drittels von einem Geldfideikommiße die jährlichen Rückzahlungen durch Pfandrecht auf die Zinsen der übrigen zwei Dritteile zu versichern.“

<sup>4)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 354 ff.; Stubenrauch 1, 839 (Note 2).

Schulden, und zwar für jedes Fideikommißgut oder Fideikommißkapital abgefordert, vorzulegen (§§ 235, 236 AusstreitG.).

c) Die Obsorge für die allmähliche Tilgung der Fideikommißschulden (Depurationspflicht). Rücksichtlich der Fideikommißschulden müssen zwei Verhältnisse unterschieden werden, welche das Gesetz als das Verhältnis zum Fideikommiße und als das Verhältnis zum Fideikommißgläubiger auffaßt.

a) Das Verhältnis zum Fideikommiße. Der Besitzer eines verpfändeten oder eines im Kapital verminderten Fideikommißes hat die auf diesem haftenden eigentlichen Fideikommißschulden — ausgenommen „Unterhaltsgelder und andere auf die Lebenszeit bestimmter Personen beschränkte, von Zeit zu Zeit wiederkehrende Zahlungen“ (§ 250 AusstreitG.) — durch allmähliche Rückzahlung zu tilgen; d. h. er ist kraft objektiver Rechtsvorschrift verpflichtet, das Fideikommiß allmählich von den auf ihm haftenden eigentlichen Fideikommißschulden zu befreien, beziehungsweise das verminderte Fideikommißkapital allmählich wieder auf seine ursprüngliche Höhe zu ergänzen. Die Tilgung der Fideikommißschulden erfolgt in erster Linie nach der darüber bei der Bewilligung zur Verpfändung des Fideikommißes getroffenen gerichtlichen Verfügung<sup>1)</sup> (§ 241 AusstreitG.), in Ermangelung einer solchen nach dem Gesetze. Nach dem Gesetze sind die Rückzahlungen so bestimmt, daß nebst den an den Gläubiger zu zahlenden Zinsen jährlich mindestens fünf vom Hundert an der Schuld, d. h. jährlich 5% von dem ursprünglichen, nicht von dem jeweilig noch aushaftenden Betrage der Schuld (§ 248 AusstreitG.) getilgt werden (§ 638). Nur aus erheblichen Ursachen kann dem Fideikommißbesitzer eine Verlängerung der Fristen zur Tilgung der Fideikommißschulden bewilligt werden. Dieser Bewilligung muß die Vernehmung des Kurators und der nächsten Anwärter vorangehen. Doch ist das Gericht an deren Votum nicht gebunden, kann vielmehr, auch wenn dieses Votum ablehnend lautet, dem Fideikommißbesitzer aus besonders wichtigen Gründen die Rückzahlung für eine bestimmte Zeit ganz oder zum Teile, und unbedingt oder gegen Erhöhung der Zahlungen in den nächstfolgenden Jahren erlassen (§ 638 ABGB.; § 252 AusstreitG.).

Über die Erfüllung der dem Fideikommißbesitzer obliegenden Depurationsverpflichtung haben das Fideikommißgericht und der Kurator zu wachen (§ 247 AusstreitG.). Der Fideikommißbesitzer muß daher am

<sup>1)</sup> Das Gericht kann also auch größere Depurationsraten als die gesetzlichen festsetzen. Nach Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 358 (ebenso Stubenrauch 1, S. 840 [Note 1], 842) gelten aber diese größeren Depurationsraten nicht für den Nachfolger, für den vielmehr die 5% des § 638 „ein ganz festes Maß“ seien.

Ende eines jeden Jahres nach Vorschrift der §§ 248<sup>1)</sup> und 249<sup>2)</sup> AusstreitG. Ausweise über die Berichtigung der im Laufe des Jahres verfallenen Rückzahlungen (Raten) dem Gerichte vorlegen. Das Gericht hat von Amtswegen über die Vorlage dieser Ausweise zu wachen (§ 251 AusstreitG.<sup>3)</sup>). Dabei ist zu unterscheiden: Erfolgt die Rückzahlung an die Gläubiger, so sind die geleisteten Rückzahlungen durch Quittungen der Gläubiger oder durch Nachweis der Löschungen an der Fideikommißschuld in den öffentlichen Büchern auszuweisen. Wenn aber im Laufe des Jahres Zahlungen an die Gläubiger nicht oder nicht in diesem Betrage zu erfolgen haben, so hat der Fideikommißbesitzer zu Händen des Fideikommisses den zur vorgeschriebenen Tilgung der Fideikommißschulden erforderlichen, beziehungsweise den restlichen Betrag zu Gericht zu erlegen und sich hierüber durch Depositen Scheine auszuweisen (§ 249 AusstreitG.). Aus dem zu Gericht erlegten Betrage wird bei Eintritt der Fälligkeit der Schuld dem Gläubiger gegenüber an diesen die Zahlung geleistet.

Will der Fideikommißbesitzer von den geleisteten Rückzahlungen einen Betrag zu seinem Gebrauche wieder erheben, so kann ihm hiezu die Bewilligung vom Gerichte, aber nur aus erheblichen Gründen und nach Vernehmung des Kurators und der nächsten Anwärter erteilt werden. Das Gericht ist auch hier an das Votum des Kurators und der nächsten Anwärter nicht gebunden. Die Tilgung des wieder erhobenen Betrages muß

<sup>1)</sup> „Der Besitzer eines verpfändeten oder im Kapitale verminderten Fideikommisses hat dem Gerichte am Ende eines jeden Jahres eine vollständige Ausweisung über die Berichtigung der im Laufe desselben verfallenen Rückzahlungen zu überreichen. Darin ist zunächst die ganze Fideikommißschuld nach dem Fideikommißinventar und den Auszügen aus den öffentlichen Büchern oder dem Depositenextrakte anzugeben; sodann der Betrag sämtlicher auf das verflossene Jahr entfallener Rückzahlungen nach den darüber bei der Verpfändung des Fideikommisses oder Erhebung der Kapitalien getroffenen gerichtlichen Verfügungen zu berechnen. Hat der Fideikommißbesitzer an einzelnen Schulden mehr abgetragen, als er gegen das Fideikommiß verpflichtet war, für das verflossene Jahr daran zu bezahlen, so kann er sich den Ueberschuß bei anderen Schuldposten, oder in den folgenden Jahren zu gut rechnen. Immer sind aber die Rückzahlungen nach dem ursprünglichen Betrage aller auf das Fideikommiß versicherten und noch nicht ganz getilgten Forderungen, nicht nach der Summe zu berechnen, welche daran zur Zeit der überreichten Ausweisung noch übrig ist.“

<sup>2)</sup> „Die geleisteten Zahlungen hat der Fideikommißbesitzer durch Depositen Scheine oder Quittungen darzutun, und wenn in den öffentlichen Büchern einverleibte Forderungen getilgt worden sind, die geschehene Löschung darzutun. Die Ausweisung muß von dem Fideikommißbesitzer und Kurator unterschrieben, oder wenn sie der letztere unrichtig findet, seine bestimmte Erklärung darüber beigefügt sein.“

<sup>3)</sup> Den gelegten Ausweis hat das Gericht „genau zu prüfen, mit den Beilagen und den Fideikommißakten zu vergleichen und nötigenfalls die Berichtigung oder Ergänzung anzuordnen. — Entsteht über den Betrag der Schuld des Fideikommißbesitzers an rückständigen Depurationen ein Streit, welcher nicht in Güte beigelegt werden kann, so ist derselbe auf den Rechtsweg zu verweisen. Das Gericht hat jedoch die Sicherstellung des streitigen Betrages anzuordnen, und die Leistung desselben nötigenfalls durch die gesetzlichen Zwangsmittel (§ 254) von amtswegen zu bewirken“ (§ 251 AusstreitG.).

durch Rückzahlung von 5 vom Hundert jährlich insbesondere erfolgen<sup>1)</sup> (§ 639 ABGB.; § 252 AusstreitG.<sup>2)</sup>).

Die bis nun dargestellte Tilgungsverbindlichkeit obliegt dem Fideikommißbesitzer dem Fideikommiss gegenüber. Sie ist eine mit dem Fideikommiss auf jeden Besitzer übergehende, durch das objektive Recht statuierte Verpflichtung gegen das Fideikommiß. Sie kann, wenn wiederholte gerichtliche Anordnungen nicht fruchten, durch die von Amtswegen zu verhängende Sequestration des Fideikommisses erzwungen werden; und zwar ist womöglich der nächste Anwärter, der nicht vom Fideikommißbesitzer selbst abstammt, oder der Kurator zum Sequester zu bestellen (§ 254, Abs. 1 AusstreitG.<sup>3)</sup>).

Ergibt sich nach dem Tode des Fideikommißbesitzers ein Rückstand in fälligen Depurationsraten, so haftet für sie der Fideikommißnachfolger nur, soweit sie nicht aus dem Allodialvermögen des Vorbesitzers bezahlt werden können (§ 640). Doch erwächst ihm, wenn er sie entrichtet, insoweit eine Regressforderung gegen die Allodialerben.

Handelt es sich um ein Geldfideikommiß, wovon der Fideikommißbesitzer nach Zulass des § 635 einen Teil erhoben hat, so sind die jährlichen Rückzahlungen auf die Zinsen der übrigen zwei Drittel des Fidei-

<sup>1)</sup> So auch Krásnopolski, in Grünhutsz. 12, 492 f.; Krainz 1, 565; und wohl auch Stubenrauch 1, 842 und Note 2. Dagegen meinen Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 363 ff. daß die Depuration des wiedererhobenen Betrages und die Fortsetzung der ursprünglichen Depuration nicht auseinander zu halten seien. Vielmehr werde durch den wiedererhobenen Betrag die ursprüngliche Schuld erweitert, und es seien nunmehr bis zur Vollendung der ganzen Depuration die dem erweiterten Schuldbetrage entsprechend erhöhten Raten zu zahlen.

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch III. 5959 (Die Tilgung des Kaufschillings für ein aus Fideikommißkapitalien zu dem Fideikommiß hinzugekauftes Grundstück mit Depurationsraten ist unzulässig).

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu weiter oben Note 1 auf S. 353 dieses Bandes; ferner G.M.N. 5152 (Verteilung der Erträgnisse der amtswegigen Sequestration eines Fideikommisses: Tilgung der mit fideikommißbehördlicher Genehmigung aufgenommenen Schulden vor den bloß auf den Früchten pfandrechlich sichergestellten Forderungen ohne Rücksicht auf die bürgerliche Rangordnung) und die Begründung zu dieser G.: „Amtswegige Sequestration eines Fideikommisses im Sinne des § 254 AusstreitG. und Zwangsverwaltung desselben im Sinne der G.D. sind wesentlich verschiedene Begriffe. Aus dieser Verschiedenheit ergibt sich der Grundsatz, daß die Tilgung von mit fideikommißbehördlicher Genehmigung aufgenommenen Schulden vor den lediglich auf den Früchten pfandrechlich sichergestellten Forderungen ohne Rücksicht auf deren bürgerliche Rangordnung Platz zu greifen hat, weil vor Tilgung aller Depurationsrückstände an Kapital, Zinsen und Kosten von einem auf die sonstigen Gläubiger aufzuteilenden Erträgnisse des Fideikommißgutes nicht gesprochen werden kann. Die Bestimmungen der G.D. über die Reihenfolge der aus den Erträgnissen der Zwangsverwaltung zu befriedigenden Schulden können für die amtswegige Sequestration, welche vor allem das Interesse des Fideikommisses zu wahren hat und welcher die exekutive Sequestration unterliegt, nicht maßgebend sein, solange Kapital- und Zinsrückstände depurationspflichtiger Schulden vorhanden sind, und erst nach vollständiger Tilgung aller depurationspflichtigen Schulden kann und darf an die Zahlung sonstiger anderer Schulden im Sinne der G.D. und R.D. und nach Maßgabe des bürgerlichen Standes geschritten werden.“



kommiskapitales durch Pfandrecht sicherzustellen (§ 243, Abs. 3 AusstreitG.).

Von dem dargestellten Verhältnisse ist zu unterscheiden:

β) das rechtliche Verhältnis des Fideikommißbesizers zu den Fideikommißgläubigern. Dieses wird nicht nach den Vorschriften über die allmähliche Tilgung der Fideikommißschulden, sondern nach dem Inhalte der vom Fideikommißbesizer oder von seinem Vorfahren ausgestellten Schuldscheine und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurteilt (§ 242 AusstreitG.). Das will sagen:

αα) Dem Gläubiger des Fideikommisses haftet derjenige Fideikommißbesitzer, der die Schuld kontrahiert hat, sowie dessen Erbe, wenn nicht eine beschränkte Haftung ausdrücklich vereinbart wurde, nicht allein mit dem Fideikommißgute, d. h. mit dessen Einkünften, sondern auch mit dem freivererblichen Vermögen, ohne daß der Gläubiger schuldig wäre, sich an das Fideikommiß verweisen zu lassen<sup>1)</sup>. Der Fideikommißnachfolger haftet als solcher dem Fideikommißgläubiger zwar nicht mit seinem Allodialvermögen, auch nicht mit der Substanz des Fideikommisses, wohl aber mit den ganzen Einkünften des Fideikommisses. In diese Einkünfte allein kann der Fideikommißgläubiger kraft seines Pfandrechtes die Exekution durch Zwangsverwaltung führen (§ 642; §§ 97, Abs. 2, 109 G.D.)<sup>2)</sup>.

αβ) Der Fideikommißgläubiger kann die Bezahlung seiner Forderung nach Inhalt des Schuldscheines, in der im Schuldscheine vereinbarten Art und Zeit verlangen, ohne sich auf die gesetzlichen oder gerichtlich bestimmten Tilgungsraten verweisen lassen zu müssen. Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

ααα) Bezahlt der Fideikommißbesitzer dem Gläubiger in einem Jahre eine größere Rate, als er gegen das Fideikommiß zu tilgen verpflichtet ist und bringt er diese zur Löschung, so kann er sich den Überschuß bei anderen Schuldposten oder in den folgenden Jahren auf Depurationsraten zugute nehmen (§ 248 AusstreitG.).

ααβ) Ist der Fideikommißbesitzer verpflichtet, die Schuld dem Gläubiger früher zu bezahlen, als er gegen das Fideikommiß zur Tilgung verpflichtet

<sup>1)</sup> So auch Gärtner, Über Fideikommißschulden, in Pratoberas Mat. 2, 199 ff.; Krasnopolski, in Grünhutsz. 12, 494 f.; Stubenrauch 1, S. 840 (Note 2), 843 (Note 1); Krausz 1, S. 565, 567; Pfeijche, a. a. O. 110; Gl. 2084. Anders Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 350 ff. (vgl. auch dies., Exkurse 2, 259 ff.), die sagen: „Der Inhaber haftet als solcher, also nicht mit seinem Allodialvermögen; sein Erbe haftet (von einem besonderen Falle, s. § 640, abgesehen) gar nicht; wohl aber haftet der Nachfolger, natürlich wieder nur als Inhaber. M. a. W. der jeweilige Inhaber haftet; und weil er als Inhaber schuldet, so haftet er nur mit dem Fideikommißvermögen, und weil dieses unveräußerlich ist, nur mit den Einkünften desselben (§ 642)“ (Kommentar 2, 351).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu auch weiter oben Note 1 auf S. 353 dieses Bandes.

ist, so kann er die Zahlung durch neue Anlehen leisten, d. h. gegen Löschung der alten Schuld eine neue aufnehmen (§ 242 AusstreitG.).

Wird eine Fideikommißschuld von dem Allodialerben, der nicht Fideikommißbesitzer ist, aus dem Allodialvermögen bezahlt und dadurch das Fideikommiß entlastet, so erwächst dem Zahlenden gegen den Fideikommißnachfolger, eine Regressforderung, da eine Schuld getilgt wurde, deren Berichtigung dem Fideikommißnachfolger oblag. Um nun diese Zahlung zu leisten, darf der Fideikommißnachfolger in dem Umfange dieser Forderung gegen Löschung der bezahlten Schuld das Fideikommiß neu einschulden, wozu aber ebenfalls die Genehmigung der Fideikommißbehörde erforderlich ist.

#### § 4.

#### Die Rechte der Fideikommißanwärter.

Anwärter sind jene Mitglieder der Familie, für welche das Fideikommiß errichtet wurde, die nach Inhalt der Fideikommißerrichtungsurkunde eventuell zur Sukzession in das Fideikommiß berufen sind. Nach Auffassung des ABGB. steht allen Anwärtern gemeinschaftlich mit dem Fideikommißbesitzer das sogenannte Obereigentum (dominium directum) am Fideikommißgute zu (§ 629). Die Gründe, die gegen diese Konstruktion sprechen, sind bereits dargestellt worden. Ebenso wurde auch bereits das Recht der Anwärter charakterisiert, das sich als eine auf dem Verhältnisse der Anwärter zum Fideikommißstifter und auf dem Willen des Stifters beruhende, vom Fideikommißbesitzer nicht entziehbare, das Recht des Fideikommißbesizers am Fideikommiß beschränkende, dinglich gesicherte Anwartschaft auf das Fideikommiß darstellt, als eine Anwartschaft, welche, weil vom Fideikommißbesitzer nicht entziehbar und durch das objektive Recht gewährleistet, ein wahres Recht und zwar ein Recht auf Sukzession in das Fideikommiß ist. Daher ist die Einwilligung aller Anwärter zur Auflösung des Fideikommisses erforderlich (§ 644). Ferner stehen den Anwärtern kraft ihres Rechtes auf Sukzession in das ungeschmälerete Fideikommiß gewisse Befugnisse zu, deren Zweck Sicherung ihres eventuellen Sukzessionsrechtes in das Fideikommiß, insbesondere auch Sicherung der Substanz des Fideikommisses ist. Einige ihnen zustehende besondere Rechte, so das Recht, die Hinterlegung der Fideikommißschuldscheine zu verlangen, das Recht, eine üble Verwaltung der Fideikommißgüter gerichtlich anzuzeigen, und das Recht, zur Vertretung des Fideikommisses und der Nachkommenschaft einen gemeinschaftlichen Fideikommißkurator in Vorschlag zu bringen, hebt § 630 hervor, der dann in einer clausula generalis den Anwärtern überhaupt die Befugnis zuerkennt, alle zur Sicherung der Substanz nötigen Maßregeln zu treffen. Zu erwähnen sind hier ferner die Vor-

schriften des § 227 AusstreitG., demzufolge das Gericht bei der Bestellung des Kurators auf den Vorschlag der Anwärter gehörigen Bedacht zu nehmen hat und auch einen von den Anwärtern selbst zum Kurator ernennen kann, des § 238 AusstreitG., demzufolge bei der gerichtlichen Schätzung des Fideikommisses zum Zwecke der Bestimmung des einschuldbaren Drittels auch den nächsten Anwärtern das Recht, die Sachverständigen in Vorschlag zu bringen, sowie die Befugnis, der Schätzung beizuwohnen und alles, was zur richtigen Beurteilung des Wertes des Fideikommisses dienen kann, zu bemerken, zusteht, und des § 254 AusstreitG., demzufolge dann, wenn gegen einen Fideikommißbesitzer, der wiederholten gerichtlichen Anordnungen über die Berichtigung der Fideikommißschulden, der Zinsen- oder Steuerrückstände nicht Folge geleistet hat, die Sequestration zu verhängen ist, womöglich der nächste Anwärter, der nicht vom Fideikommißbesitzer selbst abstammt, zum Sequester zu bestellen ist.

Die Art, in der das Interesse der Anwärter gewahrt wird, ist verschieden. Gewisse Befugnisse der Anwärter, die hieher gehören, wurden bereits erwähnt. Auch daß zur Auflösung des Fideikommisses, sowie zur Veräußerung eines Fideikommißgutes, ohne daß der Erlös Fideikommißkapital wird, die Einwilligung aller Anwärter, die durch ein Edikt vorzuladen sind, gefordert wird (§ 644), wurde bereits bemerkt. Hervorzuheben ist noch: In gewissen Fällen schreibt das Gesetz die Einvernehmung aller bekannten Anwärter vor. Das ist notwendig, wenn die gerichtliche Bewilligung zur Verwandlung unbeweglichen Fideikommißgutes in ein Kapital, zum Tausche von Fideikommißgrundstücken gegen andere, zur Verteilung von Fideikommißgrundstücken gegen angemessene Zinsen, zur Überlassung von Fideikommißgrundstücken in Erbpacht (§§ 633, 634) oder endlich zur Verschuldung des Fideikommisses in größerem als durch die §§ 635—637 zugelassenen Maße (§ 3 G. v. 13. VI. 1868 [RGBl. 61] erteilt werden soll. In allen übrigen wichtigeren, wenn auch nicht im Gesetze speziell aufgezählten Fideikommißangelegenheiten sind außer dem Fideikommißkurator einige der nächsten Anwärter, und zwar vorzüglich diejenigen zu Räte zu ziehen, die nicht so weit vom Gerichtsorte entfernt sind, daß ihre Vernehmung großen Zeitverlust verursachen würde (§ 229 AusstreitG.). Speziell vorgeschrieben ist die Einvernehmung der nächsten Anwärter in den Fällen der §§ 231, 237 und 252 AusstreitG., nämlich, wenn es sich um die Anlegung eines Fideikommißkapitals handelt und ein wichtigerer Fall vorliegt, wenn bei der Bestimmung des einschuldbaren Drittels der Wert des Fideikommisses nicht durch eine eigens zu diesem Zwecke vorgenommene gerichtliche Schätzung ermittelt, sondern eine bei Einverleibung älterer Fideikommißschulden bereits vorschriftsmäßig vorgenommene Schätzung der Bewilligung zur weiteren Verschuldung des

Fideikommisses zugrunde gelegt werden soll, endlich wenn eine Verlängerung der Fristen zur Bezahlung von Fideikommißschulden oder eine Wiederbehebung der bereits geleisteten Rückzahlungen bewilligt werden soll. Fakultativ ist die Einvernehmung der nächsten Anwärter im Falle des § 239 AusstreitG. (Prüfung der vom Fideikommißbesitzer vorgelegten Berechnung des Fideikommißdrittels und der Schulden). In allen Fällen, wo nur die Einvernehmung, nicht die Einwilligung der Anwärter vorgeschrieben ist, ist das Gericht an das Votum der Anwärter nicht gebunden. Das ergibt sich schon aus dem Terminus „Einvernehmung“, ist übrigens an zwei Stellen — in den §§ 231 und 252 AusstreitG. — auch ausdrücklich hervorgehoben. Schließlich sind in diesem Zusammenhange noch zu erwähnen die Bestimmung des § 229 AusstreitG., daß der Kurator gemeinschaftlich mit den nächsten Anwärtern an allen Prozessen teilzunehmen hat, die das Stammvermögen des Fideikommisses betreffen, und die Vorschrift des § 241 AusstreitG., daß der Bescheid, mit welchem die Verpfändung des Fideikommisses bewilligt wird, auch den nächsten Anwärtern zuzustellen ist, und zwar selbst dann, wenn diese über das Gesuch des Fideikommißbesitzers nicht vernommen worden sind.

## § 5.

**Die Sukzession in das Fideikommiß.**

Hier ist darzustellen:

- I. die Sukzessionsordnung;
- II. die Sukzessionsfähigkeit;
- III. das Rechtsverhältnis des Fideikommißsukzessors zum letzten Fideikommißbesitzer.

ad I. Die regelmäßigen Sukzessionsordnungen, die das ABGB. zur Grundlage seiner Einteilung der Fideikomnisse nimmt (vgl. die Marginalrubrik zu den §§ 619 und 620: „Hauptarten der Fideikomnisse“) sind: die Primogenitur, das Majorat und das Seniorat.

Bei der Primogenitur entscheidet über das Sukzessionsrecht die Linie und innerhalb der Linie die Erstgeburt (§ 619). Die Nähe des Verwandtschaftsgrades zum Vorbesitzer ist ohne Belang, daher geht z. B. der Enkel oder Urenkel des Fideikommißbesitzers dessen Bruder vor (§ 621).

Beim Majorat sukzediert zuerst derjenige, welcher dem Stifter dem Grade nach der Nächste ist, und dann immer derjenige, welcher dem letzten Besitzer der dem Grade nach Nächste ist, unter mehreren gleich Nahen der Ältere an Jahren (§ 619). Maßgebend ist somit nur der Grad und bei gleicher Gradesnähe das Alter.

Bei dem Seniorat sukzediert der Älteste aus der Familie, ohne Rücksicht auf Linie und Grad (§ 619).

Ist die Anordnung zweifelhaft ausgedrückt, so wird die Primogenitur eher als das Majorat oder Seniorat, und das Majorat wieder eher als das Seniorat präsumiert (§ 620). Diese Regel gilt, wie bereits bemerkt wurde, „im Zweifel“. Es müssen aber beim Fehlen einer Fideikommißerrichtungsurkunde alle Mittel, welche zur Ermittlung des Willens des Stifter dienen, angewendet, und es muß beim Vorhandensein einer Fideikommißerrichtungsurkunde der Sprachgebrauch der Zeit und des Ortes der Stiftung berücksichtigt werden. Daraus allein, daß eine Fideikommißerrichtungsurkunde für das Fideikommiß die Bezeichnung Majorat, Seniorat usw. verwendet, kann noch nicht gefolgert werden, daß ein Majorat, Seniorat usw. im Sinne unseres ABGB. vorliegt, da die Bedeutung der erwähnten Bezeichnungen im Laufe der Zeit gewechselt hat<sup>1)</sup>.

Der Stifter ist nun aber an die bisher dargestellten Erbfolgeordnungen nicht gebunden; er kann vielmehr auch eine andere Ordnung der Nachfolge normieren. Auf einige andere Sukzessionsordnungen weist auch das ABGB. hin. § 622 hebt nämlich hervor, daß der Stifter eines Fideikommisses zur Sukzession in das Fideikommiß auch den Letztgeborenen aus der älteren Linie (Minorat)<sup>2)</sup> oder den Jüngsten aus allen Linien (Juniorat) oder denjenigen berufen kann, „welcher im Grade entweder dem Fideikommißstifter, dem ersten Erwerber oder dem letzten Besitzer am nächsten kommt“. Hat der Stifter im letzteren Falle keine Bestimmung darüber getroffen, ob die Nähe des Grades im Verhältnis zum letzten Fideikommißbesitzer oder zum ersten Erwerber oder zum Fideikommißstifter entscheiden soll, so kommt die Interpretationsregel des § 623 zur Anwendung, der zufolge mehr Rücksicht auf den letzten Besitzer als auf den Fideikommißstifter und den ersten Erwerber genommen wird. Sind mehrere Personen im gleichen Grade verwandt, so gibt das Alter den Ausschlag (§ 623). Auf eine weitere Art der Sukzessionsordnung bezieht sich § 624, der eine Bestimmung für den Fall enthält, daß der Stifter zur Sukzession den Nächsten aus der Familie berufen hat (Erbfideikommiß). Eine solche Bestimmung bedeutet gemäß § 624 die Anordnung der gewöhnlichen Intestat-erbfolge mit alleinigem Ausschluß der Frauen und der weiblichen Descendenz (Kognaten), nicht aber mit Ausschluß des sogenannten Repräsentationsrechtes<sup>3)</sup>. Zwischen mehreren dem Grade nach gleich Nahen wird

<sup>1)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 282 f.; Stubenrauch 1, 822.

<sup>2)</sup> Diese Sukzessionsordnung wird vielfach auch als „Ultimogenitur“ bezeichnet. Vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 288; Stubenrauch 1, 824.

<sup>3)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 291.

in diesem Falle der Gemiß (nicht das Objekt<sup>1)</sup>) des Fideikommisses geteilt, wenn nicht aus der Anordnung das Gegenteil erhellt<sup>2)</sup> (§ 624).

Sind für mehrere Linien einer Familie von demselben Stifter oder von verschiedenen Stiftern besondere Fideikommisses errichtet worden, also neben der Primogenitur in diesem Sinne eine Sekundogenitur, Tertio-genitur<sup>3)</sup>, so müssen zwei Fragen auseinandergehalten werden:

1. die Frage nach der Sukzession innerhalb der einzelnen Fideikommisses;
2. die Frage nach dem Übergang eines Fideikommisses auf eine andere Linie.

ad 1. Für dieses Verhältnis ist allein die Stiftungsurkunde entscheidend.

ad 2. Dieses Verhältnis regelt § 625 in einer Bestimmung, aus der folgt: Ist nebst dem Fideikommiss für die erstgeborene Linie (Primogenitur in diesem Sinne) auch eines für die zweite Linie (Sekundogenitur) errichtet, und erlischt die erste Linie, so fällt ihr Fideikommiß an die zweite Linie, welche, wenn sie das Fideikommiß annimmt<sup>4)</sup>, ihr Fideikommiß an die dritte Linie, falls eine solche vorhanden ist, abgeben muß. Erlischt die zweite Linie, so fällt ihr Fideikommiß an die etwa vorhandene dritte Linie. Ist aber in diesen Fällen eine dritte Linie nicht vorhanden, so vereinigen sich beide Fideikommisses für so lange in der Hand des Besitzers des zweiten, beziehungsweise ersten Fideikommisses, bis wieder zwei Linien entstehen (§ 625). Ist nebst der Primo- und Sekundo- noch eine Tertio-genitur errichtet, keine unausgestattete Linie vorhanden und erlischt eine Linie, so ist zu unterscheiden: Erlischt die erste Linie, so fällt ihr Fideikommiß an die zweite Linie, welche beide Fideikommisses so lange in einer Person vereinigt, bis wieder zwei Linien entstanden sind. Erlischt die dritte Linie, so fällt ihr Fideikommiß an die erste Linie, wo die beiden Fideikommisses wieder so lange, wie im vorhergehenden Falle, vereinigt bleiben. Streitig ist, was Rechtens ist, wenn die zweite Linie erlischt.

<sup>1)</sup> So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 292; Stubenrauch 1, 825; Krainz 1, 560 f.

<sup>2)</sup> Nämlich, daß Individualsukzession eintreten soll. In diesem Falle ist im Zweifel Primogenitur anzunehmen. Dafür auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 291 f.; Krainz 1, 561. Anders Stubenrauch 1, 825 (Note 1), der meint, daß nach Analogie der für die Fideikommißerbfolge im allgemeinen geltenden Grundsätze unter den in derselben Verwandtschaftsreihe stehenden Personen die Nähe des Grades, unter mehreren auch dem Grade gleich Nahen aber das höhere Alter (§ 623) entscheidet.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 293 f.

<sup>4)</sup> Sie muß es selbstverständlich nicht annehmen. In diesem Falle fällt das Fideikommiß der erloschenen ersten Linie an die dritte. Ganz so auch Stubenrauch 1, 825 f. (Note 3). Nach Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 296 sind, wenn die zweite Linie das Primogeniturfideikommiß ausschlagen will, die im § 634 vorgeschriebenen Kautelen zu beobachten.

Von der Mehrzahl der Autoren<sup>1)</sup> wird behauptet, daß das Fideikommiß an die dritte Linie kommt, welche ihr Fideikommiß, wenn sie das Sekundogeniturfideikommiß annimmt, an die erste Linie abzutreten hat. Dagegen behaupten andere<sup>2)</sup> daß das erledigte Fideikommiß an die erste Linie fällt und dort in einer Person mit der Primogenitur vereinigt bleibt, bis wieder zwei Linien entstanden sind. Diese Ansicht dürfte dem Wortlaute des Gesetzes und dem vermutlichen Willen des Stifters besser angepaßt sein. Entstanden sind mehrere Linien erst, wenn das Haupt der Linie, an welche das Fideikommiß der ausgestorbenen Linie gelangt ist, verstorbt und mehrere sukzessionsfähige Nachkommen hinterläßt<sup>3)</sup>.

ad II. Über die Fähigkeit zur Sukzession in ein bestimmtes Fideikommiß entscheiden vorerst die hierüber in der Stiftungsurkunde enthaltenen Bestimmungen<sup>4)</sup>. Kraft allgemeiner Vorschrift ist von der Sukzession natürlich jeder ausgeschlossen, der überhaupt nicht erbfähig ist, so ein Deserteur, eine Person, welche feierliche Ordensgelübde abgelegt hat. Die relative Erbfähigkeit im Verhältnisse zum letzten Besitzer schließt an sich von der Sukzession in das Fideikommiß nicht aus<sup>5)</sup>. Speziell sind kraft Gesetzes sukzessionsunfähig:

- a) uneheliche Kinder (§ 165);
  - b) durch Begünstigung des Landesfürsten legitimierte Kinder (§ 162);
  - c) Adoptivkinder (§ 183). Diese drei Klassen sind deshalb sukzessionsunfähig, weil sie nicht zu der Familie, für welche das Fideikommiß errichtet worden ist, gehören.
  - d) Durch positive Anordnung (§ 160) sind die in einer Putativehe erzeugten Kinder von der Sukzession in ein Fideikommiß ausgeschlossen.
- Gingegen schließt unser jetzt geltendes Recht die in einer konvalidierten

<sup>1)</sup> So u. a. von Weßely, a. a. O. 1, 68 ff.; 2, 50; Stubenrauch 1, Note 3 von S. 825 auf S. 827.

<sup>2)</sup> So Zeiller, Kommentar 2, 534; und insbesondere Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 296 f.

<sup>3)</sup> So — im Gegenjage zu anderen, insbesondere Zeiller, Kommentar 2, 533 f. Note — auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 298 f.; Stubenrauch 1, 826 (Note).

<sup>4)</sup> Durch diese werden insbesondere häufig Kinder aus einer Mißheirat, Geistliche, Personen, die den Adel verwirkt haben, von der Sukzession ausgeschlossen. Der Ausschließungsgrund des Adelsverlustes gilt wohl bei einem für eine adelige Familie gestifteten Fideikommiße auch ohne ausdrückliche Anordnung in der Errichtungsurkunde. So auch Krauz 1, 561 (Note 24); Gl. 9856. Vgl. hier überhaupt Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 276 und Note 23; Stubenrauch 1, 828; Krauz 1, 561 (Note 24); Pfersche, a. a. O. 108; Gl. 6511 (Ausschließung der per subsequens matrimonium legitimierten Nachkommen durch die Stiftungsurkunde).

<sup>5)</sup> Unklar Stubenrauch 1, 828. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 277 sagen: Die §§ 540, 542 leiden sinngemäße Anwendung, „wobei statt an den Erblasser an den Stifter (und nicht etwa an den Vorgänger im Fideikommiße) zu denken ist.“

Ehe erzeugten und die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder<sup>1)</sup> nicht aus. Doch können die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder den in einer inzwischen bestandenen Ehe geborenen ehelichen Kindern das Recht der Erstgeburt nicht streitig machen (§ 161).

Endlich ist in der Regel von der Sukzession ausgeschlossen:

- e) die weibliche Nachkommenschaft. Das sind nicht nur die weiblichen Mitglieder der Familie, sondern auch deren männliche Abstammlinge (Kognaten) (§ 626). Es kann aber der Stifter auch die weibliche Nachkommenschaft nach Erlöschung des Mannestammes zur Sukzession berufen, und zwar entweder so, daß mit der Erlöschung des Mannestammes das Fideikommiß erlöschen<sup>2)</sup>, oder so, daß das Fideikommiß für die weibliche Nachkommenschaft fortbestehen, die weibliche Nachkommenschaft also in das Fideikommiß als solches sukzedieren soll. Hat für diesen Fall, also über die Sukzessionsordnung der weiblichen Nachkommenschaft in das Fideikommiß, der Stifter nichts anderes verordnet, so erfolgt der Übergang des Fideikommisses auf die weibliche Nachkommenschaft nach der für die männliche Geschlechtsfolge vorgeschriebenen Ordnung (nach dem Rechte der Primogenitur, des Majorates, des Seniorates usw.). Ist aber eine weibliche Linie zur Sukzession gelangt<sup>3)</sup>, so gehen innerhalb dieser Linie<sup>4)</sup> die männlichen Erben den weiblichen vor<sup>5)</sup> (§ 626).

ad III. Für das Rechtsverhältnis des Fideikommissnachfolgers zum letzten Besitzer ist der Grundsatz maßgebend, daß der Sukzessor sein Nachfolgerecht nicht von dem letzten Besitzer, sondern von dem Fideikommißstifter ableitet, daher nicht Rechtsnachfolger des letzten Besitzers, sondern des Fideikommißstifters ist<sup>6)</sup>. Hieraus ergibt sich:

<sup>1)</sup> Vgl. hier Gl. 6488 (Die Sukzessionsfähigkeit der Nachkommen eines per subsequens matrimonium legitimierten Kindes ist nach den Gesetzen zur Zeit des Sukzessionsfalles zu beurteilen, nicht nach den zur Zeit der Errichtung des Fideikommisses geltenden Gesetzen); ferner Gl. 13447 (Auch das im Ehebruch erzeugte, später per subsequens matrimonium legitimierte Kind ist sukzessionsfähig).

<sup>2)</sup> In dieser Weise ist nach der Gl. 11441 die Einsetzung weiblicher Deszendenten für den Fall, als der Mannestamm ganz absterbt, im Zweifel auszuliegen.

<sup>3)</sup> Der Vorzug des männlichen Geschlechts macht sich also nicht schon beim, sondern erst nach dem Übergange auf die weibliche Linie geltend. So auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 300 f.; dief., Exkurs 2, 202 f.; Stubenrauch 1, 828 f. (Note 5).

<sup>4)</sup> Im Gegenjage zu den anderen Autoren und auch zu unserer Auffassung legen Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 300 f. (vgl. auch dief., Exkurs 2, 202 ff.) die enge Bedeutung des Begriffs „Linie“ zugrunde, indem sie unter „Linie“ in § 626 i. f. Parentel, und zwar mit Beziehung auf den jeweiligen Besitzer, nicht auf den letzten Agnaten verstehen.

<sup>5)</sup> Stubenrauch 1, 825 f. (Note 5) und Krauz 1, 561 meinen aber, daß die Mutter von ihrem Sohne nicht ausgeschlossen wird. Zweifelnd, aber eher gegen diese — wohl auch kaum begründete — Ansicht Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 300 f. (vgl. auch dief., Exkurs 2, 202 ff.).

<sup>6)</sup> Vgl. hierzu statt aller Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 274 f.; dief., Exkurs 2, 186 ff.



1. Der Verzicht<sup>1)</sup> des zur Substitution in das Fideikommiß Berufenen oder des Fideikommißbesizers<sup>2)</sup> bindet dessen Descendenten, auch wenn sie zur Zeit des Verzichts noch nicht geboren sind, und auch wenn sie Alloderben des Verzichtenden sind, nicht (§ 632); m. a. W.: der Verzicht auf das Fideikommiß wirkt nur gegen den Verzichtenden und kann die vom Stifter angeordnete Substitutionsordnung nicht verändern. Hat der Substitutionsberechtigte oder der Fideikommißbesitzer zugunsten einer bestimmten Person verzichtet, so erlischt das Recht dieser Person, wenn sie nicht der nächste Anwärter ist, jedenfalls mit dem Tode des Verzichtenden.

2. Gesetz- oder stiftsbriefwidrige Verfügungen des Fideikommißbesizers, wie Veräußerungen und Verpfändungen des Fideikommißgutes, ist der Nachfolger, auch wenn er Allodialerbe des Vorbesizers ist, anzuerkennen nicht verpflichtet (§ 632). Beim Tode eines jeden Fideikommißbesizers ist, und zwar auch dann, wenn dieser das Fideikommiß bei Lebzeiten an den Nachfolger übergeben hat<sup>3)</sup>, ein neues Inventar über das Fideikommiß zu errichten, in welchem zuerst das Fideikommißvermögen nach dem Zustande, in welchem der Fideikommißbesitzer es hinterlassen hat, zu beschreiben, und sodann auszuweisen ist, ob und welche Vermehrung oder Verminderung unter dem letzten Besitzer an dem im Hauptinventar ausgewiesenen Stammvermögen, sei es an der Hauptsache oder am Zugehör<sup>4)</sup> eingetreten ist. Durch die Vermehrung des Stammvermögens des Fideikommisses, auch durch eine Vermehrung des Zugehörs, oder infolge von Meliorationen, wird, wenn die Vermehrung oder die Melioration aus dem Vermögen des letzten Besitzers erfolgte, eine Schuld<sup>5)</sup>, durch die Verminderung des Stammvermögens oder durch Deteriorationen wird eine Forderung des Fideikommisses an das frei vererbliche Vermögen des letzten Besitzers begründet. Diese Forderung oder Schuld des Fideikommisses ist im neuen Inventar auszuweisen (Separationsprotokoll), und zwar muß diese Ausweisung selbst dann stattfinden, wenn der Fideikommißnachfolger auch der Erbe des letzten Besitzers ist, da es sich um Forderungen des Fideikommisses

<sup>1)</sup> Hierüber vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 335 f.; dief., Exkurse 2, 234 ff.; Stubenrauch 1, 834; Krauz 1, 566 (Note 1a).

<sup>2)</sup> Vgl. hier auch Glm. 6323 (Der Substitutionsberechtigte kann zugunsten des nächsten Anwärters, jedoch mit Vorbehalt seiner Substitutionsrechte gegenüber den anderen Anwärtern Verzicht tun).

<sup>3)</sup> Vgl. Glm. 2887.

<sup>4)</sup> „Ist in dem Hauptinventar nicht genau bestimmt, was als Zugehör eines unbeweglichen Gutes anzusehen sei, so hat das Gericht nach Einvernehmung der Kunstverständigen und Beteiligten darüber nach den Vorschriften des ABGB. (§§ 294 bis 297) zu entscheiden“ (§ 224 AusstreitG.). — Vgl. hier auch Glm. 5705 (Das Betriebskapital eines mit dem Fideikommißgute verbundenen Eisenwerkes ist nicht Zugehör des Fideikommisses).

<sup>5)</sup> Vgl. Glm. 10223.

oder gegen das Fideikommiß<sup>1)</sup> handelt<sup>2)</sup> (§ 224 AusstreitG.). Im besonderen bestimmt § 641: Hat der letzte Fideikommißbesitzer zur Erhaltung oder wichtigen Verbesserung des Fideikommisses einen beträchtlichen Aufwand gemacht, wozu er das Fideikommiß einzuschulden berechtigt gewesen wäre, der ihm also nicht schon kraft Gesetzes (§ 631) obliegt, so muß der Aufwand seinen Erben<sup>3)</sup> ersetzt werden<sup>4)</sup> <sup>5)</sup>. Zur Leistung dieses Ersatzes darf der Fideikommißnachfolger das Fideikommiß innerhalb des Wertes des verschuldbaren Fideikommißdrittels einschulden. Allein der Ersatzanspruch des Allodialvermögens ist nicht auf die Nutzungen des Fideikommisses oder auf den noch einschuldbaren Wert des Fideikommißdrittels beschränkt<sup>6)</sup>. Auch ist der Ersatzberechtigte nicht verpflichtet, die Bezahlung seiner Ersatzforderung in den für die Depurierung des Fideikommisses bestimmten Raten anzunehmen. Nicht also dieser Ersatz, sondern die Rückzahlung einer zu diesem Zwecke aufgenommenen Fideikommißschuld, die Depurierung, wird nach § 638 geleistet. Das ist der Sinn des Schlußsatzes des § 641.

Die Feststellung der gegenseitigen Forderungen für und gegen das Fideikommiß erfolgt im außertrittigen Wege bei der Separation des Fideikommisses von dem freivererblichen Vermögen im sogenannten Separationsprotokolle. Der hierüber ergehende Bescheid bildet über den Bestand und die Höhe der darin ausgewiesenen Forderungen vollen Beweis und ist nach eingetretener Rechtskraft exekutionsfähig.

Von diesen für und gegen das Fideikommiß erwachsenen Forderungen sind jene zu unterscheiden, welche für und gegen den Fideikommißnachfolger erwachsen können, so wegen stehender oder eingehobener Früchte, wegen verfallener oder eingegangener Zinsen und Renten, wegen rückständiger

<sup>1)</sup> Vgl. auch hier Glm. 5705 (Für das Betriebskapital eines mit dem Fideikommißgute verbundenen Eisenwerkes haftet der Allodialerbe nicht).

<sup>2)</sup> Daher kann die Meliorationsschuld auch durch Kompensation mit einer Forderung des Fideikommisses gegen den Allodialnachlaß getilgt werden. Vgl. Glm. 10223.

<sup>3)</sup> Vgl. hier Glm. 4720 (Der Fideikommißinhaber, der selbst den Aufwand gemacht hat, hat keinen Anspruch auf Ersatz für Meliorationen aus den Fideikommißkapitalien, auch nicht in der Art, daß der entsprechende Betrag von seiner Schuld an das Fideikommiß aus den Onerierungskonfessionen abgeschrieben wird).

<sup>4)</sup> Und zwar der ganze Aufwand, wann immer vor dem Tode des Fideikommißbesizers er gemacht worden ist, nicht etwa der Aufwand nur insoweit, „als er in dem Falle, wenn der Fideikommißbesitzer mit der zur Befreiung dieses Aufwandes nötigen Summe das Fideikommiß oneriert hätte, dem Fideikommißnachfolger zur Last gefallen wäre“. So auch u. a. Wildner, a. a. O. 290. Dagegen für die abgelehnte Ansicht insbesondere Rippel, Erläuterung 4, 258; Winwarter, Das österreichische bürgerliche Recht 3, 163; Stubenrauch 1, 843 und Note 2; Krauz 1, 568 (Note 5); schließlich auch Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 369, die aber davor warnen, daß der „gute“ Gedanke „eine allgemeine und schablonenmäßige Anwendung leide.“

<sup>5)</sup> Dem Dritten gegenüber haftet aber aus den im Interesse des Fideikommisses vom Besitzer eingegangenen Obligationen nur der Allodialerbe. So auch Glm. 2546.

<sup>6)</sup> Vgl. Glm. 10223.

Depurationsraten oder aus anderen Gründen. Was speziell die Teilung der Früchte des letzten Jahres anlangt, so bestimmt § 643, daß diese Früchte zwischen dem Modialerben und dem Fideikommißnachfolger ebenso, wie zwischen dem Fruchtnießer, beziehungsweise dessen Erben und dem Eigentümer (§ 519)<sup>1)</sup>, erfolgt. Auch diese Forderungen werden bei der Separation berechnet und festgestellt, selbstverständlich aber nur in dem Falle, daß der Fideikommißnachfolger nicht zugleich der Modialerbe des letzten Besitzers ist (§ 225 AusstreitG.).

Der Erwerb des Fideikommisses durch den berufenen Sukzessor erfolgt bei Eintritt des Devolutionsfalles ipso jure. Doch muß der Sukzessor eine mit den Erfordernissen der §§ 799 und 800 versehene Erbserklärung zum Fideikommiß überreichen. Auf Grund dieser Erbserklärung hat das Abhandlungsgericht, wie über jede Erbserklärung, die Verlassenschaftsabhandlung einzuleiten<sup>2)</sup>. Nach geschlossener Abhandlung erfolgt die Einantwortung des Fideikommisses an den Sukzessionsberechtigten. Auf Grundlage der Einantwortungsurkunde findet sodann die Eintragung des Sukzessors in die öffentlichen Bücher statt. Über die mit der Abhandlung des Fideikommisses verbundenen Gebühren und Kosten bestimmt § 226 AusstreitG.: „Bei der Abhandlung der Verlassenschaft des Fideikommißstifters fallen die von dem Fideikommißvermögen zu entrichtenden Gebühren und Gerichtskosten dem Fideikommiße zur Last. Zur Bestreitung derselben kann das Fideikommiß belastet werden. Bei den folgenden Abhandlungen müssen diese Zahlungen von dem Fideikommißerben aus den Früchten geleistet werden. Auf gleiche Art sind alle anderen, bei Fideikommißgeschäften vorkommenden Gerichts- und Kuratelskosten ohne Verminderung des Stammvermögens von dem Fideikommißbesitzer zu bestreiten.“<sup>3)</sup>

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu die bezüglichen Ausführungen im II. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Krauz 1, 566 (Note 1); ferner Gll. 2887 (Trotz Übergabe des Fideikommisses an den Nachfolger bei Lebzeiten des Besitzers hat nach dem Tode des letzteren die Verlassenschaftsabhandlung über den Fideikommißnachlaß stattzufinden); Gll. 3020 (Unzulässigkeit der Annahme einer nur auf den Nachweis der Abstammung aus einer ungültigen Ehe gestützten Fideikommißerbserklärung); Gll. 15645 (Überlassung der Besorgung eines Fideikommißnachlasses gemäß § 810 ABGB. und § 145 AusstreitG. an den wegen Verschwendung unter Kuratel stehenden Erben mit dem, daß die Verwaltung durch den Prodigalitätskurator zu erfolgen habe).

<sup>3)</sup> Die Bestimmung des § 226 AusstreitG. ist aber nach richtiger Ansicht eine bloß „das Verhältnis des Fideikommißerben zum Fideikommiße regelnde Vorschrift“, die lediglich auspricht, „daß der Fideikommißerbe außer dem Falle der Abhandlung der Verlassenschaft des Fideikommißstifters die vom Fideikommißvermögen zu entrichtenden Gebühren nicht auf das Stammgut überwälzen dürfe, sondern deren Zahlung aus den Früchten leisten müsse, wodurch aber in keiner Weise jene gesetzlichen Vorschriften berührt werden und nach der Natur der Sache auch nicht berührt werden können, welche über die Verpflichtung zur Entrichtung solcher öffentlicher Abgaben und über die Haftung hierfür entsprechenden Orts gegeben sind“ (so Gll. 12725, 13674). Nach den gebührenrechtlichen Vorschriften hatten nun aber für die das Fideikommißgut betreffende Nachlaßgebühr sachlich nur die Einkünfte des Fideikommißgutes (nicht dessen Substanz, weil eigentlich nur die Einkünfte die „Sache“ sind,

## § 6.

**Die Auflösung und die Erlösung des Fideikommisses.**

I. Unter Auflösung (Modialisierung) eines Fideikommisses ist die Umwandlung des Fideikommißvermögens in ein freivererbliches Gut, also die Beseitigung des Fideikommißbandes, durch Übereinkommen zu verstehen. Die Modialisierung des Fideikommisses ist nur dann statthaft, wenn keine zum Fideikommiße berufene Nachkommenschaft zu vermuten ist, was vom Gerichte aus der Beschaffenheit der Umstände beurteilt werden muß. Zur Auflösung eines Fideikommisses ist erforderlich:

1. die Einwilligung des Nutzungseigentümers und aller Anwärter, die durch ein Edikt vorzuladen sind;
2. die Einvernehmung (nicht Einwilligung) des Kurators der Nachkommenschaft;
3. die gerichtliche Bewilligung (§ 644).

Die Auflösung ist erfolgt, sobald der gerichtliche Bescheid, mit welchem die Auflösung bewilligt wird, in Rechtskraft erwachsen ist. Auf Grundlage des Auflösungsbescheides findet die Lösung des Fideikommißbandes in den öffentlichen Büchern statt. Die Auseinandersetzung zwischen den Interessenten erfolgt dann ohne gerichtliche Intervention.

Die rechtskräftig gewordene Auflösung kann weder von einem später geborenen, an sich sukzessionsberechtigten Anwärter, noch von einem Anwärter, der trotz Ediktalvorladung sich nicht gemeldet hat, angefochten werden. Diese Ansicht ist allerdings bestritten<sup>1)</sup>.

„welche den Gegenstand der Übertragung ausmacht“ [§ 72 GebG.] (so auch Hofmann, im Art. „Fideikommiße“, im OstStWB. (2) 2, 23; Krauz 1, 566 [Note 1]; Gll. 4747 [welche E. allerdings die Sicherstellung der Übertragungsgebühr auf die Substanz, die exekutive Entreibung aber nur aus den Früchten des Fideikommißgutes für zulässig erklärt], 10499; — anders Stubenrauch 1, 834 [Note 2]; Gll. 13674), persönlich der Fideikommißnachfolger mit seinem Modialvermögen (so auch Krauz 1, 566 [Note 1]; Gll. 12725; — anders Gll. 10499, 12323). — Vgl. hier auch Gll. 4347 (Für die aus Anlaß früherer Sukzessionsfälle noch rückständigen Übertragungsgebühren haften die Früchte des Fideikommisses. Es kann daher an ihnen das exekutive Pfandrecht erwirkt werden); Gll. 5448 (Verpflichtung des Fideikommißnachfolgers zur Entrichtung der sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse); Gll. 6285 (Bei Antritt eines Fideikommisses infolge Verzichtes des unmittelbaren Vormannes ist kein Gebührenausweis zu fordern). — Vgl. hier schließlich auch Steinböck, Die Erbschaftsteuer in Oesterreich mit besonderer Berücksichtigung der Fideikommisses, in Notz. 1900, Nr. 47.

<sup>1)</sup> Über die verschiedenen Ansichten vgl. Stubenrauch 1, 845 (Note 1); Krauz 1, 571 (Note 5). Für die Ansicht des Textes — Unanfechtbarkeit in beiden Fällen — Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 376 f. Krauz 1, 570 f. behauptet für den ersten Fall — wenn ein Anwärter später geboren wird — Unanfechtbarkeit, für den anderen Fall Anfechtbarkeit. Stubenrauch 1, 845 (Note 1) meint: „Da das Gesetz für den vorliegenden Fall gar keine bestimmte Anordnung getroffen hat, wird die Analogie der Erbschaftsklage (§§ 823 und 824), welche sich ja ebenfalls gegen eine rechtskräftige Anordnung des Gerichtes — die Einantwortung — richtet, zur Anwendung gebracht werden müssen. Hieraus folgt, daß ein dritter redlicher

II. Die Erlöschung des Fideikommisses erfolgt zunächst bei Eintritt der in der Stiftungsurkunde vorgesehenen besonderen Voraussetzungen. Das Gesetz sieht außer dem Falle des gänzlichen Unterganges des Fideikommissobjektes nur noch den Fall<sup>1)</sup> vor, daß alle im Stiftsbriefe zur Sukzession berufenen Linien ohne Hoffnung einer Nachkommenschaft ausgestorben sind (§ 645). In diesem Falle verwandelt sich in der Hand des letzten Besitzers das beschränkte Eigentum in ein unbeschränktes, wenn nicht der Fideikommißstifter für diesen Fall eine anderweitige gültige Verfügung, sei es durch Substitution einer anderen Familie oder durch Widmung des Fideikommisses zu einem bestimmten Zwecke<sup>2)</sup> oder durch eine Anordnung über die Sukzession in das allodialisierte Fideikommiß<sup>3)</sup>, getroffen hat.

Betreffend die Rechte der Fideikommißgläubiger im Falle der Auflösung des Fideikommisses und im Falle der Erlöschung der Fideikommißqualität ist zu unterscheiden: Das Pfandrecht derjenigen Gläubiger, denen nur die Früchte des Fideikommisses verpfändet worden waren, oder zwar das Fideikommiß selbst, aber ohne gerichtliche Bewilligung (§ 632), bleibt nach wie vor auf die Früchte des Gutes und die ursprüngliche Dauer des Pfandrechtes eingeschränkt<sup>4)</sup>. Hingegen fällt für eigentliche Fideikommißschulden die durch die Fideikommißeigenschaft bedingte Beschränkung der Exekution auf die Früchte weg; eigentliche Fideikommißgläubiger können also nunmehr die Sache selbst zur Befriedigung ihrer Forderung in Exekution ziehen<sup>5)</sup>.

Besitzer für das in der Zwischenzeit erworbene Fideikommißgut oder einzelne Bestandteile desselben niemandem verantwortlich sei, daß also weder dem unbekannt gebliebenen, noch dem später geborenen Anwärter dieserhalb ein vindikationsrecht zustehe. Dagegen dürfte unserer Meinung zufolge denjenigen gegenüber, welche das allodialisierte Fideikommißgut unter einander geteilt haben, die Klage auf Wiederherstellung des Fideikommisses mit Erfolg angestellt werden können, und zwar selbst dann, wenn das Fideikommißgut schon veräußert, aber der Wert desselben noch vorhanden wäre. Ist auch dies nicht mehr der Fall, so könnte nur gegen diejenigen, welche unredlich zu Werte gegangen, auf Ersatz gedrungen werden, weil der unredliche Besitzer nach § 335 verpflichtet ist, allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen."

<sup>1)</sup> Hierher gehören aber auch noch die Fälle der Ersetzung des freien Eigentums am Fideikommißgute (§ 1474), sowie der mit gerichtlicher Bewilligung erfolgenden Veräußerung (§ 633) und der Enteignung des Fideikommißgutes. In den beiden letztgenannten Fällen erhält das Entgelt Fideikommißqualität (§ 634). Vgl. hierzu Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, 345; Stubenrauch 1, 846 f.; Krauz 1, 570.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Oll. 7117 (Errichtung eines Fideikommisses im 17. Jahrhundert mit der Widmung des Vermögens nach Aussterben aller zur Nachfolge berufenen Linien „zu der katholischen Mission in Schottland“. Durch dieses legatum ad piam causam erscheint der Allodialerbe des letzten Fideikommißbesitzers ausgeschlossen).

<sup>3)</sup> Vgl. Oll. 11441 (Die Klage des für den Fall des Erlöschens des Fideikommisses Substituierten verjährt in dreißig Jahren).

<sup>4)</sup> So auch Stubenrauch 1, 846; Krauz 1, 563.

<sup>5)</sup> So auch Stubenrauch 1, 846; Krauz 1, 563.

## Anhang II.

### Das Anerbenrecht<sup>1)</sup>.

Die derzeit in Österreich in Kraft stehenden anerbenrechtlichen Vorschriften sind das Tiroler P. v. 9. X. 1795 (ZGS. 258), das Reichs-anerbengesetz (Rahmengesetz) v. 1. IV. 1889 (RGBl. 52), das Tiroler G. v. 12. VI. 1900 (ZGBL 47) betreffend die Rechtsverhältnisse geschlossener Höfe (vgl. auch das Grundbuchsanlegungsgesetz v. 17. III. 1897 [ZGBL. 9] und das G. v. 12. VI. 1900 [ZGBL. 48]), sowie die auf Grund des

<sup>1)</sup> Aus der Literatur zum österreichischen Anerbenrecht vgl. u. a. Baernreither, Das deutsche Höferecht, in ZBl. 1882, Nr. 4; ders., Stammgütersystem und Anerbenrecht in Deutschland (1882); A. P., Zur Reform der bayerischen Erbfolge, in GerH. 1882, Nr. 36; Inama-Sternegg, Zur Reform des Agrarrechts, besonders des Anerbenrechts, in Grünhutsz. 10, 384 ff.; Zuckerkandl, Das neue österreichische Anerbenrecht (1889); Marchet, Das österreichische Gesetz betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften für landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Größe, in SchmollersZB. 13, 1305 ff.; ferner Unger 6, 196 ff.; Pfaff und Hofmann, Kommentar 2, ad § 761; Beurle, Zur Frage des Anerbenrechtes, in GerH. 1890, Nr. 9; Schiffler, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse 165 ff.; Stubenrauch 1, 929 ff.; Pitter, Über das kärntnerische Landesgesetz, betreffend Erbteilungsvorschriften für Stammgüter, in Notz. 1904, Nr. 46, 47; Schiffler, Art: Anerbenrecht und Höferecht, in OstStWB. (2) 1, 100 ff.; Krauz 2, 605 ff. (hier auch in Note 4 auf S. 606 eingehende Literaturangaben); Fejerseil, Das ZG. v. 7. VIII. 1908 (ZGBL. 68), betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften für landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Größe im Königreiche Böhmen und die W. d. ZM. v. 28. II. 1909, in Notz. 1909, Nr. 12; German, Das Erbrecht und die Verlassabhandlung gemäß der neuen Bauernerbfolge in Böhmen, in Notz. 1909, Nr. 42—51; ders., Das Aufgriffsrecht des Ehegatten nach der neuen Bauernerbfolge in Böhmen, in OstStWB. 1909, S. 177 ff.; ders., in Notz. 1910, S. 218 f., 272 ff., 376 f.; ders., Das Rechtsverhältnis der Erbschaftsgläubiger zu dem Anerbenhofe nach österreichischem Rechte, in Notz. 1911, S. 74, 81; Anders 75 ff.; Seidl, in Notz. 1910, S. 133 f., 271 f.; Fejerseil, in Notz. 1910, S. 349 ff., 377 f., 434 f.; Fernbach, in Notz. 1910, S. 376; Kofej, in Notz. 1910, S. 417. — Vgl. hier schließlich auch die Beilagen zu den stenographischen Protokollen des N. S. Session, Nr. 70 (RegVorl. des GesEntw. und Erläuternde Bemerkungen [zitiert: ErlBem.] samt Beilagen S. 1—48; Anhang: I. Teil. Gutachten S. 1—671; II. Teil. Statistische Tabellen samt Erläuterungen S. 1—416); ferner W. d. ZM. v. 14. I. 1904 zum Vollzuge des Kärntner ZG. v. 16. IX. 1903 (ZGBL. 33) betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften für landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Größe (Erbhöfe) (ZMWB. 1904, Nr. 2) (zitiert: WB. für Kärnten) und W. d. ZM. v. 28. II. 1909 zum Vollzuge des böhmischen ZG. v. 7. VIII. 1908 (ZGBL. 68) betreffend die Einführung besonderer Erbteilungsvorschriften für landwirtschaftliche Besitzungen mittlerer Größe (Erbhöfe) (ZMWB. 1909, Nr. 3) (zitiert: WB. für Böhmen).

Reichsanerbengefeszes erlassenen Landesanerbengefesze v. 16. IX. 1903 (RGBl. 33) für Kärnten und v. 7. VIII. 1908 (RGBl. 68) für Böhmen<sup>1)</sup>. Von diesen Gefeszen bleibt das Tiroler P. v. 9. X. 1795 bei der folgenden Darstellung außer Betracht. Es gilt auch jetzt schon nur mehr für einen kleinen Teil von Tirol, und da es auch für dieses Gebiet mit der Eröffnung des Grundbuches außer Kraft tritt, so ist das völlige Erlöschen seiner Geltung nur mehr eine Frage kurzer Zeit<sup>2)</sup>.

Die Bestimmungen des RG. v. 1. IV. 1889 (RGBl. 52), des LG. für Kärnten v. 16. IX. 1903 (RGBl. 33), des LG. für Böhmen v. 7. VIII. 1908 (RGBl. 68) und die hier in Betracht kommenden Bestimmungen (§§ 15 ff.) des LG. für Tirol v. 12. VI. 1900 (RGBl. 47) bezeichnen sich selbst als „Erbteilungsvorschriften“<sup>3)</sup>. Diese Bezeichnung wird aber dem Inhalte der betreffenden Vorschriften nicht ganz gerecht; denn, wenn es sich auch im wesentlichen um Regeln über die Erbteilung handelt, so enthalten diese Regeln doch auch, wie die weitere Darstellung lehrt, Modifikationen anderer Teile des objektiven Erbrechtes, insbesondere auch des Pflichtteilsrechtes<sup>4)</sup>.

Gemäß dem Reichsanerbengefesze und den im Rahmen dieses Gefeszes ergangenen Landesanerbengefeszen für Kärnten und Böhmen finden die Sonderbestimmungen über die Bauernerbfolge dann Anwendung, wenn sich in einem Intestatnachlasse — ausnahmsweise finden allerdings, wie später dargestellt werden wird, die anerbenrechtlichen Vorschriften auch bei der testamentarischen und bei der vertragsmäßigen Erbfolge Anwendung —, zu dem mehrere Personen als Erben berufen sind, eine im Alleineigentume des Erblassers stehende (§ 14, Abs. 1 RG.; § 1, Abs. 1 LG. für Kärnten; § 14, Abs. 1 LG. für Böhmen) — über einen Ausnahmefall, in welchem das Anerbenrecht auch auf einen im Miteigentume stehenden Hof Anwendung findet, wird später gehandelt werden —, „landwirtschaftliche, mit einem Wohnhause versehene Bestzung (Hof) mittlerer Größe“ (§ 1, Abs. 1 RG.) befindet. Es muß sich also um eine behaute landwirtschaftliche Bestzung handeln, und zwar um eine solche, auf welcher der Eigentümer berufsmäßig die Landwirtschaft betreibt. Es muß ferner ein Hof mittlerer Größe vorliegen, also weder ein Kleinhof noch ein Großgrundbesitz<sup>5)</sup>. Alles dies ergibt sich notwendig aus dem Zwecke der Gefesze, der in der Erhaltung eines starken

ländlichen Mittelstandes (Bauernstandes) besteht<sup>1)</sup>. Daß von der Anwendung der Sonderbestimmungen über die Bauernerbfolge auf Güter, welche mit dem Fideikommiß- oder Lehenbande behaftet sind, keine Rede sein kann, ist nach der Natur der Sache selbstverständlich, wird aber von den Anerbengefeszen auch noch ausdrücklich hervorgehoben (§ 2 RG.; § 4 LG. für Kärnten; § 2 LG. für Böhmen). Auch nach diesen Feststellungen bedarf der vom RG. verwendete Begriff: „landwirtschaftliche, mit einem Wohnhause versehene Bestzung (Hof) mittlerer Größe“ noch einer genaueren Abgrenzung. Diese überläßt das RG. (§ 1, Abs. 2) der Landesgefeszgebung. In dieser Hinsicht bestimmen die Landesgefesze für Kärnten und Böhmen, daß für die Qualifizierung als „Hof mittlerer Größe“ — nach der Terminologie des LG. für Kärnten: als „Erbbhof“ — ein gewisser Katastral-

<sup>1)</sup> Vgl. hier auch § 2 VB. für Kärnten (übereinstimmend § 2 VB. für Böhmen): „Für die Beurteilung der unter das Anerbenrecht fallenden landwirtschaftlichen Bestzungen ist zugleich auch die dieser Rechtsinstitution zugrunde liegende Tendenz ins Auge zu fassen. Die Tendenz ist, wie sich aus den parlamentarischen Verhandlungen, die der Erlaffung des RG. v. 1. IV. 1889 vorangingen, unzweifelhaft ergibt, darauf gerichtet, den Bauernstand dadurch in wirtschaftlicher Kraft zu erhalten, daß nach dem Ableben eines Hofeigentümers bei Vorhandensein mehrerer zur Nachfolge berufenen Personen der Hof nebst Zubehör nicht geteilt, sondern als Ganzes nur einem Übernehmer (dem Anerben) um einen mäßigen Übernahmepreis zugewiesen, die konkurrierenden Erbinteressenten aber anderweitig abgefunden werden sollen. Die Grundidee des Gefeszes ist die des bäuerlichen Erbrechtes, das in Kärnten mit Ausnahme des ehemaligen Willacher Kreises (beziehungsweise in Böhmen) auf Grund alter Vorschriften und Rechtsgewohnheiten bis zu der im Jahre 1868 (beziehungsweise 1869) erfolgten Aufhebung der Untrennbarkeit des Grundbesitzes in Geltung gestanden ist. — Der Anwendung des neuen Gefeszes kommt daher der Umstand zustatten, daß sich die Begriffe „Bauer, Bauernstand und bäuerlicher Hof“ nach altem Herkommen bis auf die Jetztzeit erhalten haben. Zum Bauernstande gehören diejenigen Grundbesitzer, die eine der Landwirtschaft gewidmete kleine oder mittlere Bestzung mit oder ohne Beihilfe von Familienangehörigen, Dienstboten oder Tagelöhnern selbst bebauen und diesen unmittelbaren Betrieb der Landwirtschaft berufsmäßig ausüben. Die Gesamtheit der zu einem wirtschaftlichen Ganzen vereinigten Vermögensbestandteile eines Bauers ist der Hof; die Hofstelle bildet den gemeinsamen Mittelpunkt der auf Bebauung und Verwertung der verschiedenen Liegenschaften und Nutzungrechte des Hofes gerichteten Tätigkeiten. — Der Begriff der landwirtschaftlichen Bestzung (eines Hofes) schließt nicht aus, daß zu derselben nebst Ackerflächen andere im Wege der landwirtschaftlichen Bodenkultur benüzbare (ferner Wald- und Wiesenparzellen) und selbst solche Grundstücke gehören, die (unproduktiv oder) der Urproduktion entzogen sind; ferner ist es unentscheidend, ob der Hof im gewöhnlichen Grundbuche oder in der Landtafel eingetragen ist, wofern ihm nur nicht das Fideikommiß- oder Lehenband anhaftet. Die Subjunktion eines Hofes unter das neue Gefesze ist auch dadurch nicht behindert, daß der Hofeigentümer (das Gut verpachtet hat oder) außer der Bearbeitung von Grund und Boden eine gewerbliche Tätigkeit entfaltet, wie z. B. als Vieh-, Holz- oder Produkthändler, als Frächter oder Besitzer einer Brettsäge, einer Mühle, eines Wirtschaftshauses und der damit auf dem Lande verbundenen Nebengewerbe u. dgl. Der Umfang, in dem der Hofbesitzer solche gewerbliche Beschäftigungen betrieben hat, ist jedenfalls dann ohne Belang, wenn diese Beschäftigungen vornehmlich auf besondere Eigenschaften und Verhältnisse der Person des Hofbesitzers zurückzuführen waren, so daß für den Nachfolger im Besitze der Landwirtschaft die Hauptfache oder doch die Hauptgrundlage seiner wirtschaftlichen Existenz zu bilden hat. — Mit Rücksicht auf die Tendenz des Gefeszes wird dessen Anwendung jedenfalls dann als ausgeschlossen zu betrachten sein, wenn der Hofeigentümer und dessen Familie nach landläufiger Auffassung nicht dem Stande der Landwirte zuzuzählen sind.“

<sup>1)</sup> Vgl. über diese Gefesze und über die Entwicklungsgeschichte des jetzigen österreichischen Anerbenrechtes weiter oben S. 195 ff. dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. auch hierzu weiter oben S. 196 f. dieses Bandes.

<sup>3)</sup> So die Gefesztitel des RG. des LG. für Kärnten und des LG. für Böhmen und die Marginalrubrik zu den §§ 15 ff. LG. für Tirol.

<sup>4)</sup> Vgl. hier u. a. Schiffner, a. a. O. 167; German, in Notz. 1909, S. 339.

<sup>5)</sup> Vgl. auch Anders 76.



reinertrag entscheidend ist. Und zwar sind als „Höfe mittlerer Größe“ im Sinne des RG. jene Höfe anzusehen, deren Katastralreinertrag in Kärnten zwischen der Minimalgrenze von fünfzig Kronen und der Maximalgrenze von tausend Kronen, in Böhmen zwischen der Minimalgrenze von hundert Kronen und der Maximalgrenze von fünfzehnhundert Kronen liegt. Doch darf nach beiden Landesgesetzen bei jenen Höfen, deren Katastralreinertrag nur gerade die Minimalgrenze erreicht, das Flächenmaß nicht unter 5 ha betragen<sup>1)</sup>. Bei Höfen, deren Katastralreinertrag die Minimalgrenze übersteigt, kommt es auf das Flächenmaß nicht an (§ 2, Abs. 1 LG. für Kärnten; § 1, Abs. 1 LG. für Böhmen). Durch das LG. für Kärnten (§ 2, Abs. 2) wird übrigens der Landesregierung die Befugnis eingeräumt, nach Einvernehmung des Landesauschusses für einzelne Gemeinden ein geringeres Mindestmaß des Katastralreinertrages, beziehungsweise der Flächengröße festzusetzen<sup>2)</sup>. Die Frage, ob eine landwirtschaftliche Besizung den Voraussetzungen entspricht, die das RG. und das betreffende Landesgesetz für die Anwendung der Spezialbestimmungen über die Bauernerbfolge aufstellen, wird nach dem Kärntner und dem böhmischen Rechte erst gelegentlich des konkreten Erbfalles durch das Abhandlungsgericht nach Einvernehmung des Gemeindevorstandes<sup>3)</sup> und von Sachverständigen entschieden (§ 3, Abs. 4 LG. für Kärnten; § 1, Abs. 5 LG. für Böhmen<sup>4)</sup>). Neben der genaueren Abgrenzung des Begriffes „Hof mittlerer Größe“ überläßt das RG. der Landesgesetzgebung auch die Bestimmung darüber, welche Liegenschaften und Nutzungsrechte bei der Entscheidung über das Vorhandensein eines Hofes mittlerer Größe als Hofbestandteile anzusehen sind (§ 1, Abs. 2 RG.). Dieser Weisung folgend stellen die Landesgesetze für Kärnten und Böhmen in wörtlicher Übereinstimmung gewisse Regeln auf (§ 3, Abs. 1—3 LG. für Kärnten; § 1, Abs. 2—4 LG. für Böhmen), auf deren Grundlage dann gelegentlich des

<sup>1)</sup> „Bei der Berechnung des Flächenmaßes ist die Bauarea der Wohn- und Wirtschaftsgebäude zu berücksichtigen“ (§ 5, Abs. 3 WB. für Kärnten; § 5, Abs. 4 WB. für Böhmen).

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu § 6 WB. für Kärnten: „Die Beschlüsse der Landesregierung, wodurch auf Grund des § 2, Abs. 2 LG. das Mindestmaß des Reinertrages, beziehungsweise Flächenmaßes für einzelne Gemeinden unter den normalen Ansätzen bestimmt wird, werden jeweils im Landesgesetz- und Verordnungsblatte, sowie in der amtlichen Landeszeitung zur Kundmachung gelangen und sind für die Gerichte ohne weiteres bindend.“

<sup>3)</sup> Das Kärntner LG. verlangt die Einvernehmung der „Gemeindevertretung“. Gemeint ist aber auch hier, wie im böhmischen LG., der Gemeindevorstand. Vgl. hierzu § 8, Abs. 2 WB. für Kärnten: „Wo die Anführung der Gemeindevertretung in Frage kommt, hat das Gericht bei dem Umstande, als das Gesetz nicht ausdrücklich die Vernehmung des Gemeindevorstandes vorschreibt, im Hinblick auf § 7, Abs. 1 RG. die Anführung des Gemeindevorstandes (des Gemeindevorsteheres oder eines von ihm bestimmten Gemeinderates § 4 GD.) einzuholen.“

<sup>4)</sup> Vgl. auch hier die weiter oben in Note 1 auf S. 375 dieses Bandes wiedergegebenen Stellen des § 2 WB. für Kärnten und des § 2 WB. für Böhmen.

konkreten Erbfalles das Abhandlungsgericht nach Einvernehmung des Gemeindevorstandes<sup>1)</sup> und von Sachverständigen zu entscheiden hat, welche Liegenschaften und Nutzungsrechte als Hofbestandteile zu betrachten sind (§ 3, Abs. 4 LG. für Kärnten; § 1, Abs. 5 LG. für Böhmen). Die erwähnten Regeln der beiden Landesgesetze nennen als Hofbestandteile:

1. sämtliche dem Eigentümer des Hofes gehörige, den Zwecken der Landwirtschaft dienende Liegenschaften, welche, regelmäßig von der Hofstelle aus bewirtschaftet, eine wirtschaftliche Einheit bilden; ferner

2. jene Liegenschaften, welche zwar im Sinne der bezüglichen Bestimmungen des in Frage kommenden LG. (§ 2 LG. für Kärnten; § 1, Abs. 1 LG. für Böhmen) als Höfe mittlerer Größe anzusehen wären, aber von einem anderen Hofe aus bewirtschaftet werden und ein zum ordentlichen Wirtschaftsbetriebe dieses Hofes notwendiges Zugehör bilden (in Kärnten „Halthuben“ genannt); endlich

3. die mit dem Besitze des Hofes oder einzelner Teile des Hofes verbundenen (radizierten) Gewerbe- und Nutzungsrechte, insbesondere Weide-, Holzungs- und Wasserrechte an Gemeindegundstücken oder an anderen fremden oder gemeinschaftlichen Grundstücken<sup>2)</sup>.

Das im vorstehenden Absätze über die Voraussetzungen des Eintrittes der Anerbenfolge nach dem Reichsanerbengefesze und den Landesgesetzen für Kärnten und Böhmen Gesagte gilt im wesentlichen auch nach dem neuen Tiroler Anerbenrechte. Insbesondere sind auch im Tiroler Gesetze die Fragen, ob die Anerbenfolge nur bei Vorliegen eines Intestatnachlasses oder auch bei Beerbung auf Grund eines Erbvertrages oder eines Testamentes eintritt, und ob die anerbenrechtlichen Vorschriften nur auf einen im Alleineigentume des Erblassers stehenden Hof oder unter Umständen auch auf einen im Miteigentume stehenden Hof Anwendung finden, in gleicher Weise entschieden, wie in den Landesgesetzen für Kärnten und Böhmen. Ein Unterschied in Betreff der Voraussetzungen der Anerbenfolge besteht zwischen dem Reichsanerbengefesze und den auf diesem beruhenden Landesanerbengefeszen für Kärnten und Böhmen einerseits und dem Landesanerbengefesze für Tirol andererseits nur insoferne, als nach dem Tiroler Gesetze Objekt des Anerbenrechtes nur die sogenannten „geschlossenen

<sup>1)</sup> Vgl. Note 3 auf S. 376 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> „Bei Feststellung der Hofbestandteile ist die wirtschaftliche Einheit der zum Hofe gehörenden Liegenschaften, (radizierten) Gewerbe und Nutzungs- oder Nachbarschaftsrechte, sowie die regelmäßige Wirtschaftsführung von der Hofstelle aus, mithin der wirtschaftliche Zusammenhang, nicht der territoriale Zusammenhang der Liegenschaften maßgebend. Es macht keinen Unterschied, ob die Liegenschaften des Hofes einen einzigen Grundbuchkörper bilden, oder in verschiedenen Grundbucheinlagen eingetragen sind. Insbesondere ist auch zu berücksichtigen, ob nicht mit Bestandteilen eines Hofes in einem Grundbuchkörper einzelne Liegenschaften vereinigt sind, die wirtschaftlich nicht zum Hofe gehören“ (§ 3 WB. für Kärnten; § 3 WB. für Böhmen).

Höfe“, das sind jene landwirtschaftlichen, mit einem Wohnhause versehenen Besitzungen, deren Grundbucheinlage sich in der Hofabteilung des Hauptbuches befindet, sind (§ 1 UG. für Tirol<sup>1)</sup>; § 3 des tirolischen UG. v. 17. III. 1897 [UGBl. 9]<sup>2)</sup>). In Tirol wird somit die Hofqualität im Grundbuche evident gehalten. Daher hat hier gelegentlich des konkreten Erbfalles das Abhandlungsgericht weder über die Frage, ob der im Nachlasse befindliche Hof der Anerbenfolge unterliegt, noch, da durch den Inhalt der betreffenden Grundbucheinlage der Hofabteilung des Hauptbuchs von vornherein über den Umfang des geschlossenen Hofes hinreichende Klarheit geschaffen ist<sup>3)</sup>, darüber zu entscheiden, welche Liegenschaften und Nutzungsrechte als Hofbestandteile anzusehen sind.

Die Sonderbestimmungen über die Bauernerbfolge beschränken an sich den Eigentümer in der Freiheit der Verfügung über den Hof oder einzelne Teile des Hofes nicht, und zwar weder in der Verfügung unter Lebenden, noch in der mortis causa (§ 3, Abs. 1 RG.; § 25, Abs. 1 UG. für Tirol; § 5, Abs. 1 UG. für Kärnten; § 3, Abs. 1 UG. für Böhmen). Doch haben nach § 16 RG. dort, wo die Landesgesetzgebung für Höfe mittlerer Größe Beschränkungen der freien Teilbarkeit festgesetzt oder Bestimmungen erlassen hat, wonach derartige Höfe von Personen, in deren Eigentum solche Höfe oder größere landwirtschaftliche Besitzungen bereits stehen, gar nicht

<sup>1)</sup> „Als geschlossener Hof gilt jede landwirtschaftliche, mit einem Wohnhause versehene Besitzung, deren Grundbucheinlage sich in der Hofabteilung des Hauptbuches befindet (§ 3 U. v. 17. III. 1897 [UGBl. 9]).“

<sup>2)</sup> „Die Grundbucheinlagen je einer Katastralgemeinde bilden zusammen ein Hauptbuch, das in zwei gesonderten Abteilungen die Einlagen der den gesetzlichen Teilungsbeschränkungen unterliegenden (geschlossenen) Höfe und die Einlagen aller anderen Liegenschaften enthält.“

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu § 24 UG. v. 17. III. 1897 (UGBl. 9) (dessen letzter Absatz durch Art. II UG. v. 12. VI. 1900 [UGBl. 48] abgeändert wurde): „Als Bestandteile eines geschlossenen Hofes sind sämtliche, dem Eigentümer des Hofes gehörige, den Zwecken der Landwirtschaft dienende Liegenschaften oder Miteigentumsanteile an Liegenschaften zu behandeln: a) welche im Steuerkataster von 1787 dem betreffenden Wohnhause zugehörig waren; b) welche später im Erbwege auf Grund der Bestimmungen des § 8 P. v. 9. X. 1795 (RG. 258) dem Hofe zugeteilt wurden; c) welche vom Eigentümer des Gutes oder einem Vorbesitzer desselben an Stelle der unter b) fallenden Liegenschaften erworben oder auf andere Weise mit dem Gute konsolidiert wurden; d) deren Vereinigung mit dem geschlossenen Hofe der Eigentümer beantragt. Als Bestandteile des geschlossenen Hofes sind ferner die mit dem Besitze des Gutes oder einzelner Teile desselben verbundenen (radizierten) Gewerbe- und Nutzungsrechte, insbesondere Weide-, Holzungs- und Wasserrechte an Gemeindegrundstücken oder an anderen fremden oder gemeinschaftlichen Grundstücken anzusehen. Eine landwirtschaftliche Besitzung, welche nicht behaftet ist, oder eine behaftete landwirtschaftliche Besitzung, auf welcher selbst eine kleine Familie ihren Unterhalt durch den landwirtschaftlichen Betrieb nicht zu finden vermag, ist auch dann nicht als geschlossener Hof zu behandeln, wenn sie in dem Steuerkataster vom Jahre 1787 als Hof vorkommt. Hingegen ist eine behaftete landwirtschaftliche Besitzung, welcher bisher die Hofeigenschaft nicht zum, auf Antrag des Eigentümers als geschlossener Hof dann zu behandeln, wenn der Durchschnittsertrag zur angemessenen Erhaltung einer Familie von mindestens fünf Köpfen ausreicht, ohne das Vierfache eines solchen Ertrags zu überschreiten.“ — Vgl. auch Schöff, a. a. O. 104.

oder nur unter bestimmten Voraussetzungen oder Beschränkungen erworben werden sollen — wo also neben dem Anerbenrecht auch noch das sogenannte Höferecht gilt —, die Bestimmungen über das Anerbenrecht mit der Maßgabe Anwendung zu finden, daß der Eigentümer des Hofes in seiner Disposition über diesen durch die landesgesetzlichen Vorschriften der bezeichneten Art beschränkt ist. Dieses Nebeneinander von Anerbenrecht und Höferecht besteht aber vorläufig nur in Tirol.

Daß die die Bauerngüter betreffenden „Erteilungsvorschriften“ hauptsächlich nur für die Intestaterbfolge bestimmt sind, wurde bereits hervorgehoben. Ihre ausnahmsweise Anwendung bei der testamentarischen und bei der vertragsmäßigen Erbfolge ist an die Voraussetzung geknüpft, daß der Erblasser eine der im UGB. unter die gesetzlichen Erben aufgenommenen Personen (also eventuell auch den überlebenden Ehegatten<sup>1)</sup>) unter mehreren Erben<sup>2)</sup> als Übernehmer des Hofes bestimmt hat. Gleichgültig ist hierbei, welchen unter den möglichen gesetzlichen Erben der Erblasser gewählt hat, und es ist insbesondere nicht notwendig, daß einer der nach der Ordnung des UGB. in concreto Zunächstberufenen oder gar gerade der nach der durch das betreffende Landesgesetz für die Anerbenqualität aufgestellten Reihenfolge an erster Stelle stehende als Übernehmer des Hofes bestimmt worden ist (§ 3, Abs. 2 RG.; §§ 15, Abs. 1, 26 UG. für Tirol; § 5, Abs. 2 UG. für Kärnten; § 3, Abs. 2 UG. für Böhmen).

Eine der wesentlichsten Bestimmungen der die Bauernerbfolge regelnden Spezialvorschriften ist der Satz, daß im Falle der Beerbung des Hofeigentümers durch mehrere Personen grundsätzlich weder Miteigentum der Miterben am Bauerngute eintreten, noch dessen Natural- oder Zivilteilung unter die Miterben stattfinden, vielmehr der Hof mit seinen Hofbestandteilen und nebst dem Zugehör nur einem der Erben als Übernehmer oder Anerben zufallen soll (§ 4, Abs. 1 RG.; § 15, Abs. 1 UG. für Tirol; § 6, Abs. 1 UG. für Kärnten; § 4, Abs. 1 UG. für Böhmen), der bis zur Höhe des lastenfreien Wertes des Hofes (samt Zugehör) Schuldner der Verlassenschaft wird (§ 6 RG.; § 18 UG. für Tirol; § 8 UG. für Kärnten; § 7 UG.

<sup>1)</sup> „Wenn der überlebende Ehegatte den Hof übernimmt, soll das Gericht nicht unterlassen, auf eine den Verhältnissen des Falles angemessene Vorsorge zugunsten der Kinder etwa durch Beschränkung des Eigentumsrechtes des Hofübernehmers nach Art einer fideikommissarischen Substitution Bedacht zu nehmen“ (§ 11, Abs. 2 W. für Böhmen). Vgl. hierzu auch Cerman, in Notz. 1909, S. 349.

<sup>2)</sup> Nach Cerman, in Notz. 1909, 339 f. ist es bei der testamentarischen und bei der vertragsmäßigen Erbfolge für die Anwendung der anerbenrechtlichen Vorschriften nicht notwendig, daß mehrere Personen als Erben berufen sind, es genügt vielmehr, daß der einzige eingesezte und als Hofübernehmer bezeichnete Erbe Legate zu leisten oder an Miterben Pflichtteile zu bezahlen hat. Diese Annahme findet aber in den Anerbengesetzen keine Stütze, sie widerspricht vielmehr ebenso dem Wortlaute dieser Gesetze, die an mehreren Stellen von „Miterben“ sprechen, wie dem Wesen und der ratio des Anerbenrechtes.

für Böhmen), bei deren Teilung an Stelle des Hofes der vom Übernehmer zu entrichtende Schuldbetrag einzubeziehen ist (§ 8, Abs. 1 RG.; § 20, Abs. 1 RG. für Tirol; § 10, Abs. 1 RG. für Kärnten; § 9, Abs. 1 RG. für Böhmen).

Hier muß die Frage aufgeworfen werden, ob diese wesentliche Bestimmung des Anerbenrechtes den Charakter nachgiebigen oder zwingenden Rechtes hat. Und zwar spaltet sich diese Frage wieder in zwei Teilfragen, nämlich in die, ob der Satz, daß der Hof nur einem der Anerben zuzufallen hat, durch eine Verfügung des Erblassers außer Kraft gesetzt werden kann, und in die andere, ob der erwähnte Satz einem entgegenstehenden Übereinkommen der Miterben weicht. Die erste Frage kann natürlich überhaupt nur für den Fall der Intestatnachfolge gestellt werden. Denn bei der testamentarischen und bei der vertragsmäßigen Erbfolge ist es ja nicht ein Satz des Anerbengesetzes, der einen der Miterben zur Hofübernahme berechtigt, sondern die Verfügung des Erblassers. Andere Sätze des Anerbenrechtes greifen allerdings auch bei der testamentarischen und bei der vertragsmäßigen Erbfolge ein. Allein deren rechtliche Natur steht hier nicht in Frage, ist auch überhaupt nicht zweifelhaft, da die meisten dieser anerbenrechtlichen Vorschriften ebenso gewiß den Charakter nachgiebigen Rechtes haben, indem sie sowohl einer entgegenstehenden Verfügung des Erblassers als auch einer widersprechenden Einigung der beteiligten Erbsinteressenten weichen — so die Vorschriften über die Person des Übernehmers, über die Festsetzung des Übernahmewertes, über die Art der Auszahlung der Erbgebühren —, wie die anderen zwingenden Rechtes sind — so die Vorschrift, daß die Erbteilung stets bei Gericht vorzunehmen oder dem Gerichte zur Genehmigung vorzulegen ist —. Was nun aber die Frage anlangt, ob der Erblasser auch bei Eintritt der Intestaterbfolge die Anwendung der normalen Regeln über die Erbteilung verfügen kann, so muß sie gewiß bejaht werden. Da die Anerbengesetze ausdrücklich festsetzen, daß der Hofeigentümer in der Freiheit der letztwilligen Verfügung über den Hof nicht behindert ist, da also der Erblasser z. B. die Möglichkeit hat, den Hof durch Testament oder Kodizill ganz oder zu beliebigen ideellen oder physischen Teilen (soweit nicht höherrichtliche Beschränkungen entgegenstehen) an fremde Personen zu vergeben, so kann ihm unter keinen Umständen die Befugnis zu der vom Standpunkte des Anerbenrechtes gewiß weit weniger zu mißbilligenden kodizillarischen Verfügung, daß die gesetzlichen Erben die ganze Verlassenschaft nach den gewöhnlichen Regeln unter einander teilen sollen, abgesprochen werden, umfoweniger als er das gleiche Resultat doch jedenfalls durch ein Testament, in welchem er die in concreto berufenen Intestaterben im Verhältnisse ihrer Intestaterbportionen zu Erben einsetzt, erzielen kann. In dieser Hinsicht — anlangend das Verfügungsrecht des Erb-

lassers — hat also der Satz der Anerbengesetze, daß der Hof nur einem der Miterben zuzufallen hat, gewiß den Charakter dispositiven Rechtes<sup>1)</sup>. Schwieriger zu beantworten ist wohl die Frage, ob dieser Satz auch einem entgegenstehenden Übereinkommen der Miterben weicht, ob sich also die Miterben auch bei Vorliegen der Voraussetzungen für den Eintritt der Anerbenfolge auf die Anwendung der normalen Erbteilungsvorschriften einigen können. Auch hier muß zwischen dem Falle der Intestaterbfolge einerseits und den Fällen der testamentarischen und der vertragsmäßigen Erbfolge andererseits unterschieden werden. In den beiden letztgenannten Fällen kommt nämlich die rechtliche Natur des mehrerwähnten Satzes des Anerbenrechtes gar nicht in Frage, denn nicht auf diese Vorschrift, sondern auf die Verfügung des Erblassers gründet sich hier das Übernahmsrecht eines der Miterben. So gehört also eigentlich die Behandlung dieser beiden Fälle gar nicht in diesen Zusammenhang. Nur der Vollständigkeit halber sei bemerkt, daß in den Fällen der testamentarischen und vertragsmäßigen Erbfolge die Einigung der Miterben die Erbteilungsvorschrift des Erblassers selbstverständlich außer Kraft setzen kann. Was aber die Frage nach der rechtlichen Natur des Satzes von der Hofübernahme im Falle der Intestaterbfolge anlangt, so ist ein wirksames Argument für die Annahme zwingenden Rechtes weder in dem Wortlaute des Gesetzes zu erblicken, da ja unsere Rechtsordnung eine scharfe Unterscheidung in der Diktion zwischen Sätzen zwingenden und nachgiebigen Rechtes nicht kennt, noch auch in dem Umstande, daß die Anerbengesetze zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen entstanden sind. Gerade auf diesen Umstand stützen sich allerdings die *W.* für Kärnten (§ 5, Abs. 1) und die *W.* für Böhmen (§ 5, Abs. 2) bei ihrer Behauptung, daß „die Anwendung des Gesetzes auf alle darunter fallenden Besitzungen obligatorisch, vom Begehren oder Übereinkommen der Erbsinteressenten ganz unabhängig sei“. Allein der gewiß unbestreitbare Zusammenhang des Anerbenrechtes mit allgemeinen volkswirtschaftlichen Interessen — und nur das können die Vollzugsvorschriften unter der „öffentlich-rechtlichen Bedeutung des Anerbenrechtes“ verstehen — führt keineswegs notwendig zu jenen Folgerungen, welche die genannten Vollzugsvorschriften ziehen. Daß eine Norm „öffentlich-rechtliche Bedeutung“ hat, zwingt nicht zur Annahme, daß dieser Norm der Charakter zwingenden Rechtes zukommt. Es muß vielmehr in jedem einzelnen Falle untersucht werden, wieweit die Rechtsordnung in den Konzeptionen zugunsten des öffentlichen Interesses und auf Kosten der Verfügungsfreiheit der beteiligten Parteien gehen will. Im vorliegenden Falle wünscht die Rechtsordnung im öffentlichen Interesse unter gewissen Umständen den Eintritt der Anerbenfolge. Diesem Wunsche

<sup>1)</sup> So auch Anders 76.

erscheint in gewissen Umfange auch schon dann Rechnung getragen, wenn man dem Satze von der Hofübernahme durch einen der Erben nur den Charakter einer ergänzenden Rechtsnorm zuerkennt. Die Annahme, daß die Rechtsordnung in Verfolgung dieses Wunsches noch weiter geht, ist durch nichts gestützt. Wohl aber spricht gegen diese Annahme der Umstand, daß der Wille des Erblassers die Anerbenfolge vereiteln kann. Denn es ist wohl nicht anzunehmen, daß die Rechtsordnung, welche die öffentlichen Interessen, deren Wahrung die Anerbengesetze bezwecken, nicht hoch genug einschätzt, um ihnen auch gegenüber dem abweichenden Willen des Erblassers Geltung zu verschaffen, eben diese Interessen gegenüber dem übereinstimmenden Willen aller Erbsinteressenten als ein *noli me tangere* betrachtet wissen will. Auch muß erwogen werden, daß den öffentlichen Interessen, denen die Anerbengesetze dienen sollen, nicht schon dadurch allein entsprochen ist, daß einer der Miterben den Hof übernimmt. Es muß noch hinzutreten, daß dem Anerben die Erhaltung und zweckmäßige Bewirtschaftung des Hofes durch gewisse Begünstigungen hinsichtlich der Höhe des Übernahmepreises und der Art der Entrichtung der Abfertigungsbeträge an die Miterben ermöglicht wird. An dem nachgiebigen Charakter der Vorschriften, die diese Begünstigungen einhalten, ist nun aber kein Zweifel: ihre Anwendung für den konkreten Fall kann durch Übereinkommen der Beteiligten vereitelt werden. Wie kann da, wenn doch eben die Abdingbarkeit der letztgenannten Vorschrift feststeht, ohne deren Geltung ja die Erreichung des Zieles der Anerbengesetzgebung auch bei Übernahme des Hofes durch einen der Miterben ohnehin nicht garantiert ist, der zwingende Charakter gerade des einen Satzes, daß nur ein Miterbe den Hof erhalten soll, aus dem Zwecke des Gesetzes, aus dessen „öffentlich-rechtlicher Bedeutung“ abgeleitet werden? Zwingender jedoch als alle diese Argumente führt zur Ablehnung der Unabdingbarkeit des Satzes von der Übernahme des Hofes durch einen der Miterben die Erkenntnis, daß man auf Basis der Unabdingbarkeit dieses Satzes zu unannehmbaren Resultaten kommen muß, nämlich zu dem der historischen Entwicklung und der Tendenz des Anerbenrechtes, sowie dem Inhalte und dem Wortlaute der Anerbengesetze widersprechenden Ergebnisse, daß der zum Anerben Berufene zur Übernahme des Hofes nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Eine solche Behauptung vertritt niemand. Auch die Vollzugsvorschriften für Kärnten und Böhmen nicht. Im Gegenteile. Die *W.B.* für Böhmen (§ 9, Abs. 19) erörtert ausdrücklich den Fall, daß keiner der Erben den Hof übernehmen will. Die — allein mögliche — Ansicht, daß der Anerbe nur ein Recht zur Hofübernahme hat, zu dieser nicht gezwungen werden kann, ist aber mit der Unabdingbarkeit des Satzes von der Übernahme des Hofes durch einen der Miterben unvereinbar. Erkennt man die Möglichkeit an, daß der zum

Anerben Berufene die Hofübernahme ablehnen kann, so muß man auch zugeben, daß es, wenn alle Berufenen ablehnen, von der Anerbenfolge kein Abkommen hat und die normalen Erbteilungsvorschriften eintreten. Man wird aber wohl nicht behaupten wollen, daß dieses Resultat nur durch die sukzessive Ablehnung aller Berufenen, nicht auch einfach durch ein Übereinkommen der Beteiligten erzielt werden kann.

Betreffend das Zugehör des Hofes, das zugleich mit dem Hofe dem Anerben zufallen soll, enthalten das *RG.* und die drei Landesgesetze folgende Bestimmungen: „Was als Zugehör eines Hofes anzusehen sei, bestimmt das *WGB.* Zu demselben gehört insbesondere auch das Betriebsinventar, soweit es zur ordentlichen Bewirtschaftung des Hofes erforderlich ist. In dem Falle, als sich die Erbsinteressenten hierüber nicht einigen können, ist der Umfang des erforderlichen Betriebsinventars durch das Gericht nach Einvernehmung von Sachverständigen festzustellen“ (§ 4, Abs. 2 *RG.*; § 15, Abs. 2 *LG.* für Tirol; § 6, Abs. 2 *LG.* für Kärnten; § 4, Abs. 2 *LG.* für Böhmen). „Wegen eines allfälligen Abganges an dem Betriebsinventar kann ein Anspruch auf Ersatz des Wertes aus dem sonstigen Nachlaßvermögen nicht erhoben werden“ (§ 4, Abs. 3 *RG.*; § 6, Abs. 3 *LG.* für Kärnten; § 4, Abs. 3 *LG.* für Tirol).

Die Regel, daß der Hof nur einem der Erben als Anerben zuzufallen hat, wird von dem tirolischen und dem böhmischen Landesgesetze<sup>1)</sup> durch eine

<sup>1)</sup> Das Kärntner *LG.* enthält keine derartige Ausnahmsvorschrift. Doch versucht die *W.B.* für Kärnten (§ 11), sie auch in das Kärntner Recht einzuführen, indem sie bestimmt, daß für den Fall, daß Geschwister als Erben eintreten und der berufene Anerbe oder alle oder einige Miterben minderjährig sind, die Auseinandersetzung zwischen ihnen aufgeschoben werden kann, sofern dies mit Rücksicht auf das Alter des Anerben oder auf die obwaltenden Familienverhältnisse angezeigt erscheint. In diesem Falle sei der Hof den mit dem Aufschube der Auseinandersetzung einverständigen Geschwistern zum gemeinsamen Eigentum mit dem Vorbehalte einzuzutreten, daß der Anerbe jederzeit sein Anerbenrecht geltend machen könne, während jene Miterben, die ihrer Einbeziehung in die erwähnte Eigentumsgemeinschaft nicht zustimmen, mit ihren Erbteilen gemäß den Bestimmungen der §§ 8—11 *LG.* sofort abzufinden seien. Die Erbteilung zwischen den gemeinsamen Besitzübernehmern sei hiedurch auf so lange hinausgeschoben, bis der Anerbe sein Anerbenrecht geltend macht; jedenfalls aber sei spätestens bei Eintritt der Großjährigkeit oder bei früher erlangter Eigenberechtigung des berufenen Anerben mit der Erbteilung vorzugehen. Der Weg, den da die Kärntner *W.B.* einschlägt, erscheint nun aber nicht gangbar. Der Satz des *RG.* und des *LG.* für Kärnten, daß der Hof nur einer Person, dem Anerben, zufallen kann, kann zwar, wie festgestellt wurde, durch Übereinkommen aller Interessenten, nicht aber, ohne eine besondere gesetzliche Ermächtigung, bei dissentierendem Willen auch nur eines der Miterben, beziehungsweise seiner gesetzlichen Vertretung durch Einigung der anderen oder durch Verfügung des Gerichtes außer Kraft gesetzt werden. Die im Kärntner *LG.* fehlende besondere gesetzliche Ermächtigung kann aber natürlich nicht durch eine Anordnung der Verordnungsgewalt ersetzt werden. So ist wohl die zitierte Vorschrift der *W.B.* für Kärnten bedeutungslos. Einigen sich alle Erbsinteressenten auf den Aufschub der Auseinandersetzung, so tritt dieser ohne Rücksicht auf die erwähnte Vorschrift, also auch ohne Rücksicht auf die in dieser Vorschrift enthaltenen Bestimmungen über die Voraussetzungen des Aufschubs der Auseinandersetzung (Minderjährigkeit) und über den Endtermin der provisorischen Eigentumsgemeinschaft ein. Widerspricht aber



Ausnahmsbestimmung für den Fall durchbrochen, daß Geschwister als Erben eintreten<sup>1)</sup>. Liegt dies vor, und beantragen der Anerbe sowie alle oder einige Miterben, beziehungsweise deren gesetzliche Vertreter einen Aufschub der Auseinandersetzung, so hat ein solcher Aufschub der Auseinandersetzung zwischen dem Anerben und jenen Miterben, die den Antrag gestellt haben, in der Art zu erfolgen, daß der Hof dem Anerben und den genannten Geschwistern zum gemeinsamen Eigentume mit dem Vorbehalte, daß der Anerbe jederzeit sein Anerbenrecht geltend machen kann, eingantwortet wird<sup>2)</sup>, während jene Miterben, welche den Antrag auf Aufschub der Auseinandersetzung nicht gestellt haben, sofort so abzufertigen sind<sup>3)</sup>, wie wenn die allgemeine Auseinandersetzung zwischen dem Anerben und allen Miterben in normaler Weise ohne jeden Aufschub stattfände<sup>4)</sup>. Zwischen den gemeinsamen Besitzübernehmern bleibt die Erbteilung auf solange hinausgeschoben, bis der Anerbe sein Anerbenrecht geltend macht, wozu er jederzeit berechtigt ist. Will ein anderer Teilnehmer aus der Gemeinschaft ausscheiden, oder stirbt während der Dauer der Gemeinschaft eines der

einer der Miterben dem geplanten Aufschube der Auseinandersetzung, so schafft die mehrerwähnte Vorschrift der W. für Kärnten keine Möglichkeit, die Anerbenfolge im konkreten Falle in der geplanten Richtung zu modifizieren.

<sup>1)</sup> Nichts zwingt zu der Auffassung, daß die Ausnahmsbestimmung des tirolischen und des böhmischen LG. bloß dann plaggreift, wenn nur Geschwister als Erben berufen sind. Es müssen nur auch Geschwister als Erben berufen sein. Ist dies der Fall (etwa bei der testamentarischen Erbfolge) und tritt die einstweilige Eigentums-gemeinschaft ein, so sind aber jedenfalls die Nichtgeschwister niemals in die Gemeinschaft aufzunehmen, sondern so, wie die der Gemeinschaft nicht beitretenden Geschwister, sofort bar abzufertigen. Vgl. auch Cerman, in Notz. 1909, S. 356.

<sup>2)</sup> „Der Vorbehalt der späteren Geltendmachung des Anerbenrechtes muß bei der grundbüchlichen Eintragung des Eigentumsrechtes für die betreffenden Geschwister im Eigentumsblatte B ersichtlich gemacht werden“ (§ 10, Abs. 3 W. für Böhmen).

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu § 10, Abs. 2 W. für Böhmen: „Eine solche Abfertigung . . . ist dann unbedenklich, wenn der betreffende Miterbe aus dem Nachlassvermögen sofort zur Genüge abgefunden werden kann, so daß es einer hypothekarischen Sicherstellung seines Erbteiles auf dem Hofe nicht bedarf. Soll jedoch das Erbteil des abzufindenden Miterben auf dem Hofe sichergestellt werden, so ist zu bedenken, daß sämtlichen von der Hofübernahme ausgeschlossenen Geschwistern, also auch denjenigen, die einstweilen in der Eigentums-gemeinschaft verbleiben und erst bei der definitiven Auseinandersetzung zur Abfindung kommen, für ihre Erbteile die gleiche Rangordnung gebührt, und daß daher unter einem für die Wahrung der Rechte aller weichenen Geschwister Sorge getragen werden müßte. In dieser Hinsicht ergeben sich jedoch vom Standpunkte des Grundbuches Schwierigkeiten, angesichts deren bei Aufschub der Erbteilung die Abfertigung einzelner Miterben überhaupt auf jenen Fall zu beschränken sein dürfte, in welchem diese Miterben sofort vollständig abgefertigt werden können, so daß es für die anderen im Miteigentumsverhältnisse verbleibenden Geschwister einer weiteren Vor-sorge nicht bedarf.“

<sup>4)</sup> Das LG. für Böhmen (§ 5, Abs. 4) sagt allerdings, daß die nicht in die Gemeinschaft eintretenden Miterben mit ihren Erbteilen gemäß den Bestimmungen der §§ 7 und 10 sofort abzufertigen sind, läßt also gerade die wichtige Bestimmung über die Festsetzung des Abnahmswertes unerwähnt. Es kann sich aber hiebei, wie ein Vergleich mit dem als Vorbild verwendeten § 16 LG. für Tirol und mit dem § 10, Abs. 2 W. für Böhmen lehrt, nur um einen Redaktionsfehler handeln. Richtig sollte es heißen: §§ 7 bis 10, oder §§ 8 und 10.

Geschwister ohne Nachkommenschaft, so hat das nicht notwendig die Auseinandersetzung der Gemeinschaft zur Folge. Vielmehr haben in diesen Fällen die anderen Teilhaber das Recht, den erledigten Miteigentumsteil unter Anwendung der in den Gesetzen über das Anerbenrecht enthaltenen Vorschriften über die Bestimmung des Hofwertes und die Art der Auszahlung, der Verzinsung und der Sicherstellung des Abfertigungsbetrages zu übernehmen. Wird von dieser Befugnis kein Gebrauch gemacht, oder sind nach dem verstorbenen Teilhaber Nachkommen vorhanden, so ist mit der Durchführung der hinausgeschobenen Erbteilung vorzugehen (§ 16 LG. für Tirol; § 5 LG. für Böhmen).

Die Entscheidung der Frage, wer in concreto unter den mehreren Erben zur Übernahme des Hofes berechtigt ist, steht zunächst dem Erblasser selbst zu (§ 3, Abs. 2 RG.; § 26 LG. für Tirol; § 5, Abs. 2 LG. für Kärnten; § 3, Abs. 2 LG. für Böhmen). In Ermangelung einer derartigen Bestimmung des Erblassers ist die Vereinbarung unter den mehreren Erben maßgebend (§ 5 RG.; § 17, Abs. 1 LG. für Tirol; § 7, Abs. 1 LG. für Kärnten; § 6, Abs. 1 LG. für Böhmen)<sup>1) 2)</sup>. Kommt eine solche Einigung nicht zustande, so greifen die subsidiären Normen der Landesgesetzgebung ein, der das RG. die Bestimmung der Person des Anerben überläßt. § 5 RG. sagt hierüber: „Der Übernehmer wird durch die Landesgesetzgebung in der Weise bestimmt, daß dieselbe hierbei an das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge gebunden bleibt und innerhalb dieser Grenzen die Reihenfolge festsetzt, in welcher unter mehreren nach der gesetzlichen Erbfolge eintretenden Erben bei Abgang einer Einigung unter denselben die einzelnen zur Übernahme des Hofes berufen sind“. Diese Fassung ist verfehlt, weil sie die in der Literatur denn auch wirklich vertretene<sup>3)</sup> irrümliche Annahme nahelegt, daß die Bindung an „das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge“ — diese Worte haben hier die gleiche Bedeutung, wie im § 763 ABGB<sup>4)</sup> — eine besondere Beschränkung des Bestimmungsrechtes der Landesgesetzgebung bedeute. Tat-

<sup>1)</sup> Vgl. hier zu dem Falle, daß der überlebende Ehegatte als Übernehmer bestimmt wird, § 11, Abs. 2 W. für Böhmen (zitiert in Note 1 auf S. 379). Vgl. auch § 11, Abs. 3 W. für Böhmen; und Cerman, in Notz. 1909, S. 349.

<sup>2)</sup> Natürlich können die Erben nur einen aus ihrer Mitte wählen; denn Anerbe kann nur jemand sein, der in concreto Erbe ist. Damit erledigt sich die von Cerman, in Notz. 1909, S. 340 aufgeworfene Frage, ob im Falle der Einigung über die Person des Übernehmers die Beteiligten an die Zugehörigkeit des zum Anerben Designierten zu der Zahl der möglichen gesetzlichen Erben gebunden sind. Allerdings können die Erben auch übereinkommen, den Hof an einen extraneus zu übergeben. Das ist dann aber nicht eine Einigung über die Person des Anerben, sondern eine Vereinbarung, daß in concreto die Anerbenfolge überhaupt nicht eintreten, vielmehr der Hof an den extraneus veräußert, und der Erlös unter den Miterben geteilt werden soll.

<sup>3)</sup> Vgl. z. B. Schiff, a. a. D. 101; Anders 77.

<sup>4)</sup> Hierüber vgl. weiter oben S. 210 ff. dieses Bandes.

sächlich sind aber die zitierten Worte des § 5 RG. überflüssig, weil sie etwas selbstverständliches sagen. Denn da die subsidiären Normen der Landesgesetzgebung über die Person des Anerben nur bei der gesetzlichen Erbfolge in Betracht kommen — bei der testamentarischen und bei der vertragsmäßigen muß ja der Erblasser den Anerben benannt haben —, und der Anerbe gemäß § 4, Abs. 1 RG. immer einer der Erben, bei der gesetzlichen Erbfolge also einer der in concreto zur Intestaterbfolge Berufenen sein muß, so ergibt sich die Bindung der Landesgesetzgebung an das Recht und an die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge und die Beschränkung des landesgesetzlichen Wahlrechtes auf die Zahl der in concreto Berufenen ganz von selbst. Ebenso unrichtig und irreführend, wie die Stilisierung des bisher behandelten ersten Satzes des § 5 RG., ist die Fassung jenes Passus, der der Landesgesetzgebung die Ermächtigung erteilt, die Anordnung zu treffen, daß der überlebende Ehegatte unmittelbar nach den Nachkommen des Erblassers und vor dessen übrigen Verwandten als Übernehmer berufen werde. Das Wort „jedoch“, mit welchem dieser Passus angeknüpft ist, scheint darauf hinzudeuten, daß die Fakultät der Landesgesetzgebung hier insofern erweitert wird, als sich die Landesgesetze bei der Berufung des überlebenden Ehegatten über das Recht und die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge hinwegsetzen können<sup>1)</sup>. Das ist aber nicht der Fall. Denn wenn keine Nachkommen vorhanden sind, gehört eben der überlebende Ehegatte immer zu den nach dem Rechte und der Ordnung der gesetzlichen Erbfolge Berufenen. Der zweite Satz des § 5 RG. enthält also ebensowenig eine Erweiterung des Bestimmungsrechtes der Landesgesetzgebung, wie der erste Satz des zitierten Paragraphen eine besondere, nicht schon in der Natur der Sache gelegene Beschränkung dieses Rechtes normiert. Dagegen liegt eine wirkliche Bindung der Landesgesetzgebung durch das RG. in den Schlußsätzen des § 5 RG.: „Leibliche Kinder gehen stets Adoptivkindern, eheliche den unehelichen vor. Legitimierte Kinder stehen den ehelichen gleich“, welche Vorschrift übrigens auch das Tiroler G. (§ 17, Abs. 2, Z. 2) rezipiert hat. Unter den Regeln, durch welche die Landesgesetzgebung die Person des Anerben bestimmt, sind manche in allen drei Landesgesetzen übereinstimmend. So entscheidet nach allen drei Rechten zunächst die Nähe des Grades, unter gleich nahen Verwandten das männliche Geschlecht, unter gleich nahen Verwandten desselben Geschlechtes das höhere Alter, und unter gleich nahen Verwandten desselben Geschlechtes und desselben Alters das Los (§ 17, Z. 1 LG. für Tirol; § 7, Z. 1 LG. für Kärnten; § 6, Z. 1 LG. für Böhmen). Nach dem tirolischen Rechte greift jedoch der Vorzug des höheren Alters und die

<sup>1)</sup> Diese Ansicht vertritt denn auch z. B. German, in Notz. 1909, S. 363. Vgl. auch Erl. Bem. 23.

Entscheidung des Loses bei gleichem Alter nur mit der Einschränkung Platz, daß den Nachkommen vorverstorbenen Söhne vor den Nachkommen vorverstorbenen Töchter stets der Vorzug gebührt, und gilt überdies die Norm, daß, wenn der zur Hofnachfolge berufene Sohn auf dem Hofe sich verheiratet hat, aber mit Hinterlassung eines Sohnes gestorben ist, und wenn dieser letztere zur Zeit des Ablebens des Besitzers noch auf dem Hofe seinen Wohnsitz hat, diesem Sohne des Sohnes die Nachfolge gebührt (§ 17, Z. 1 LG. für Tirol). Von der durch das RG. ausdrücklich eingeräumten, aber — wie bereits bemerkt wurde — auch schon von selbst sich ergebenden Ermächtigung, den überlebenden Ehegatten unmittelbar nach den Nachkommen des Erblassers und vor den übrigen Verwandten als Anerben zu berufen — das Aufgriffsrecht des überlebenden Ehegatten auf die zweite Hälfte eines im Miteigentume der beiden Ehegatten gestandenen Hofes gehört in einen späteren Zusammenhang —, hat nur das böhmische LG. Gebrauch gemacht, indem es für den Fall, daß keine Nachkommen des Erblassers vorhanden sind, den überlebenden, nicht gerichtlich geschiedenen Ehegatten als Übernehmer des Hofes beruft (§ 6, Z. 3 LG. für Böhmen). Hier ergibt sich also ein Unterschied zwischen den Voraussetzungen der Berufung des überlebenden Ehegatten zur Intestaterbfolge und jenen seiner Berufung zum Anerben. Von der Intestaterbfolge ist nur der durch sein Verschulden geschiedene Ehegatte ausgeschlossen, von der Berufung zum Anerben hingegen jeder geschiedene Ehegatte, also auch jener, dessen Ehe einverständlich oder aus beiderseitigem Verschulden oder aus dem Verschulden des vorverstorbenen Teiles geschieden worden war. Auch die beiden anderen Landesgesetze — das tirolische und das Kärntner — enthalten übrigens eine Spezialbestimmung für den Fall, daß der Erblasser kinderlos verstorben ist. Nur berufen sie nicht den überlebenden Ehegatten, normieren vielmehr unter der Voraussetzung, daß der Hof dem Erblasser ganz oder zum größten Teile von Seite eines Elternteiles zugekommen war, eine Bevorzugung jener Erbberechtigten, die ihr Erbrecht von dem betreffenden Elternteile ableiten. Das LG. für Tirol sagt: es „sind vor allem jene Erbberechtigten als Anerben berufen, die ihr Erbrecht von dem betreffenden Elternteile ableiten“ (§ 17, Z. 3); das LG. für Kärnten sagt: der Hof fällt „auf denjenigen Miterben, welchem er in dem Falle zufallen würde, wenn nur Erbinteressenten von dem betreffenden Elternteile vorhanden wären“ (§ 7, Z. 3).

Derjenige, der nach den bisher dargestellten Bestimmungen in concreto als Anerbe berufen wäre, soll nun aber nur dann wirklich Anerbe werden, wenn ihm keiner der Ausschließungsgründe entgegensteht, die die Landesgesetze aufstellen. Diese Ausschließungsgründe sollen verhindern, daß der Zweck der Anebengesetzgebung dadurch vereitelt wird, daß der Hof Personen

zugewiesen wird, deren Verhältnisse eine dauernde und zweckmäßige persönliche Bewirtschaftung des Bauerngutes fraglich erscheinen lassen<sup>1)</sup>. Alle drei Landesgesetze stellen die gleichen Ausschließungsgründe auf. Hierauf sind von der Übernahme des Hofes in der Regel diejenigen ausgeschlossen:

- a) denen das Recht der freien Vermögensverwaltung vom Gerichte entzogen wurde;
- b) welche sonst wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen zur persönlichen Bewirtschaftung des Hofes unfähig erscheinen;
- c) welche einen auffallenden Gang zur Verschwendung betätigen;
- d) welche durch ihren Beruf verhindert sind, den Hof von der Hofstelle aus persönlich zu bewirtschaften;
- e) die über zwei Jahre abwesend sind, ohne von ihrem Aufenthalte Nachricht zu geben, wenn diese Abwesenheit von solchen Umständen begleitet ist, welche es zweifelhaft erscheinen lassen, ob der Abwesende binnen einer angemessenen Zeit zurückkehrt (§ 17, Z. 4 LG. für Tirol; § 7, Z. 4 LG. für Kärnten; § 6, Z. 4 LG. für Böhmen).

Die Entscheidung über das Vorhandensein von Ausschließungsgründen steht in Tirol immer dem Verlassenschaftsgerichte, das hierüber vorerst das Gutachten der Hofbehörde einzuholen hat, zu (§ 17, Z. 4 Abs. 2 LG. für Tirol); in Kärnten und Böhmen steht die Entscheidung über das Vorhandensein von Ausschließungsgründen gemäß lit. b)–e) dem Gerichtshofe erster Instanz zu, dem das Bezirksgericht seinen bezüglichen „Beschluss“ — das LG. für Kärnten sagt richtiger als § 109, Abs. 2 ZN.: „Gutachten“<sup>2)</sup> — samt den Akten gemäß § 109, Abs. 2 ZN. zur Korroborierung vorzulegen hat (§ 7, Z. 4 Abs. 3 LG. für Kärnten; § 6, Z. 4, Abs. 2 LG. für Böhmen). Über das Vorhandensein des sub lit. a) angeführten Ausschließungsgrundes entscheidet auch in Kärnten und Böhmen der Abhandlungsrichter allein, was darauf zurückzuführen ist, daß die richterliche Tätigkeit hier einfach darin besteht, die rechtlich normierte Konsequenz einer früheren gerichtlichen (und zwar durch einen Gerichtshof ergangenen) Verfügung auszusprechen<sup>3)</sup>.

Ist der in der Reihe der möglichen Anerben zunächst Berufene ausgeschlossen, so geht das Recht auf Übernahme des Gutes auf jenen der nicht ausgeschlossenen Miterben über, dem der Hof zugefallen wäre, wenn der ausgeschlossene Erbe gar nicht vorhanden gewesen wäre (§ 17, Z. 4, Abs. 3 LG. für Tirol; § 6, Z. 6, Abs. 1 LG. für Böhmen).

Die Ausschließungsgründe wirken nach dem tirolischen LG. unbedingt

<sup>1)</sup> So auch Anders 77.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Note 7 auf S. 235 im IV. Bande dieses Lehrbuchs.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Cerman, in Notz. 1909, S. 357 und Note 40.

und ausnahmslos. Nach den Landesgesetzen für Kärnten und Böhmen kann ihre Anwendung unter gewissen Umständen zessieren, indem nämlich dann, wenn zur Übernahme des Hofes keine anderen als solche Erben, hinsichtlich welcher ein Ausschließungsgrund obwaltet, berufen sind, gleichwohl einer dieser Berufenen als Übernehmer des Hofes zu bestimmen ist, falls es nicht zweckmäßiger befunden wird, den Hof nach den für Pflegebefohlene geltenden gesetzlichen Bestimmungen zu veräußern und das Verlassenschaftsvermögen nach den Grundsätzen des ABGB. zu verteilen (§ 7, Z. 4, Abs. 2 LG. für Kärnten; § 6, Z. 6, Abs. 2 LG. für Böhmen). Die Entscheidung der Fragen, ob der Hof zu veräußern und das Verlassenschaftsvermögen mit Einschluß des Erlöses für den Hof nach den Grundsätzen des ABGB. zu verteilen, oder aber einer der ausgeschlossenen Erben als Übernehmer des Hofes zu bestimmen ist, und im letzteren Falle, welchem der Ausschlossenen der Hof zugewiesen werden soll — denn das Gericht ist in diesem Falle nicht an die normale Reihenfolge der zum Anerben Berufenen gebunden —, ist im LG. für Kärnten (§ 7, Z. 4, Abs. 3) dem Gerichtshofe erster Instanz zugewiesen, dem das Bezirksgericht sein bezügliches „Gutachten“<sup>1)</sup> samt den Akten gemäß § 109, Abs. 2 ZN. zur Korroborierung vorzulegen hat. Im böhmischen LG. fehlt es an einer derartigen Bestimmung. Hier wird also zu unterscheiden sein: Faßt das Verlassenschaftsgericht den Beschluß, das Gut zu veräußern, so wird, da die für Pflegebefohlene geltenden gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden sind, die Vorschrift des § 109, Abs. 2 ZN. Platz greifen, dieser „Beschluss“ also der Korroborierung durch den übergeordneten Gerichtshof erster Instanz bedürfen<sup>2)</sup>. Beschließt aber das Verlassenschaftsgericht, den Hof einem der Ausschlossenen als Übernehmer zuzuwenden, so bedarf es zu diesem Beschlusse und zur Bestimmung des Anerben nicht der Korroborierung durch den Gerichtshof<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 388 und Note 2 auf S. 388 dieses Bandes.

<sup>2)</sup> Vgl. auch Cerman, in Notz. 1909, S. 396.

<sup>3)</sup> Gelten die Ausschließungsgründe — und ebenso die im Texte anschließend behandelte Vorschrift des § 17, Z. 5 LG. für Tirol, beziehungsweise § 7, Z. 5 LG. für Kärnten, beziehungsweise § 6, Z. 5 LG. für Böhmen — auch bei der testamentarischen und bei der vertragsmäßigen Erbfolge? Im Hinblick auf die Tendenz der Anerbengesetzgebung, und da die Exemption nicht ausdrücklich angeordnet ist, ist diese Frage wohl zu bejahen. So auch Cerman, in Notz. 1909, S. 357. Hinsichtlich der weiteren Frage, ob die Beteiligten durch Übereinkommen einen Ausschlossenen (beziehungsweise jemanden, der schon Alleineigentümer eines Hofes oder einer noch größeren landwirtschaftlichen Besitzung ist) als Anerben berufen können, meint Cerman, daß ein solches Übereinkommen zwar an sich nicht wirksam ist, aber der Richter dennoch dem durch dieses Übereinkommen Genannten die Hofübernahme gestatten kann. Für das böhmische Recht, für welches Cerman diese Meinung aufstellt, ist den Ausführungen Cermans im Hinblick auf § 6, Z. 6, Abs. 2 LG. zuzustimmen. Auch für das Kärntner Recht ist mit Rücksicht auf § 7, Z. 4, Abs. 2 LG. das gleiche zu behaupten, mit der Modifikation, daß die Gestattung der Hofübernahme nur durch einen Beschluß des Gerichtshofes I. Instanz erfolgen kann (vgl.

Neben der Devolution des Anerbenrechtes, die dann eintritt, wenn hinsichtlich des Erstberufenen ein Ausschließungsgrund obwaltet, kennen die Landesgesetze auch noch einen anderen Devolutionsfall. Ist nämlich der Erstberufene zur Zeit des Erbanfalles bereits Alleineigentümer eines geschlossenen Hofes (nach tirolischem Recht), beziehungsweise eines Hofes mittlerer Größe oder einer noch größeren landwirtschaftlichen Besitzung (so die Landesgesetze für Kärnten und Böhmen), „so hat er in dem Rechte, den Hof des Erblassers zu übernehmen, hinter den anderen Miterben zurückzustehen, und fällt sohin der Hof dem Nächstberufenen zu“. Doch kann der Erstberufene diese Devolution dadurch vereiteln, daß er sich bereit erklärt, sein eigenes Gut um einen Preis, der nach denselben Grundsätzen zu ermitteln ist, wie der Übernahmewert eines der Anerbenfolge unterliegenden Hofes, dem Nächstberufenen und, falls dieser die Übernahme verweigert, einem der weiteren Miterben, denen das Gut wohl in der Reihenfolge ihrer Berufung zum Anerbenrecht anzubieten ist, zu überlassen. Übernimmt auf Grund dieses Angebotes einer der Miterben das Gut des Erstberufenen, oder lehnen alle Miterben die Übernahme ab, so bleibt das Recht, den Hof des Erblassers zu übernehmen, beim Erstberufenen: das Recht der Miterben, „das Zurückstehen des zur Übernahme des Hofes Berufenen zu verlangen, erlischt“ (§ 17, Z. 5 LG. für Tirol; § 7, Z. 5 LG. für Kärnten; § 6, Z. 5 LG. für Böhmen).

Eine Devolution findet schließlich auch dann statt, wenn der Erstberufene den Hof nicht übernehmen will. Zu dieser Übernahme kann nämlich der zum Anerben Berufene nicht gezwungen werden. Er hat nur ein Recht zur Übernahme<sup>1)</sup>. Macht er von diesem Rechte keinen Gebrauch, so devolviert dieses auf den Nächstberufenen und so fort in der für die Berufung zum Anerben geltenden Reihenfolge. Will keiner der berufenen Erben den Hof übernehmen, so hat die Auseinandersetzung der gesamten Verlassenschaft nach den normalen Regeln zu erfolgen<sup>2)</sup>.

§ 7, Z. 4, Abs. 3 LG. Im tirolischen Recht greift jedoch die unbedingte Wirkung der Ausschließungsgründe auch hier ein.

<sup>1)</sup> Vgl. u. a. auch Anders 77.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu weiter oben S. 381 ff. dieses Bandes. — Unrichtig ist es, wenn die WB. für Böhmen (§ 9, Abs. 19) sagt: „Will keiner der Erben den Hof übernehmen, so findet die Veräußerung des Hofes statt.“ Denn die Veräußerung des Hofes — die Zivilteilung — ist nur einer der möglichen Wege. Es kann auch Eigentümersgemeinschaft am Hofe begründet werden, oder, soweit nicht, wie in Tirol, höferechtliche Hindernisse entgegenstehen, Naturalteilung erfolgen. Daß die WB. für Böhmen nur die Veräußerung erwähnt, ist wohl darauf zurückzuführen, daß nach böhmischem (auch nach Kärntner) Rechte dann, wenn nur ausgeschlossene Erben vorhanden sind, und nicht einer der ausgeschlossenen vom Gerichte zum Anerben bestimmt wird, die Veräußerung des Hofes stattfinden muß. Aber in diesem Falle ist eben die exklusive Alternative: Anerbenfolge oder Veräußerung des Hofes ausdrücklich aufgestellt, und zu einer analogen Anwendung dieser Vorschrift auf den hier behandelten Fall fehlt wohl die Berechtigung.

Macht hingegen der Erstberufene oder derjenige Miterbe, auf den das Recht, den Hof zu übernehmen, devolviert ist, von diesem Rechte Gebrauch, so treten die besonderen Erbteilungsvorschriften der Anerbengesetze ein, die die gewöhnlichen Regeln in mehrfacher Hinsicht modifizieren. Der Schwerpunkt der speziellen Erbteilungsvorschriften liegt, wie bereits bemerkt wurde, in dem Satze, daß der Hof samt Zugehör (inkl. Betriebsinventar) weder der Natural-, noch der Zivilteilung unterzogen wird, noch auch im Miteigentume der Miterben verbleibt — über die Ausnahmsbestimmung des tirolischen und des böhmischen Landesgesetzes für den Fall, daß Geschwister als Erben eintreten, wurde schon weiter oben gehandelt —, sondern dem Anerben ins Alleineigentum überwiesen wird. Der Anerbe wird bis zur Höhe des lastenfreien Wertes des Hofes<sup>1)</sup> Schuldner der Verlassenschaft (§ 6 RG.; § 18 LG. für Tirol; § 8 LG. für Kärnten; § 7 LG. für Böhmen), und dieser Schuldbetrag bildet nun gemeinsam mit dem übrigen Verlassenschaftsvermögen den Gegenstand der Erbteilung, die sohin unter den Miterben einschließlich des Übernehmers nach den Bestimmungen des ABGB. und den Vorschriften des AusstreitG. geschieht, mit der einzigen Modifikation, daß bei Eintritt der Anerbenfolge die Erbteilung stets bei Gericht vorzunehmen oder dem Gerichte zur Genehmigung vorzulegen ist (§ 8 RG.; § 20 LG. für Tirol; § 10 LG. für Kärnten; § 9 LG. für Böhmen)<sup>2)</sup>.

Von besonderer Wichtigkeit sind nun die Vorschriften über die Bestimmung des Hofwertes. Durch diese Normen verkörpern nämlich die sogenannten Erbteilungsvorschriften der Anerbengesetze, indem sie die Position des Anerben begünstigen, also den Umfang seines Erbteiles und der Erbteile der Miterben berühren, den Charakter reiner Erbteilungsvorschriften<sup>3)</sup>. Über den Übernahmewert des Hofes entscheidet zunächst die Verfügung des Erblassers, der die in der subsidiären Gesetzesnorm über die Feststellung des Übernahmewertes gelegene Bevorzugung des Anerben einschränken, aufheben oder innerhalb der Grenzen des Pflichtteilsrechtes erweitern kann (§ 11 RG.; § 19, Abs. 1 LG. für Tirol; § 12 LG. für Kärnten; § 12 LG. für Böhmen), in deren Ermangelung das Übereinkommen der

<sup>1)</sup> Der lastenfreie Wert des Hofes ist die Differenz zwischen dem Hofwerte und den „Hofschulden“. Hofschulden sind jene Schulden, die den Hof unmittelbar belasten, als Tabularschulden, Steuern und andere öffentliche Abgaben und sonstige Passiven, für die auf dem Hofe das gesetzliche Pfandrecht haftet. Vgl. § 10, Abs. 12 WB. für Kärnten; § 9, Abs. 11 und 12 WB. für Böhmen.

<sup>2)</sup> Nach den Landesgesetzen für Kärnten und Böhmen ist in der gerichtlichen Teilungsurkunde auszudrücken, daß die Erbteilung nach den Spezialvorschriften über die Bauernerbfolge vorgenommen wurde.

<sup>3)</sup> Vgl. auch Schiffner, a. a. O. 168 f.; Schiff, a. a. O. 107; German, in Notz. 1909, S. 339; Anders 78.



Beteiligten<sup>1)</sup> (§ 7, Abs. 1 RG.; § 19, Abs. 1 LG. für Tirol; § 9, Abs. 1 LG. für Kärnten; § 8, Abs. 1 LG. für Böhmen). Kommt auch ein solches Übereinkommen nicht zustande, so hat das Gericht eine Schätzung durch Sachverständige vornehmen zu lassen und hierauf den Übernahme-wert des Hofes, wie das RG. sagt, „nach billigem Ermessen, daß der Übernehmer wohl bestehen kann“ zu bestimmen (§ 7, Abs. 1 RG.)<sup>2)</sup>. Diese Formel läßt wohl infolge ihrer unklaren, unjuristischen Fassung<sup>3)</sup> dem richterlichen Ermessen einen zu weiten Spielraum<sup>4)</sup>. Zu billigen ist sie aber jedenfalls insoferne, als sie den Richter nicht an den Verkaufspreis bindet, ihm vielmehr die Anweisung erteilt, unter diesen Wert hinunter zu gehen<sup>5)</sup>. Die Landesgesetzgebung kann auch anordnen, daß an Stelle dieser richterlichen Festsetzung eine Bewertung unter Zugrundelegung eines Vielfachen des Katastralreinertrages einzutreten habe (§ 7, Abs. 4 RG.). Weiters wird der Landesgesetzgebung durch das RG. (§ 10) die Ermächtigung erteilt, für den Fall, daß der Übernahme-Preis durch das Gericht bestimmt wird, anzuordnen, daß hiebei zugunsten des Übernehmers ein Betrag in Abzug gebracht werde (sogenannter „Voraus“<sup>6)</sup>), welcher jedoch ein Drittel des gerichtlich ermittelten lastenfreien Wertes des Hofes nicht übersteigen darf. Die Landesgesetze haben von keiner dieser beiden

<sup>1)</sup> Auf ein solches Übereinkommen kann das Gericht, auch wenn der Auerbe oder die weichenenden Miterben pflegebefohlen sind, keine Ingerenz nehmen. So Cerman, in Notz. 1909, S. 379. Vgl. auch § 9, Abs. 20 WB. für Böhmen.

<sup>2)</sup> Diese Formel des RG. rührt aus dem alten tirolischen Auerbenrechte her. Vgl. hierüber Cerman, in Notz. 1909, S. 340 (Note 21). — Vgl. hier auch § 7 WB. für Kärnten (übereinstimmend § 6 WB. für Böhmen): „Große Umsicht und Gewissenhaftigkeit erfordert die Bestimmung des Wertes, um welchen der Auerbe den Hof übernehmen soll und der bei der Teilung des Nachlassvermögens an Stelle des Hofes als Aktivum zu behandeln ist. Dabei ist dem Zwecke des Gesetzes Rechnung zu tragen, daß der Hofübernehmer durch Bestimmung eines billigen Übernahme-Preises in die Lage versetzt werde, auf dem Hofe wohl bestehen zu können. Andererseits sollen aber die Miterben nicht über Gebühr benachteiligt werden. Es muß daher das Streben dahin gehen, die beiden widerstreitenden Interessen: Erhaltung des Hofes und billige Abfindung der Miterben durch gewissenhafte Berücksichtigung aller einschlägigen Verhältnisse tunlichst auszugleichen. — Die . . . für die Pflichtteilsberechnung normierte Minimalgrenze darf in keinem Falle außer Acht gelassen werden.“ Mit Recht bemerkt hiezu Schiff, a. a. O. 104, dem Cerman, in Notz. 1909, S. 341 zustimmt: „In den Sätzen über die Bewertung des Hofes scheint die B. mit dem G. nicht ganz im Einklang zu stehen. Denn dieses kennt keine Rücksicht auf die Interessen der Miterben. Die Bewertung des Hofes, „so daß der Übernehmer wohl bestehen kann“, ist in dem G. nicht dadurch beschränkt, daß „die Miterben nicht über Gebühr benachteiligt werden“. Zwar ist anzuerkennen, daß damit eine sachlich gerechtfertigte Einschränkung des „Wohlbestehentkönnens“ versucht wird. Doch sagt auch die B. nicht, wann die Benachteiligung beginnt, „über Gebühr“ groß zu sein.“

<sup>3)</sup> Vgl. hiezu statt aller Marchet, a. a. O. 1383; Schiff, a. a. O. 107 f.

<sup>4)</sup> So auch u. a. Schiff, a. a. O. 107; Cerman, in Notz. 1909, S. 341; Anders 78.

<sup>5)</sup> Diese und die anderen Begünstigungen des Übernehmers bezüglich des Übernahme-Preises sind als gesetzliche Vorausvermächtnisse aufgefaßt worden. So Schiffner, a. a. O. 169. Vgl. auch Anders 78.

<sup>6)</sup> Dieser Voraus tritt neben die ermäßigte Guttschätzung“. So Schiff, a. a. O. 101.

Ermächtigungen Gebrauch gemacht. Sie begnügen sich vielmehr, die dehnbare Formel des RG. zu wiederholen, und ergänzen diese allenfalls durch Zusätze, die nur geeignet sind, die Unklarheit zu erhöhen. So ordnet das tirolische LG. (§ 19, Abs. 3) in ganz unklarer<sup>1)</sup> Fassung an, daß bei der Schätzung auf den Ertragswert angemessene Rücksicht zu nehmen sei, und in geradezu unverständlicher Weise weisen das Kärntner LG. (§ 9, Abs. 2) und das LG. für Böhmen (§ 8, Abs. 2) den Richter an, den Übernahme-wert „nach einem Vielfachen des Katastralreinertrages“ festzusetzen. Man kann sich hinsichtlich dieser Bestimmung des Kärntner und des böhmischen LG. des Eindruckes nicht erwehren, daß ein Mißverständnis des Gesetzgebers vorliegt<sup>2)</sup>, der vielleicht mit diesen Worten von der ihm durch den oben erwähnten § 7, Abs. 4 RG. erteilten Ermächtigung Gebrauch zu machen gedachte. Nun hat aber diese Vorschrift des Kärntner und des böhmischen LG. gar nichts mit der Ermächtigung des RG. gemein. Das RG. will die Möglichkeit gewähren, die in das billige Ermessen des Richters gestellte Fixierung des Übernahme-Preises durch eine Bewertung unter Zugrundelegung eines gesetzlich von vornherein normierten bestimmten Vielfachen des Katastralreinertrages zu ersetzen, und das hat einen Sinn, wenngleich dieser Weg gewiß nicht empfehlenswert ist. Unerfindlich ist es hingegen, was die Worte „nach einem (scil. beliebigen) Vielfachen des Katastralreinertrages“ in einer Vorschrift bedeuten sollen, die die Festsetzung des Übernahme-Preises durch den Richter „nach billigem Ermessen“ normiert.

Bei der Feststellung des Wertes des Hofes ist zwar auf das vorhandene Betriebsinventar angemessene Rücksicht zu nehmen, doch soll dieses — das tirolische LG. fügt hinzu: „insoweit es ein Zugehör des Hofes bildet“ — nicht selbständig geschätzt werden (§ 7, Abs. 3 RG.; § 19, Abs. 3 LG. für Tirol; § 9, Abs. 6 LG. für Kärnten; § 8, Abs. 6 LG. für Böhmen). Im Übrigen wird bezüglich der Schätzung nur noch bestimmt, daß jeder Sachverständige verpflichtet ist, die tatsächlichen Voraussetzungen, auf denen sein Gutachten beruht, sowie die übrigen Grundlagen seiner Wertberechnung anzugeben (§ 19, Abs. 3 LG. für Tirol; § 9, Abs. 5 LG. für Kärnten; § 8, Abs. 5 LG. für Böhmen).

Der gerichtlichen Festsetzung des Übernahme-wertes hat die Einvernahme des Gemeindevorstandes<sup>3)</sup> voranzugehen (§ 7, Abs. 1 RG.; § 19, Abs. 2

<sup>1)</sup> So auch Anders 78.

<sup>2)</sup> Ein Mißverständnis des Gesetzgebers nimmt auch Pitter, a. a. O. 371 an. Dem gleichen Mißverständnis, wie die beiden Landesgesetze, erliegt auch Anders 78, während Schiff, a. a. O. 104 bei der Besprechung des Kärntner LG. ganz richtig sagt: „Der Ausdruck ‚nach einem Vielfachen des Katastralreinertrages‘ ist ganz bedeutungslos“ und „... die Bewertung nach einem bestimmten Vielfachen des Katastralreinertrages ist nicht vorausgesehen.“

<sup>3)</sup> Vgl. Note 3 auf S. 376 dieses Bandes.

LG. für Tirol; § 9, Abs. 2 LG. für Kärnten; § 8, Abs. 2 LG. für Böhmen). Um den Beteiligten die persönliche Wahrung ihrer Interessen bei der Fixierung des Übernahmewertes und der deren Grundlage bildenden Schätzung zu ermöglichen, stellen es das RG. (§ 7, Abs. 3) und das LG. für Tirol (§ 19, Abs. 4) den Beteiligten frei, der Schätzung beizuwohnen und ihre Erinnerungen zu machen, während das LG. für Kärnten (§ 9, Abs. 2) und das LG. für Böhmen (§ 8, Abs. 2) geradezu die gerichtliche Einvernahme der Beteiligten vorschreiben<sup>1)</sup>. Alle drei Landesgesetze ordnen an, daß, wenn die Beteiligten sich nicht selbst vertreten können, an ihrer Stelle mit dem Rechte, Erinnerungen zu machen, ihre gesetzlichen Vertreter beizuziehen sind, und daß, falls der minderjährige oder pflegebefohlene Anerbe und nicht eigenberechtigte Miterben denselben gesetzlichen Vertreter haben, mit Rücksicht auf die widerstreitenden Interessen des Anerben und der Miterben für eine abgeforderte Vertretung der letzteren Sorge zu tragen ist (§ 19, Abs. 4 LG. für Tirol; § 9, Abs. 3 und 4 LG. für Kärnten; § 8, Abs. 3 und 4 LG. für Böhmen).

Die in den gesetzlichen Vorschriften über die Bestimmung des Übernahmewertes des Hofes gelegene Bevorzugung des Anerben ist im Hinblick auf den Zweck der Anerbengesetzgebung an sich gewiß zu billigen. Ungerechtfertigt erscheint sie aber dann, wenn im konkreten Falle das Ziel der Anerbenfolge — die Erhaltung des Hofes in der Familie des Eigentümers — gar nicht erreicht wird, weil sich der Anerbe des Gutes ohne Zwang entledigt<sup>2)</sup>. Völlige Sicherheit gegen ein derartiges Vorgehen des Übernehmers kann hier durch eine gesetzliche Schutzmaßnahme kaum geschaffen werden<sup>3)</sup>. Dagegen ist wohl eine gewisse Abhilfe, und zwar insbesondere gegen die Übernahme des Hofes in der rein spekulativen Tendenz, zum Schaden der Miterben von der Differenz zwischen dem wirklichen Gutswerte und dem Übernahmepreise zu profitieren, dadurch erreichbar, daß man für den Fall, daß der Anerbe den Hof innerhalb einer bestimmten Anzahl von Jahren nach der Übernahme freiwillig veräußert, eine Nachtrags-erbtteilung eintreten läßt, welcher die Summe zu unterziehen ist, um die der jetzige Veräußerungspreis des Hofes von dem seinerzeitigen Übernahmewerte abweicht. In dieser Weise gehen denn auch — allerdings

<sup>1)</sup> Vgl. hierzu Bitter, a. a. O. 371.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu Schiff, a. a. O. 107: „Das Anerbenrecht gewährt dem Übernehmer des Hofes eine Begünstigung auf Kosten der anderen Miterben durch Erhöhung seiner Erbportion; es will den Anerben vor Überschuldung des Gutes schützen, ihm dauernden Besitz ermöglichen und dem Umstande Rechnung tragen, daß der Anerbe sich seine Gutsernte erarbeiten muß, während die anderen Miterben nebst dem Erbteile auch noch ihre Arbeitskraft verwerten können. Freilich müßte diese Begünstigung an die Bedingung geknüpft werden, daß der Zweck, wegen dessen sie gewährt wird — Erhaltung des Hofes in der Familie — erreicht werde.“

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu Schiff, a. a. O. 108.

in mehreren Punkten von einander abweichend — das tirolische (§ 24) und das böhmische (§ 11) LG.<sup>1)</sup> vor<sup>2)</sup>. Die Frist, innerhalb welcher eine freiwillige Veräußerung des Hofes die Nachtrags-erbtteilung nach sich zieht, wird im tirolischen LG. mit sechs Jahren, gerechnet vom Tage des Todes des Erblassers, beziehungsweise im Falle der Minderjährigkeit des Anerben vom Zeitpunkte der erlangten Eigenberechtigung, festgesetzt, während das böhmische LG. diese Frist mit zehn Jahren, gerechnet von den gleichen Zeitpunkten, fixiert. Nach dem tirolischen LG. kommt natürlich nur die Veräußerung des Hofes im Ganzen in Frage; nach dem böhmischen LG. tritt die Nachtrags-erbtteilung nicht nur im Falle des Verkaufes im Ganzen, sondern auch dann ein, wenn der ganze Hof oder ein derart überwiegender Teil des Hofes stückweise veräußert wird, daß der Katastralreinertrag der erübrigenden Grundstücke nicht einmal die Hälfte des Katastralreinertrages des übernommenen Hofes bildet. Der Nachtrags-erbtteilung zu unterziehen ist jener Betrag, um den der erzielte Veräußerungspreis abzüglich des gerichtlich (so das böhmische LG.; das LG. für Tirol sagt: durch Sachverständige) zu schätzenden Wertes allfälliger vom Anerben bewirkter Verbesserungen des Hofes den Übernahmewert des Hofes, beziehungsweise den Übernahmewert der abverkauften Hofteile, der aus dem Gesamtübernahmewerte auf Grund des Verhältnisses des Katastralreinertrages der abverkauften Hofteile zu dem Gesamtkatastralreinertrage des übernommenen Hofes zu berechnen ist, übersteigt. Von einer „Nachtrags-erbtteilung“, zu der der erwähnte Differenzbetrag herauszugeben ist, spricht ausdrücklich allerdings nur das Landesgesetz für Tirol. Das LG. für Böhmen sagt, der Anerbe sei verpflichtet, „den Miterben nachträglich jenen Betrag aus-zuzahlen, um welchen der erzielte Kaufpreis den Wert übersteigt, für welchen er (scil. der Anerbe) den Hof von der Verlassenschaft übernommen hat“, und spricht von einem „Erfasanspruch“ der Miterben<sup>3)</sup>. Sachlich ergeben sich zwischen diesen beiden Fassungen keine Unterschiede<sup>4)</sup>. Doch ist die

<sup>1)</sup> Vgl. übrigens auch § 15, Abs. 3 WB. für Kärnten: „Falls das Gericht von der bevorstehenden Weiterveräußerung des Hofes rechtzeitig Kenntnis erlangt, soll es dahin wirken, daß den minderjährigen Miterben vom neuen Erwerber des Hofes im Vertrage ein entsprechender Anteil an dem Betrage zugewendet werde, um den der Kauf- oder Tauschpreis den bei der Erbteilung festgesetzten Übernahmewert übersteigt.“

<sup>2)</sup> Diese Bestimmung der beiden Landesgesetze und die weitere Bestimmung des LG. für Böhmen über das Vorkaufsrecht wurden aus dem preussischen Gesetze über die Renten- und Ansiedlungsgüter vom Jahre 1896 übernommen. Vgl. Cerman, in Notz. 1909, S. 347.

<sup>3)</sup> Vgl. hierzu § 15, Abs. 4 WB. für Böhmen: „Die auf § 11 des Gesetzes gegründeten Ansprüche auf Auszahlung des den Übernahmewert des Hofes übersteigenden Teilbetrages des Kaufpreises sind, wenn zwischen den Beteiligten kein Einverständnis zustande kommt, im ordentlichen Rechtswege geltend zu machen; . . .“ Vgl. auch Cerman, in Notz. 1909, S. 348.

<sup>4)</sup> Die WB. für Böhmen spricht denn auch ausdrücklich von „nachträglicher Ver-teilung“. So heißt es im § 15 Abs. 3: „Kommt die Veräußerung des Hofes oder eines

Formulierung des böhmischen LG. jedenfalls insoferne verfehlt, als natürlich nicht die ganze Differenz zwischen dem Veräußerungs- und dem Übernahmewerte an die Miterben auszusahlen ist, sondern nur der nach dem Verhältnisse der Erbteile der Miterben zu dem Erbteile des Anerben auf die Miterben entfallende Teil dieser Differenz. Nach beiden Landesgesetzen ist der Anspruch, die Nachtragserbteilung zu fordern, beziehungsweise der Ersatzanspruch auf die Miterben des Übernehmers und deren Leibeserben beschränkt. Zwei fernere Bestimmungen sind Besonderheiten des böhmischen LG. Die eine enthält eine weitere Begünstigung der Miterben, denen, und zwar in der Reihenfolge, in welcher sie nach dem Gesetze zur Anerbenfolge berufen sind, durch zehn Jahre von dem Tode des Erblassers das Vorkaufsrecht zu dem Hofe oder zu einzelnen wesentlichen Teilen des Hofes eingeräumt wird<sup>1)</sup>. Die zweite exemiert die Erwerbung des Miteigentums zu dem Hofe durch den Ehegatten, beziehungsweise durch die Ehegattin des Übernehmers von der Anwendung der Regel, daß der Anerbe bei einer innerhalb der zehnjährigen Frist erfolgenden freiwilligen Veräußerung des Hofes die Miterben an der Differenz zwischen dem Veräußerungs- und dem Übernahmewerte partizipieren lassen muß. Dagegen wird wiederum auf der anderen Seite, um Umgehungen des Gesetzes zu verhindern<sup>2)</sup>, das Anwendungsgebiet dieser Regel, die doch an sich eine Veräußerung durch den Anerben zur Voraussetzung hat, dadurch erweitert, daß ihr der Fall der weiteren Übertragung des seitens des Ehegatten, beziehungsweise der Ehegattin des Übernehmers erworbenen Miteigentumsrechtes auf dritte Personen unterzogen wird.

Über die Art der Bezahlung jenes Teiles des Übernahmepreises des Hofes, der auf Grund der Erbteilung den Miterben zufällt, der sogenannten „Erbgelder“ an die Miterben (Zahlungsfrist, eventuelle Ratenzahlung, mittlerweilige Verzinsung) entscheidet zunächst die Verfügung des Erblassers. Das ergibt sich aus dem in § 12 LG. für Kärnten und

überwiegenden Teiles binnen des im § 11, al. 1 des Gesetzes bezeichneten zehnjährigen Zeitraumes zustande, so ist der Hofübernehmer ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber ein Miterbe ist oder nicht, verpflichtet, die Differenz zwischen dem erzielten Kaufpreise und dem der Hofübernahme zugrunde gelegten Werte nach Abzug des Wertes der vom Hofübernehmer durchgeführten Meliorationen zur nachträglichen Verteilung herauszugeben. Auf solche Fälle haben die Pflegschaftsgerichte mit Umsicht ihre Aufmerksamkeit zu wenden, damit pflegebefohlene Forderungsberechtigte nicht durch Unterlassung der Geltendmachung ihrer Ansprüche Schaden erleiden. Die Grundbuchgerichte sind gehalten, von solchen Eigentumsübertragungen das Pflegschaftsgericht zu benachrichtigen;“ ferner im Abs. 4 „... die Verteilung dieses Differenzbetrages unter die Erbinteressenten findet im Nachhange zu der Verlassenschaftsabhandlung statt.“ Vgl. auch Cerman, in Notz. 1909, S. 348, 404.

<sup>1)</sup> „Dieses Vorkaufsrecht ist in der Einantwortungsurkunde festzustellen, um seine gleichzeitige grundbücherliche Eintragung bei Eintragung des Eigentumsrechtes des Hofübernehmers zu sichern“ (§ 15, Abs. 3 WB. für Böhmen).

<sup>2)</sup> Vgl. Cerman, in Notz. 1909, S. 348.

in § 12 LG. für Böhmen wiederholten § 11 RG., demzufolge der Erblasser die Bevorzugung des Übernehmers — und auch in den subsidiären Normen der Anerbengesetze über die Art der Bezahlung der Erbgelder liegt eine Bevorzugung des Anerben — einschränken, aufheben oder innerhalb der Grenzen des Pflichtteilsrechtes erweitern kann, ferner auch aus der Vorschrift des § 13, Abs. 3, Z. 2, lit. b RG., beziehungsweise § 25, Abs. 4, Z. 2, lit. b LG. für Tirol, § 13, Abs. 3, Z. 2, lit. b LG. für Kärnten, § 13, Abs. 3, Z. 2, lit. b LG. für Böhmen (siehe hierüber weiter unten!). In Ermangelung einer Verfügung des Erblassers entscheidet die Einigung der Parteien (§ 9, Abs. 1 RG.; § 21, Abs. 1 LG. für Tirol; § 11, Abs. 1 LG. für Kärnten; § 10, Abs. 1 LG. für Böhmen). Kommt auch eine solche Einigung nicht zustande, so hat das Gericht die Art der Bezahlung der Erbgelder nach billigem Ermessen zu bestimmen<sup>1)</sup>. Doch findet dieses billige Ermessen darin eine Schranke, daß in jedem Falle dem Übernehmer des Hofes über dessen Verlangen zur völligen Begleichung der Erbgelder eine Frist von drei Jahren vom Tage der Rechtskraft der Einantwortung gewährt werden muß, anderseits aber auch der Auszahlungstermin gegen den Willen der Forderungsberechtigten nicht über den erwähnten Zeitpunkt hinaus festgesetzt werden darf (§ 9, Abs. 1 und 2 RG.; § 21, Abs. 1, 2 und 3 LG. für Tirol; § 11, Abs. 1 und 2 LG. für Kärnten; § 10, Abs. 1 LG. für Böhmen). Die Gewährung einer dreijährigen Zahlungsfrist hat den Zweck, dem Anerben die Erhaltung und zweckmäßige Bewirtschaftung des Bauerngutes nicht dadurch zu erschweren, daß man ihn zur sofortigen Bezahlung erheblicher Beträge zwingt. Diese Begünstigung des Anerben erscheint demnach dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn der Hofübernehmer das Gut noch vor Ablauf der Zahlungsfrist veräußert. Es ist daher zu billigen, daß die Anerbengesetze bestimmen, die Miterben seien berechtigt, die Auszahlung der Erbgelder ohne Rücksicht auf die dreijährige Zahlungsfrist, beziehungsweise ohne Rücksicht auf die durch das Gericht bestimmte kürzere oder längere Zahlungsfrist — das gilt wohl per analogiam auch für Tirol, obzwar das tirolische Gesetz ausdrücklich von der „dreijährigen“ Frist spricht — und natürlich auch ohne Rücksicht auf die allfällige gerichtliche Festsetzung von Ratenzahlungen sogleich — das LG. für Tirol sagt: „mittels gerichtlicher Kündigung“ — zu fordern, die Erbgelder seien also sogleich fällig, wenn der übernommene Hof vor Ablauf der gerichtlichen dreijährigen,

<sup>1)</sup> „Bei Bestimmung der Verzinsungs- und Fälligkeitstermine der Abfindungsbeträge ist auf die persönlichen Verhältnisse der Miterben (eventuell Widmung des Abfindungskapitals als Leibrentenkapital) sowie auf die Zeit der bei dem Hofe üblichen Geldeingänge aus den Erträgen des Hofes (Verkauf der Ernte, des gezogenen Viehes usw.) Rücksicht zu nehmen. Nicht selten dürfte sich die Gelegenheit ergeben, die Tilgung der Abfindungen durch Gewährung einer Amortisationsrente zu vereinbaren“ (§ 9, Abs. 17 WB. für Böhmen).

beziehungsweise der durch das Gericht bestimmten kürzeren oder längeren Zahlungsfrist durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden einem Dritten — das LG. für Tirol macht hier die Einschränkung, daß der Dritte nicht zu den Nachkommen des Erben gehören darf — ins Eigentum übertragen wird<sup>1)</sup>. Nach den LG. für Kärnten und Böhmen gilt das Gleiche auch bei teilweiser Veräußerung<sup>2)</sup> des Hofes an einen Dritten (§ 9, Abs. 5 RG.; § 21, Abs. 6 LG. für Tirol; § 11, Abs. 4 LG. für Kärnten; § 10, Abs. 3 LG. für Böhmen). Was die mittlere Sicherstellung der an die Miterben auszahlenden Erbgelder bis zum Zahlungstermine anlangt, so entscheidet auch hier zunächst die Verfügung des Erblassers, der eine bestimmte Art dieser Sicherstellung vorschreiben, anderseits aber auch die Sicherstellung dem Anerben ganz erlassen kann. Liegt eine derartige Verfügung des Erblassers nicht vor, so ist eine gütliche Einigung über die Frage der Sicherstellung zu versuchen. Kommt eine solche nicht zustande, so haben die Miterben Anspruch auf pfandrechtliche Sicherstellung ihrer Erbgeldforderung auf dem übernommenen Hofe, und es ist in der Einantwortungsurkunde zu verfügen, daß das Eigentumsrecht des Übernehmers auf den zugewiesenen Hof nur gleichzeitig mit der Eintragung des Pfandrechtes zur Sicherstellung der auszahlenden Beträge für die Miterben auf den Hof grundbücherlich eingetragen werden kann (§ 9, Abs. 3 RG.; § 21, Abs. 4 und 5 LG. für Tirol; § 11, Abs. 3 LG. für Kärnten; § 10, Abs. 2 LG. für Böhmen).

Das RG. (§ 13, Abs. 1) stellt den von allen drei Landesgesetzen (§ 25, Abs. 2 LG. für Tirol; § 14, Abs. 1 LG. für Kärnten; § 13, Abs. 1 LG. für Böhmen) wiederholten Satz auf: „Das Pflichtteilsrecht

<sup>1)</sup> „Befinden sich unter den Miterben Pflegebefohlene, so ist es wohl zunächst Sache ihrer gesetzlichen Vertreter, den Eintritt eines solchen Ereignisses wahrzunehmen und dem Pflegschaftsgerichte mit etwaigen Anträgen wegen Wahrung der Rechte der Pflegebefohlenen anzuzeigen. Doch wird auch den Pflegschaftsgerichten zur Pflicht gemacht, in geeigneter Weise auf solche Eigentumswechsel bei Höfen, die noch mit Erbteilen belastet sind, zu achten, um im Interesse der pflegebefohlenen Forderungsberechtigten das Erforderliche wegen Auszahlung der Abfindungsbeträge oder wegen Erhöhung des dem Anerben etwa zugestandenem niedrigen Zinsfußes einzuleiten. Zu diesem Zwecke haben die Grundbuchgerichte, wenn sie nicht zugleich das Pflegschaftsgericht sind, bei Durchführung bücherlicher Eigentumsübertragungen der gedachten Art dem Pflegschaftsgerichte entsprechende Mitteilung zu machen“ (§ 15, Abs. 2 WB. für Kärnten; § 15, Abs. 2 WB. für Böhmen). Vgl. hier auch § 9, Abs. 18 WB. für Böhmen: „In der Schulderklärung des Anerben über die Abfindungen wird rücksichtlich der vereinbarten Fristen, die im § 10, al. 3 des Gesetzes bestimmte gesetzliche Folge (Fälligkeit des Abfindungsbetrages im Falle der gänzlichen oder teilweisen Übertragung des Hofes vor dem festgesetzten Auszahlungstermine), ferner der Ausschluß des Einziehungsrechtes (§ 195 AustreitG.) wenigstens für die dem Hofübernehmer gesetzlich eingeräumte Mindestfrist von drei Jahren vom Tage der Rechtskraft der Einantwortung aufzunehmen sein.“

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu § 9, Abs. 18 WB. für Böhmen: „Als eine teilweise Übertragung des Hofes ist es nicht anzusehen, wenn Bestandteile davon für Straßenbau-, Arrondierungszwecke u. dgl. abgetreten werden.“

wird durch die Erbteilungsvorschriften (scil. die Erbteilungsvorschriften der Anerbengesetze) nicht berührt“. Dieser Satz darf aber, wenn er nicht etwas mit dem übrigen Inhalte der Anerbengesetze Unvereinbares aussprechen soll, nicht wörtlich genommen, d. h. nicht dahin ausgelegt werden, daß die anerbenrechtlichen Vorschriften den Komplex der Normen des objektiven Pflichtteilsrechtes überhaupt nicht berühren<sup>1)</sup>. Vielmehr will mit diesem Satze nur festgestellt werden, daß die grundlegenden Bestimmungen des objektiven Pflichtteilsrechtes, insbesondere die Vorschriften darüber, welche Quote des gesetzlichen Erbteils der Pflichtteil ausmacht — die bezüglichlichen Paragraphen des ABGB. werden denn auch im tirolischen und im Kärntner Landesgesetze zur Erklärung des Wortes „Pflichtteilsrecht“ zitiert — auch im Falle des Eintrittes der Anerbenfolge keine Änderung erfahren. In gewisser Hinsicht greift nämlich die Wirkung der anerbenrechtlichen Vorschriften auch auf das Gebiet der Normen über den Pflichtteil über. Zunächst ergibt sich da eine Einwirkung der sogenannten „Erbteilungsvorschriften“ der Anerbengesetze — in derselben Weise wie auf den Umfang des gesetzlichen Erbteils des Anerben und der Miterben — auch auf den Umfang des Pflichtteilsanspruches durch die den Anerben begünstigende Festsetzung des Übernahmewertes des Hofes<sup>2)</sup>. Denn auch der Pflichtteilsberechnung ist im allgemeinen an Stelle des wahren Wertes des Hofes jener Betrag zugrunde zu legen, der bei der Teilung des Nachlassvermögens an Stelle des dem Anerben zugewiesenen Hofes einzubeziehen ist. Das gilt ohne jede Einschränkung für den Fall, daß der Übernahmepreis nach Vornahme einer Schätzung vom Gerichte bestimmt wird<sup>3)</sup>. In diesem Falle — von Seite des Richters — ist ja wohl auch eine Schädigung der Miterben durch eine allzuweitreichende Minderbewertung des Hofes nicht zu befürchten<sup>4)</sup>. Auch bei der Festsetzung des Übernahmepreises durch den Erblasser selbst ist eine Gefährdung der Miterben ausgeschlossen, da sich ja der Erblasser bei einer

<sup>1)</sup> Vgl. auch Schiffner, a. a. O. 168 (Note 18).

<sup>2)</sup> Es muß übrigens hier darauf aufmerksam gemacht werden, daß die Begünstigung des Anerben auch bei der Intestaterbfolge dazu führen kann, daß die weichenenden Geschwister, die zu derselben Erbquote berufen sind, wie der Anerbe, weniger als den sonst gebührenden Pflichtteil erhalten. Vgl. u. a. Schiff, a. a. O. 101.

<sup>3)</sup> In diesem Falle kann also theoretisch der der Pflichtteilsberechnung zugrunde zu legende Hofwert auch weniger betragen, als der sogenannte „Steuerwert“ (vgl. hierüber weiter unten S. 400 dieses Bandes). Das muß gegenüber den unrichtigen Behauptungen von German, in Notz. 1909, S. 379 (vgl. auch ders., in Notz. 1910, S. 218, 376 f. und Feyerfeil, in Notz. 1910, S. 349 ff., 377 f., 434 f.) in Übereinstimmung mit Seidl, in Notz. 1910, S. 133, 271 f.; Fernbach, in Notz. 1910, S. 376; und Rosak, in Notz. 1910, S. 417 festgestellt werden. Praktisch ist diese Feststellung wohl ohne Belang, da der Richter den Übernahmewert kaum jemals unter dem Steuerwerte bestimmen wird. Die WB. für Kärnten (§ 7, Abs. 2) und die WB. für Böhmen (§ 6, Abs. 2) sagen denn auch, daß die im Gesetze für die Pflichtteilsberechnung normierte Minimalwertgrenze, i. e. der sogenannte Steuerwert, vom Richter in keinem Falle außer Acht gelassen werden darf.

<sup>4)</sup> Vgl. Seidl, in Notz. 1910, S. 133 und die vorige Note.



Begünstigung des Auerben in der Festsetzung des Übernahme-preises innerhalb der Grenzen des Pflichtteilsrechtes halten muß (§ 11 RG.; § 12 LG. für Kärnten; § 12 LG. für Böhmen). Dagegen ist die Möglichkeit einer solchen Schädigung der Noterben sowohl in dem Falle, daß nach der Landesgesetzgebung an Stelle der richterlichen Festsetzung des Übernahme-preises eine Bewertung unter Zugrundelegung eines Vielfachen des Katastral-reinertrages eintritt — dieser Fall ist vorläufig nicht praktisch, da, wie bereits bemerkt wurde, keines der bisher erlassenen Landesgesetze von der Ermächtigung des § 7, Abs. 4 RG. Gebrauch gemacht hat<sup>1)</sup> —, als auch in dem Falle, daß der Übernahme-wert durch eine gütliche Einigung der „Beteiligten“, d. h. Miterben, zu denen ja die Noterben regelmäßig nicht gehören werden, bestimmt wird, nicht ausgeschlossen. Für diese Fälle muß also die Auerbengesetzgebung Vor-sorge treffen gegen eine allzuweit-reichende Benachteiligung der Pflichtteilsberechtigten. Dies geschieht durch die Vorschrift, daß der der Pflichtteilsberechnung zugrunde zu legende Wert des Hofes niemals geringer angenommen werden darf, als jener Betrag, nach welchem die an den Staat zu entrichtende Vermögensübertragungs-gebühr zu bemessen ist (§ 13, Abs. 2 RG.; § 25, Abs. 3 LG. für Tirol; § 14, Abs. 2 LG. für Kärnten; § 13, Abs. 2 LG. für Böhmen), im Zusammenhange mit der Bestimmung, daß zwar im allgemeinen der Wert, um welchen der Auerbe den Hof übernimmt, auch der Bemessung der an den Staat zu entrichtenden Vermögensübertragungsgebühren zugrunde zu legen ist, dieser der Bemessung der staatlichen Vermögensübertragungs-gebühr zugrunde zu legende Wert aber in keinem Falle, mit Ausnahme des Falles der vom Gerichte nach Vornahme einer Schätzung erfolgten Be-wertung, unter dem im Art. III. G. v. 7. VI. 1881 (RGBl. 49) und dem FMG. v. 25. I. 1884 (RGBl. 18), beziehungsweise im § 13 G. v. 9. II. 1882 (RGBl. 17) festgestellten Beträge, also unter dem Siebzig-fachen der Grundsteuer ohne Nachlaß<sup>2)</sup>, beziehungsweise dem Sechzigfachen der Hauszinssteuer ohne Nachlaß angenommen werden darf (§ 12 RG.; § 13 LG. für Kärnten<sup>3)</sup>).

<sup>1)</sup> Würde in Zukunft ein LG. von der im RG. erteilten Ermächtigung Ge-brauch machend, für den Fall, daß der Übernahme-preis durch das Gericht bestimmt wird, anordnen, daß hierbei zugunsten des Übernehmers ein Betrag in Abzug gebracht werde, so wäre diese Bestimmung für die Pflichtteilsansprüche ohne Bedeutung, da der Pflichtteilsberechnung der Übernahme-preis ohne jenen Abzug zugrunde zu legen wäre. Das ergibt sich daraus, daß nach § 13, Abs. 1 RG. der nach § 7 RG. bestimmte Hofwert der Pflichtteilsberechnung zugrunde zu legen ist, die Ermächtigung zur Sta-tuierung eines „Vorauß“ für den Auerben aber im § 10 RG. erteilt wird.

<sup>2)</sup> Vgl. auch FMG. v. 23. XII. 1897 (RGBl. 301).

<sup>3)</sup> Unrichtig ist die Behauptung Germans, in Notz. 1909, S. 379 (vgl. auch derf., in Notz. 1910, S. 218 f.; und Feyerfeil, in Notz. 1910, S. 351 f.), daß „der Steuerwert behufs Kontrollierung des vereinbarten Wertes zum Zwecke der Pflichtteilsberechnung nicht nach der ZirkB. d. OEG. in Sachen der Waisenfassa-dariehen v. 10. I. 1888, Z. 597 (70facher Betrag der Grundsteuer gleich 16facher

Neben der im vorstehenden dargestellten Modifikation der Vorschrift des ABGB. über die Berechnung der Aktiomasse des Nachlasses zum Zwecke der Ausmessung des Pflichtteils (vide die Worte: „ordentlich geschätzt“ im § 784 ABGB.) enthalten die Auerbengesetze auch noch die Modifikation einer weiteren Norm des objektiven Pflichtteilsrechtes, nämlich die Durch-brechung der Regel, daß der Pflichtteil dem Noterben ganz frei bleiben muß, und jede den Pflichtteil einschränkende Bedingung, Befristung und Belastung ungültig ist (§ 774 ABGB.). Das RG. (§ 13, Abs. 3 und 4) und ihm folgend die drei Landesgesetze (§ 25, Abs. 4 und 5 LG. für Tirol; § 14, Abs. 3 und 4 LG. für Kärnten; § 13, Abs. 3 und 4 LG. für Böhmen) setzen nämlich fest, daß es nicht als eine Einschränkung oder Verkürzung des Pflichtteiles zu betrachten ist, wenn:

1. das Gericht mangels einer Verfügung des Erblassers und infolge des Nichtzustandekommens einer gütlichen Einigung der Parteien im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung den Zahlungstermin für die Erb-gelder festsetzt;

2. vom Erblasser in einem gültigen letzten Willen Verfügungen ge-troffen werden, durch welche:

a) dem leiblichen Vater oder der leiblichen Mutter des Übernehmers bis zu dessen Großjährigkeit das Recht eingeräumt wird, den Hof nach dem Tode des Erblassers in eigene Nutzung und Verwaltung zu nehmen unter der Verpflichtung, solange diese Nutzung und Verwaltung dauert, den Übernehmer und dessen minderjährige Miterben, letztere bis zur Fälligkeit des Erbteiles, oder wenn ein Miterbe vor der Fälligkeit großjährig wird, bis zur erreichten Großjährigkeit zu erziehen und für den Notfall auf dem Hofe zu erhalten;

b) die Fälligkeit des Erbteiles bis zur Großjährigkeit der Miterben unter der Verpflichtung des Übernehmers, die Miterben bis zu diesem Zeit-punkte angemessen zu erziehen und für den Notfall zu erhalten, hinaus-geschoben wird.

„In beiden Fällen (a und b)“, fügen die Auerbengesetze hinzu, „hat die erlangte Eigenberechtigung dieselbe Wirkung wie die Erreichung der physischen Großjährigkeit. Ebenso tritt in beiden Fällen, wenn ein Miterbe einem solchen Berufe zugeführt wird, mit dessen Vorbereitung oder Ausübung die Naturalverpflegung am Hofe unvereinbar ist, an die Stelle der Verpflichtung zur Naturalverpflegung die zur Auszahlung der vereinbarten oder gericht-lich festgesetzten Zinsen“.

Es wurde bereits im Eingange dieser Darstellung der Bauernerbfolge

Katastralreinertrag), sondern nach der neueren MB. v. 10. VII. 1897 (RGBl. 174) mit einem 25 Multiplum des Katastralreinertrages zu ermitteln“ sei. Gegen diese Behauptung auch Seidl, in Notz. 1910, S. 134, 271 f.

darauf hingewiesen, daß der Satz, daß die anerbenrechtlichen Vorschriften nur auf im Miteigentume des Erblassers stehende Höfe Anwendung finden, nicht ohne Ausnahme gilt. Mit dieser Ausnahme hat es folgende Bewandnis. Das RG. (§ 14, Abs. 2 und 3) erteilt der Landesgesetzgebung die Ermächtigung, in betreff von Höfen, die im Miteigentume von Ehegatten stehen, zu bestimmen, daß im Falle des Todes eines der beiden Ehegatten, soweit nicht lezwillige Verfügungen des Erblassers oder Verträge entgegenstehen, der überlebende Ehegatte berechtigt ist, den in die Verlassenschaft gehörigen Teil<sup>1)</sup> des Hofes zu übernehmen, und hiebei zugleich festzusetzen, ob und inwieweit die Bestimmungen der Anerbengesetze über die Festsetzung des Übernahmepreises und die Art der Auszahlung der „Erbgelder“ auch bei der Übernahme durch den überlebenden Ehegatten Anwendung zu finden haben. In dieser Hinsicht stimmen die drei Landesgesetze darin überein, daß sie dem überlebenden, nicht aus seinem Verschulden geschiedenen Ehegatten<sup>2)</sup> die Befugnis einräumen, soweit nicht

<sup>1)</sup> Das RG. sowie die Landesgesetze für Kärnten und Böhmen sagen: „die ... Hälfte des Hofes“. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß die Ehegatten zu gleichen Teilen Miteigentümer des Hofes gewesen sein müssen. Das Wort „Hälfte“ wird hier vielmehr nur in demselben Sinne genommen, wie in den Wendungen: die „größere Hälfte“, die „kleinere Hälfte“. Es soll nur die Zweiteilung ausgedrückt, über den Umfang der Anteile aber nichts ausgesagt werden. Anders Anders 77, der aber die Behauptung, daß die Ehegatten zu gleichen Teilen Miteigentümer des Hofes gewesen sein müssen, merkwürdigerweise nur für das böhmische Recht aufstellt, trotzdem das RG. und das Kärntner LG. die gleiche Diktion haben. Anders auch Cerman, in Notz. 1909, S. 370, der sagt: „Wären die Ehegatten Miteigentümer des Hofes in einem anderen Verhältnisse, als jeder zur Hälfte, dürfte gemäß § 14 RG. und LG. (für Böhmen) die Erbfolge des neuen Gesetzes (auch die teilweise Erbfolge nach Maßgabe der §§ 8 und 10 LG.) ausgeschlossen sein, da daselbst bloß von der in den Nachlaß gehörigen Hälfte die Rede ist. — Nach der restriktiven Interpretation dieser Ausnahmserbfolge (§ 7 ABGB.) wäre da das LG. überhaupt ausgeschlossen, doch die Tendenz des Gesetzes, zu welcher wir bei diesem eigentümlichen Gesetze so oft die Zuflucht nehmen müssen, wird es gewiß zulassen, daß auch in solchen im Leben selten vorkommenden Fällen, die neue Erbfolge zur Anwendung kommt, wenn nur der ganze Hof den Minimal- oder Maximalkatastralreinertrag und das vorgeschriebene Mindestflächenmaß ausweist.“

<sup>2)</sup> Zur Frage der Anwendung der landesgesetzlichen Vorschriften über die Ausschließungsgründe auf den hier behandelten Fall vergl. die richtigen Ausführungen von Cerman, in Notz. 1909, S. 363: „Liegen die Ausschließungsgründe im Falle des § 14 LG. (für Böhmen) (Miteigentumsverhältnis der Ehegatten) vor, so kann mangels einer ausdrücklichen Bestimmung die exzeptionelle Norm des § 6, lit. 4 LG. (Ausschließung von der Hofübernahme) nicht analog angewendet werden (§ 7 ABGB.). — Doch die Tendenz des neuen Anerbengesetzes, damit der Hof nicht verkleinert werde, wird jedenfalls den Pflschaftsrichter bei Vorhandensein von Kindern berechtigen, daß er, wenngleich die Voraussetzungen des § 14, Abs. 3 zutreffen, den überlebenden, mit den erwähnten geistigen, sittlichen oder körperlichen Gebrechen behafteten Ehegatten von der Übernahme des erledigten Hofanteiles ausschließt. Sind keine Kinder vorhanden und hat deswegen der Pflschaftsrichter bei der Hofübernahme keine Ingerenz, so gericht es an, einer gesetzlichen Handhabe zur Ausschließung des überlebenden Ehegatten von der Übernahme des erledigten Hofanteiles, wenngleich er mit den erwähnten Gebrechen behaftet ist. — Die Ingerenz des übergeordneten Gerichtshofes (§ 6, lit. 4 Schluß LG.) ist in Fällen des § 14 LG. jedenfalls ausgeschlossen. — Der Ausschließungsgrund des § 6, lit. 5 LG. gilt bei dem Miteigen-

lezwillige Verfügungen des Erblassers oder Verträge entgegenstehen, den durch den Tod des verstorbenen Ehegatten (Miteigentümers) erledigten Anteil des Hofes<sup>1)</sup> nach Maßgabe der anerbenrechtlichen Vorschriften über die Festsetzung des Übernahmepreises und die Art der Auszahlung der Erbgelder zu übernehmen, wenn der Verstorbene keine Nachkommenschaft hinterlassen hat (§ 22 LG. für Tirol; § 15 LG. für Kärnten; § 14 LG. für Böhmen). Nach dem tirolischen Landesgesetze ist die Übernahme des erledigten Hofanteiles durch den überlebenden Ehegatten unbedingt an diese Voraussetzung geknüpft. Auch nach dem Kärntner und dem böhmischen Landesgesetze ist dies die regelmäßige Voraussetzung. Doch kann nach diesen beiden Gesetzen der überlebende, nicht aus seinem Verschulden geschiedene Ehegatte — die Witwe aber nur dann, wenn sie nicht mehr in einem Alter steht, in welchem ihre Wiederverhehlung und dadurch die Schädigung der Kinder aus erster Ehe mit Grund erwartet werden kann — auch bei Vorhandensein von Kindern aus seiner Ehe mit dem verstorbenen, und zwar insbesondere bei überschuldeten Nachlässen, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes den in den Nachlaß geltenden Anteil des Hofes nach Maßgabe der anerbenrechtlichen Vorschriften über die Festsetzung des Übernahmepreises und die Art der Auszahlung der Erbgelder übernehmen, sofern nicht Ehepacten oder sonstige rechtsgültig getroffene Verfügungen entgegenstehen<sup>2)</sup>).

Besondere Bestimmungen enthalten die Anerbengesetze für den Fall, daß zu einem Nachlasse mehrere den Bestimmungen über die Anerbenfolge unterworfenen Höfe mittlerer Größe (Erbhöfe, geschlossene Höfe) gehören,

tumsverhältnisse der Ehegatten nicht, während das Kumulierungsverbot des Mitbesizes von mehreren Höfen in einer Hand für den Fall des ehelichen Hofmteigentums von dem sonstigen Verbote gemäß § 15 LG. abweichend geregelt wurde.“

<sup>1)</sup> Bei Erörterung des § 14 LG. für Böhmen meint Cerman, in ÖstABGZ. 1909, S. 178 (vgl. auch ders., in Notz. 1909, S. 364), daß es für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung unentscheidend sei, ob die erledigte Quote oder der ganze Hof das gesetzliche Minimalausmaß (5 ha Flächenmaß und 100 K. Katastralreinertragnis) ausweisen. Bezüglich der erledigten Quote ist diese Behauptung richtig, bezüglich des ganzen Hofes ist sie falsch, was sich — von allgemeinen Erwägungen abgesehen — schon aus den einleitenden Worten des § 14 LG. für Böhmen („auf einen unter die Bestimmung dieses Gesetzes fallenden Hof ...“) ergibt.

<sup>2)</sup> Vgl. hierzu § 11, Abs. 2 AB. für Böhmen: „Auch in dem Falle, wenn sich im Nachlasse ein im Miteigentume von Ehegatten stehender Hof befindet, und der überlebende Ehegatte, obwohl Kinder vorhanden sind, auf Grund des § 14, Abs. 3 des Gesetzes den dem Erblasser gehörigen Hofanteil übernimmt, soll das Gericht darauf bedacht sein, das Interesse der Kinder im Sinne des vorstehenden Abjages (z. B. Befreiung des Eigentumsrechtes des Hofübernehmers nach Art einer fideikommissarischen Substitution) zu wahren.“ Vgl. hier auch Cerman, in Notz. 1909, S. 349.

<sup>3)</sup> Über die Frage, ob die Begünstigungen für den den Hofanteil übernehmenden Ehegatten (Festsetzung des Übernahmepreises, Art der Auszahlung der Erbgelder) auch dann eintreten, wenn der Erblasser, der ein bloßer Miteigentümer des Bauernhofes ist, den überlebenden Ehegatten als Miteigentümer des Hofes durch Testament zur Übernahme der erledigten Quote beruft, vgl. Cerman, in ÖstABGZ. 1909, S. 178 f.; ders., in Notz. 1909, S. 369 f.

und mehrere Personen als gesetzliche Erben<sup>1)</sup> eintreten. In diesem Falle sind diese mehreren Miterben nach der durch das betreffende Landesgesetz für die Berufung zur Anerkennung aufgestellten Reihenfolge zur Übernahme je eines Hofes berufen, und steht ihnen nach derselben Reihenfolge die Wahl zwischen den Höfen frei. Derselbe Vorgang wiederholt sich, wenn mehr Höfe als Erben vorhanden sind. Nachkommen eines verstorbenen Erben treten an dessen Stelle. Unter ihnen hat derjenige die Wahl, dem nach der erwähnten Reihenfolge der Vorzug gehört (§ 15 RG.; § 23, Abs. 1 und 2 LG. für Tirol<sup>2)</sup>); § 16, Abs. 1 und 2 LG. für Kärnten; § 15, Abs. 1 und 2 LG. für Böhmen). Das dem überlebenden Ehegatten zustehende Recht zur Übernahme des erledigten Hofanteiles ist auch in dem Falle, als der überlebende Ehegatte im Miteigentum mehrerer oder aller im Nachlasse vorhandener Höfe gestanden wäre, auf einen dieser Höfe beschränkt. Doch steht dem überlebenden Ehegatten die Wahl unter den im Miteigentumsverhältnisse gestandenen Höfen zu (§ 23, Abs. 4 LG. für Tirol; § 16, Abs. 3 LG. für Kärnten; § 15, Abs. 3 LG. für Böhmen).

<sup>1)</sup> Das RG. fügt hier hinzu: „im Sinne der §§ 4 und 5 dieses Gesetzes.“ Die Landesgesetze enthalten mutatis mutandis den gleichen Zusatz. Was mit diesen Worten gesagt werden soll, ist nicht recht verständlich.

<sup>2)</sup> Das LG. für Tirol enthält hier noch folgenden Zusatz (§ 23, Abs. 3): „Wenn einer oder mehrere der zum Nachlasse gehörenden Höfe zur Erhaltung je einer Familie von fünf Köpfen nicht ausreichen, so kann auf Antrag die Vereinigung von zwei oder aber von je zwei Höfen zu einem Hofe verfügt werden, wenn der Vereinigung nicht eine verschiedene Hypothekbelastung der Höfe entgegensteht, wenn von der Vereinigung erhebliche wirtschaftliche oder landeskulturelle Vorteile zu erwarten sind und wenn der neu zu bildende Hof das nach § 3 zulässige Höchstmaß nicht überschreitet. Zur Antragstellung und zur Übernahme des vereinigten Hofes sind die eintretenden Erben nach der vorbezeichneten Reihenfolge berufen. Vor der Entscheidung über den Antrag hat das Gericht das Gutachten der Hofbehörde einzuholen.“

## Quellenregister.

Die größeren Ziffern bezeichnen die Seiten, die kleineren die Notizen.

### Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch v. 1. VI. 1811 (ABGB.).

§ 4 . . . . .	354 <sup>6)</sup> .	§ 529 . . . . .	3.
12 . . . . .	338.	531 . . . . .	9.
22 . . . . .	11, 106, 233.	532 . . . . .	7, 191, 329.
55 . . . . .	65 <sup>4)</sup> .	533 . . . . .	7, 9, 10.
92 . . . . .	57.	534 . . . . .	10.
120 . . . . .	26.	535 . . . . .	9, 115.
121 . . . . .	26, 168.	536 . . . . .	8, 9, 11, 247.
141 . . . . .	221 <sup>1)</sup> .	537 . . . . .	8, 11, 27.
143 . . . . .	221 <sup>1)</sup> .	538 . . . . .	14, 15, 27.
146 . . . . .	57.	539 . . . . .	14.
154 . . . . .	222.	540 . . . . .	17 <sup>6)</sup> , 18, 18 <sup>7)</sup> , 18 <sup>8)</sup> , 19, 19 <sup>9)</sup> , 20, 20 <sup>2)</sup> 5 <sup>7)</sup> , 21, 21 <sup>2)</sup> , 23, 23 <sup>1)</sup> , 24, 26, 220 <sup>7)</sup> , 229, 231.
160 . . . . .	366.	541 . . . . .	21, 24, 24 <sup>4)</sup> , 179 f., 245.
161 . . . . .	367.	542 . . . . .	20, 20 <sup>5)</sup> 7), 21, 21 <sup>2)</sup> , 22, 22 <sup>8)</sup> , 23, 23 <sup>1)</sup> , 24, 25, 26, 229, 231.
162 . . . . .	186, 366.	543 . . . . .	25, 25 <sup>8)</sup> , 26.
165 . . . . .	136, 366.	544 . . . . .	16.
171 . . . . .	145, 217.	545 . . . . .	11, 12 <sup>4)</sup> , 13, 20 <sup>5)</sup> 7).
173 . . . . .	54.	546 . . . . .	13.
182 . . . . .	57.	547 . . . . .	7, 9, 31, 32, 37, 38 <sup>2)</sup> , 40 <sup>7)</sup> .
183 . . . . .	366.	548 . . . . .	7, 41.
233 . . . . .	27, 266, 280.	549 . . . . .	34, 217.
258 . . . . .	54.	550 . . . . .	8, 9, 38 <sup>2)</sup> , 42, 127.
269 . . . . .	266 <sup>4)</sup> .	551 . . . . .	27, 30, 31, 179 f.
270 . . . . .	266 <sup>4)</sup> .	552 . . . . .	9, 10, 44.
276 . . . . .	266 <sup>4)</sup> .	553 . . . . .	45.
329 . . . . .	334.	554 . . . . .	89, 90 <sup>9)</sup> .
330 . . . . .	334.	555 . . . . .	90, 90 <sup>9)</sup> .
331 . . . . .	335.	556 . . . . .	90, 90 <sup>6)</sup> , 90 <sup>9)</sup> .
332 . . . . .	335.	557 . . . . .	91, 90 <sup>9)</sup> .
335 . . . . .	334 f., 371 <sup>1)</sup> .	558 . . . . .	91, 90 <sup>9)</sup> , 243 <sup>6)</sup> .
336 . . . . .	335.	559 . . . . .	90 <sup>4)</sup> 9), 91, 92, 140, 242 <sup>10)</sup> .
338 . . . . .	334 f.	560 . . . . .	8, 90 <sup>6)</sup> , 93.
345 . . . . .	36 <sup>5)</sup> .	561 . . . . .	93 f.
361 . . . . .	349.	562 . . . . .	93 f.
376 . . . . .	333.	563 . . . . .	93 f.
377 . . . . .	332.	564 . . . . .	82, 87, 99, 101, 101 <sup>5)</sup> , 101 <sup>6)</sup> , 119, 161.
378 . . . . .	332.	565 . . . . .	23 <sup>6)</sup> , 49, 82.
399 . . . . .	111.		
436 . . . . .	325.		
443 . . . . .	126, 313.		
468 . . . . .	352.		
509 . . . . .	111.		
510 . . . . .	192.		
511 . . . . .	111.		
512 . . . . .	111.		
513 . . . . .	111.		
517 . . . . .	111.		
519 . . . . .	111, 370.		
527 . . . . .	352.		

§	
566	49, 50, 82, 160.
567	50, 82, 279.
568	53, 54, 54 <sup>2)</sup> , 118.
569	50, 52, 53, 55, 80.
570	83.
571	83.
572	83 <sup>2)</sup> , 84.
573	50, 51.
574	52.
575	48.
576	49.
577—600.	275 <sup>5)</sup> .
577	55, 154.
578	56.
579	58, 58 <sup>5)</sup> , 59 <sup>7)</sup> , 61, 63, 64, 70, 73.
580	61 <sup>7)</sup> , 62, 63, 64, 70, 78.
581	70, 78.
582	85 f.
583	95.
584	63.
585	64, 65, 73, 77.
586	65 f., 155.
587	55, 56, 78, 80
588	55, 78, 80.
589	55, 77, 80.
590	55, 78, 80.
591	55, 70, 80.
592	55, 70 f., 80.
593	70.
594	55, 72 f., 77, 80.
595	55, 69 <sup>5)</sup> , 73 f., 77, 80.
596	77, 80.
597	74 f., 154.
598	74 f., 154.
599	75, 154.
600	76.
601	55.
602	10, 158 f., 168 <sup>5)</sup> .
603	168 <sup>5)</sup> .
604	98 f.
605	98 f.
606	100.
607	100.
608	99, 101, 101 <sup>4)</sup> , 102, 103 <sup>1)</sup> , 116.
609	106, 106 <sup>2)</sup> .
610	104 f.
611	106.
612	12 <sup>3)</sup> , 106 f.
613	110, 113.
614	99, 103, 104.
615	99, 101, 103, 105 <sup>2)</sup> , 110, 113.
616	113, 116.
617	113.
618	340 f.
619	363.

§	
620	363 f.
621	363.
622	364.
623	364.
624	340, 364 f.
625	340, 365.
626	367.
627	340, 343, 345.
628	340, 344.
629	349, 361.
630	345 <sup>5)</sup> , 361.
631	350 f., 369.
632	353, 368, 372.
633	344 <sup>8)</sup> , 347 <sup>2)</sup> , 351, 351 <sup>1)</sup> , 352 <sup>1)</sup> , 362, 372 <sup>1)</sup> .
634	344 <sup>8)</sup> , 347, 351 <sup>4)</sup> , 352, 352 <sup>1)</sup> , 362, 365 <sup>4)</sup> , 372 <sup>1)</sup> .
635	347 <sup>11)</sup> , 354 f., 359, 362.
636	347 <sup>11)</sup> , 354, 356, 362.
637	347 <sup>11)</sup> , 351 <sup>8)</sup> , 354, 362.
638	357, 357 <sup>1)</sup> , 369.
639	359.
640	359.
641	369.
642	353, 360.
643	352, 370.
644	347, 352, 361 f., 371.
645	372.
646	341.
647	10, 44, 115, 116.
648	116.
649	118, 139.
650	119, 148.
651	117, 120.
652	117, 147.
653	115, 116, 122.
654	123.
655	120.
656	123 <sup>2)</sup> , 124.
657	123.
658	124.
659	124.
660	125, 127.
661	123 f.
662	120 <sup>4)</sup> , 126, 129 f.
663	132, 134.
664	120 <sup>4)</sup> , 130.
665	133 f., 133 <sup>5)</sup> , 135.
666	132, 134.
667	134, 135.
668	132.
669	134, 136, 139.
670	136.

§	
671	116, 136, 193 <sup>11)</sup> , 303 <sup>1)</sup> , 305.
672	120 <sup>4)</sup> , 122, 137 f.
673	122, 136 <sup>5)</sup> , 137 f.
674	121 <sup>2)</sup> , 122.
675	121 <sup>2)</sup> , 122.
676	121 <sup>2)</sup> , 122.
677	121 <sup>2)</sup> , 122.
678	121 <sup>2)</sup> , 122.
679	121 <sup>2)</sup> , 122.
680	124.
681	121, 140.
682	120 f., 140.
683	120 f., 140.
684	125 f., 139, 145.
685	125, 129, 133, 133 <sup>5)</sup> , 139 <sup>6)</sup> , 141 f., 143 <sup>8)</sup> , 170, 227, 318 <sup>4)</sup> .
686	126, 129, 130 <sup>5)</sup> , 138, 141, 170.
687	137, 145.
688	126.
689	147, 148.
690	117, 145.
691	138, 145 f., 235 <sup>1)</sup> .
692	54, 145 f., 204, 319.
693	147.
694	101 <sup>5)</sup> , 145, 148, 217.
695	149 f.
695—712.	149 f.
699	125.
701	164, 197.
702	94, 100.
703	12, 20 <sup>5)</sup> , 99, 102 f., 108, 139, 165. 20 <sup>5)</sup> .
704	102 f.
705	102 f.
707	12 <sup>3)</sup> , 38 <sup>2)</sup> , 104, 149, 315.
708	38 <sup>2)</sup> , 104, 149, 315.
709	101 <sup>4)</sup> , 136, 315.
710	136.
711	104 <sup>1)</sup> , 136, 155.
713	54, 79 <sup>2)</sup> , 151 f., 165, 231 <sup>3)</sup> .
714	151 f.
715	151 f.
716	151.
717	79 <sup>3)</sup> , 153.
718	54, 79 <sup>3)</sup> , 153.
719	79 <sup>3)</sup> , 153, 231 <sup>3)</sup> .
720	79 <sup>3)</sup> , 150, 153.
721	79 <sup>3)</sup> , 153 f., 156, 231 <sup>3)</sup> .
722	23 <sup>6)</sup> , 79 <sup>3)</sup> , 153 f.
723	54, 79 <sup>3)</sup> , 153, 156.
724	127 f., 129, 131, 153, 156, 170.
725	127, 131, 153, 170.
726	118, 157, 201, 333 <sup>3)</sup> .

§	
727	44, 174.
728	174.
729	174, 234.
730	177 f.
731—751.	176 ff.
732	11.
735	323 <sup>4)</sup> .
750	181.
752	176, 186, 195.
753	176, 186, 195.
754	176, 187, 195.
755	176, 188, 195, 212 <sup>1)</sup> .
756	176, 187 f., 195.
757	176, 190, 191 f., 193, 194 <sup>4)</sup> .
758	176, 190, 193, 193 <sup>11)</sup> , 194 <sup>4)</sup> .
759	176, 190, 195.
760	118, 157, 201.
761	176, 195 f.
762	209 f.
763	210, 385.
764	210.
765	54 <sup>2)</sup> , 213.
766	213.
767	24, 30, 213 f., 220 <sup>7)</sup> , 225.
768	223, 230.
769	228 f., 230, 264.
770	21, 228 f., 230, 231 <sup>5)</sup> .
771	228, 230, 235 <sup>1)</sup> .
772	229, 231.
773	232.
774	106, 144, 226 f., 281 <sup>10)</sup> , 401.
775	234, 342.
775—782.	342.
776	241 f., 266 <sup>4)</sup> .
777	175, 242 f., 245, 247 f., 330.
778	143 <sup>3)</sup> , 157, 167, 174 f., 242, 244, 245, 247 f., 342, 344.
779	99, 179, 246 f.
780	24, 179 f., 245 f., 247.
781	240.
782	230, 233, 235 <sup>1)</sup> , 240.
783—789.	319.
783	235, 243, 266 <sup>4)</sup> .
784	146, 215 <sup>3)</sup> , 216, 217, 218, 220, 224, 266 <sup>4)</sup> , 401.
785	217, 217 <sup>5)</sup> , 220, 266 <sup>4)</sup> .
786	145, 215 <sup>3)</sup> , 217, 220, 266 <sup>4)</sup> .
787	219, 219 <sup>5)</sup> , 266 <sup>4)</sup> .



§ 788 . . . . .	221, 221 <sup>2)</sup> 3), 222 f., 224 <sup>2)</sup> , 239, 266 <sup>4)</sup> , 303 f.	§ 849 . . . . .	349.
789 . . . . .	220, 222 f., 224 <sup>2)</sup> , 266 <sup>4)</sup> .	879 . . . . .	28, 158.
790 . . . . .	222, 303 f.	897 . . . . .	164.
791 . . . . .	304, 305.	898 . . . . .	164.
792 . . . . .	303.	899 . . . . .	164.
793 . . . . .	194 <sup>4)</sup> , 223 <sup>3)</sup> , 224 <sup>3)</sup> , 225, 305.	900 . . . . .	165.
794 . . . . .	222 f., 224, 305.	904 . . . . .	142.
795 . . . . .	145, 217, 223, 231, 231 <sup>4)</sup> .	918 . . . . .	3.
796 . . . . .	145, 210, 217.	922 . . . . .	309.
797 . . . . .	7, 40 <sup>7)</sup> , 139 <sup>6)</sup> , 249.	930 . . . . .	312.
799 . . . . .	264, 265, 267, 321 <sup>2)</sup> , 370.	947 . . . . .	3.
800 . . . . .	264, 265, 370.	948 . . . . .	18.
801 . . . . .	284.	950 . . . . .	4, 171 <sup>3)</sup> .
802 . . . . .	8, 145, 217, 290 f., 292 <sup>3)</sup> .	951 . . . . .	216 <sup>6)</sup> , 235, 237 <sup>5)</sup> , 238, 342.
803 . . . . .	166, 286.	952 . . . . .	239.
804 . . . . .	216, 285, 290 <sup>2)</sup> .	954 . . . . .	4.
805 . . . . .	179, 265 f., 280.	955 . . . . .	3.
806 . . . . .	268, 290.	956 . . . . .	117, 168 <sup>5)</sup> , 169, 171 f.
807 . . . . .	43, 286, 290.	1008 . . . . .	265, 280.
808 . . . . .	99, 227 <sup>6)</sup> , 268, 281.	1012 . . . . .	312.
809 . . . . .	8, 11, 94, 99, 263, 263 <sup>4)</sup> .	1019 . . . . .	171 <sup>4)</sup> , 314 <sup>1)</sup> , 323.
810 . . . . .	40, 40 <sup>7)</sup> , 278, 294 <sup>4)</sup> .	1024 . . . . .	65 <sup>4)</sup> .
811 . . . . .	35.	1044 . . . . .	34 <sup>7)</sup> .
812 . . . . .	39, 142, 192, 216, 271 <sup>1)</sup> , 285, 290 <sup>2)</sup> , 292 <sup>3)</sup> , 293, 295 <sup>1)</sup> , 338.	1192 . . . . .	120 <sup>4)</sup> .
813 . . . . .	36, 39, 203 <sup>1)</sup> , 204, 297, 298.	1215 . . . . .	120 <sup>4)</sup> .
814 . . . . .	292 <sup>3)</sup> , 297, 299.	1216 . . . . .	136 <sup>1)</sup> .
815 . . . . .	292 <sup>3)</sup> , 297, 301 f.	1218 . . . . .	221 <sup>1)</sup> .
816 . . . . .	320, 323.	1220 . . . . .	136, 221 <sup>1)</sup> .
817 . . . . .	141, 317 f.	1224 . . . . .	221 <sup>1)</sup> .
818 . . . . .	145, 217.	1225 . . . . .	136 <sup>1)</sup> .
819 . . . . .	314, 316, 323 <sup>4)</sup> , 325.	1231 . . . . .	221 <sup>1)</sup> 3).
820 . . . . .	127, 285.	1243 . . . . .	145, 217, 217 <sup>5)</sup> .
821 . . . . .	127, 292 <sup>3)</sup> , 293.	1247 . . . . .	136 <sup>1)</sup> .
822 . . . . .	41 <sup>3)</sup> , 108 <sup>3)</sup> , 269 <sup>3)</sup> , 269 <sup>5)</sup> 6) 7), 270 f., 272 <sup>2)</sup> 3) 4) f., 295 <sup>3)</sup> , 312 f.	1248 . . . . .	96, 97.
823 . . . . .	265, 329 f., 331.	1249 . . . . .	158 f., 161 f.
824 . . . . .	334 f., 337.	1250 . . . . .	160, 161.
828 . . . . .	42.	1251 . . . . .	164.
830 . . . . .	306.	1252 . . . . .	165.
831 . . . . .	3, 306.	1253 . . . . .	162, 164.
832 . . . . .	3, 306.	1254 . . . . .	44, 162, 167.
837 . . . . .	306.	1255 . . . . .	169.
839 . . . . .	306.	1256 . . . . .	169.
840 . . . . .	306.	1258 . . . . .	193 f., 194 <sup>4)</sup> .
841 . . . . .	309.	1264 . . . . .	167.
842 . . . . .	309.	1265 . . . . .	160.
		1266 . . . . .	167, 190.
		1268 . . . . .	312.
		1269 . . . . .	311.
		1276 . . . . .	313.
		1278 . . . . .	309, 311, 313.
		1279 . . . . .	116, 311.
		1280 . . . . .	311, 313.
		1281 . . . . .	312.
		1282 . . . . .	310, 312 f., 314, 339 <sup>1)</sup> .
		1283 . . . . .	313.
		1337 . . . . .	41.
		1358 . . . . .	127.
		1393 . . . . .	108.

§ 1406 . . . . .	314.	§ 1479 . . . . .	309.
1407 . . . . .	314.	1480 . . . . .	137.
1418 . . . . .	138, 138 <sup>3)</sup> , 232.	1481 . . . . .	309.
1432 . . . . .	171 <sup>4)</sup> .	1485 . . . . .	336.
1445 . . . . .	291, 296.	1487 . . . . .	167, 206, 227, 235, 243 <sup>1)</sup> , 244 <sup>6)</sup> , 279, 309, 337.
1461 . . . . .	125.	1497 . . . . .	337.
1474 . . . . .	372 <sup>1)</sup> .		
1478 . . . . .	309, 336.		

Codex Theresianus (1767).

II. Teil, Kap. XII.	II. Teil, Kap. XXI.
Nr. 30 . . . . .	Nr. 189 . . . . .
13 <sup>1)</sup> 8).	331.

Strafgesetz (StG.).

(G. v. 27. V. 1852, RGBl. 117.)

§ 308 . . . . .	20 <sup>2)</sup> .	§ 495 . . . . .	20 <sup>2)</sup> 5).
486 . . . . .	41 <sup>3)</sup> .	527 . . . . .	41 <sup>5)</sup> .
492 . . . . .	20 <sup>5)</sup> .		

Patent über das Verfahren außer Streitfachen (AusstreitG.).

(Kais. Pat. v. 9. VIII. 1854, RGBl. 208.)

Im allgemeinen . . . . .	251.	§ 62 . . . . .	256, 328.
§ 2, 3, 7 . . . . .	204 <sup>3)</sup> , 250 <sup>2)</sup> , 274 <sup>7)</sup> , 327 <sup>5)</sup> .	63 . . . . .	256.
20 . . . . .	9.	64 . . . . .	256, 328.
21 . . . . .	254 <sup>5)</sup> .	65 . . . . .	66 <sup>3)</sup> .
22 . . . . .	251.	66 . . . . .	65, 66.
23 . . . . .	251.	67 . . . . .	67.
24 . . . . .	251.	68 . . . . .	256, 328.
27 . . . . .	254 <sup>5)</sup> , 308.	69 . . . . .	256.
28 . . . . .	254 <sup>1)</sup> .	70 . . . . .	256 <sup>2)</sup> .
29 . . . . .	254 <sup>3)</sup> .	71 . . . . .	260 <sup>1)</sup> .
30 . . . . .	254 <sup>3)</sup> .	72 . . . . .	261.
31 . . . . .	255 <sup>4)</sup> .	73 . . . . .	261.
32 . . . . .	254 <sup>5)</sup> .	75 . . . . .	262 <sup>2)</sup> , 263.
33 . . . . .	254 <sup>5)</sup> .	76 . . . . .	262 <sup>3)</sup> , 263.
34 . . . . .	254 <sup>1)</sup> .	77 . . . . .	109.
35 . . . . .	254 <sup>1)</sup> .	78 . . . . .	36, 203.
36 . . . . .	254, 254 <sup>2)</sup> .	80 . . . . .	319 <sup>5)</sup> .
37 . . . . .	254.	92 . . . . .	109, 205, 285, 295.
38 . . . . .	255.	93—110 . . . . .	287 <sup>1)</sup> .
39 . . . . .	255.	95 . . . . .	320 <sup>5)</sup> .
41 . . . . .	256.	97 . . . . .	323 <sup>4)</sup> .
42 . . . . .	256 <sup>1)</sup> .	105 . . . . .	292 <sup>3)</sup> .
43 . . . . .	37, 258.	111 . . . . .	145, 217, 290.
44 . . . . .	37, 258.	112 . . . . .	290.
45 . . . . .	37, 258.	113 . . . . .	290.
46 . . . . .	34, 37, 258.	114 . . . . .	285, 321 <sup>1)</sup> , 323 <sup>4)</sup> .
47 . . . . .	37, 258.	115 . . . . .	262, 264.
48 . . . . .	37, 258.	116 . . . . .	262, 264.
49 . . . . .	37, 258.	117 . . . . .	264.
50—52 . . . . .	260 <sup>2)</sup> .	118 . . . . .	263.
53—60 . . . . .	259 <sup>2)</sup> .	119 . . . . .	263.
61 . . . . .	256.	120 . . . . .	203, 263, 280, 328 <sup>1)</sup> .
		121 . . . . .	157, 264.

§		§	
122	264.	168	308 <sup>3)</sup> , 309.
123	204 <sup>3)</sup> , 207 <sup>1)</sup> .	169	309, 323 <sup>4)</sup> .
124	267.	170	307.
125	267, 274.	171	307 f., 323 <sup>4)</sup> .
126	166, 276, 327 <sup>5)</sup> .	172	323.
127	278.	173	305 <sup>5)</sup> , 323.
128	36, 203, 205, 205 <sup>1)</sup> , 266 <sup>5)</sup> , 280, 332.	174	110, 315 f., 323 <sup>4)</sup> .
129	37, 203 f., 205 <sup>1)</sup> , 266 <sup>5)</sup> .	177	125 <sup>3)</sup> , 325.
130	203.	178	125, 130 <sup>5)</sup> , 131, 145, 325 <sup>3)</sup> , 328.
131	266 <sup>4)</sup> 6).	179	327.
132	266 <sup>3)</sup> .	180	328, 328 <sup>3)</sup> , 336.
133	207 <sup>1)</sup> , 297 f.	182	9.
134	297 f.	220	343.
135	297, 299.	221	343.
136	297, 299.	222	342, 344.
137	251 <sup>4)</sup> .	223	345, 345 <sup>3)</sup> .
138	251 <sup>4)</sup> .	224	368, 369.
139	251 <sup>4)</sup> .	225	370.
140	251.	226	350, 370.
141	251.	227	346, 348, 362.
143	17 <sup>3)</sup> , 251.	228	346 f., 362.
144	251.	229	347, 363.
145	8, 34, 37, 38 <sup>3)</sup> , 40, 41, 41 <sup>4)</sup> , 207 <sup>1)</sup> , 269 <sup>3)</sup> 7), 271 <sup>3)</sup> .	230	345, 346, 348.
146	36 <sup>3)</sup> , 37, 41, 207 <sup>1)</sup> .	231	346, 348, 362 f.
147	36 <sup>3)</sup> , 37, 41.	232	346.
148	36 <sup>3)</sup> , 37, 41.	233	355.
149	148, 316, 316 <sup>6)</sup> , 323 <sup>3)</sup> .	234	356.
150	316 <sup>6)</sup> .	235	357.
151	316 <sup>6)</sup> .	236	357.
152	316 <sup>6)</sup> .	237	347, 354, 362.
153	316 <sup>6)</sup> .	238	347, 354.
154	316 <sup>2)</sup> .	239	347, 354 f., 363.
155	204, 316 <sup>2)</sup> .	240	356.
157—161.	323 <sup>1)</sup> .	241	355 <sup>4)</sup> , 357, 363.
157	317.	242	360 f.
158	109 f., 315, 317 f., 323 <sup>3)</sup> .	243	356, 360.
159	141, 148, 317.	244	356.
160	141, 317 f.	245	355 <sup>4)</sup> .
161	141 f., 141 <sup>1)</sup> , 317.	246	355 <sup>4)</sup> .
162	266 <sup>4)</sup> , 319.	247	347 f., 357.
163	146, 319.	248	357 f., 360.
164	323.	249	347, 357.
165—171.	315.	250	352, 357.
165	307 f.	251	358.
166	308.	252	357, 359, 362 f.
167	215 <sup>9)</sup> .	253	347 f.
		254	348, 351, 353 <sup>1)</sup> , 359, 362.
		255	348.
		256	348.
		278	41 <sup>2)</sup> .

**Allgemeines Handelsgesetzbuch (HGB.).**

(G. v. 17. XII. 1862, RGBl. 1 für 1863, zur Einführung eines Handelsgesetzbuches.)

Art.	
22	6.

**Konkursordnung (KO.).**

(G. v. 25. XII. 1868, RGBl. 1 für 1869 zur Einführung einer Konkursordnung.)

Im allgemeinen . . .	359 <sup>3)</sup> .	§	
§		62, 3, 2	261, 301.
4	140, 266.	63	35 <sup>1)</sup> , 261 <sup>6)</sup> .
34	146 <sup>1)</sup> .	182	146 <sup>2)</sup> .
43	34 <sup>3)</sup> , 261 <sup>5)</sup> .		

**Notariatsordnung (NO.).**

(G. v. 25. VII. 1871, RGBl. 75.)

Art.		§	
II.	254 <sup>3)</sup> .	63	81.
IV. Hptst. im allg.	52 <sup>2)</sup> .	64	81.
§		67	79, 80.
31 ff.	80.	68	81, 82.
49	82 <sup>4)</sup> .	70	52, 55, 80.
52 ff.	79.	71	80 <sup>2)</sup> .
56	79.	72	55, 80.
57	79 <sup>6)</sup> .	73	55, 80, 81.
59	80.	74	82.
60	79 <sup>6)</sup> , 80.	75	79.
61	79 <sup>6)</sup> , 80.	111	256 <sup>2)</sup> .
62	81.		

**Anfechtungsgesetz (AnfG.).**

(G. v. 16. III. 1884, RGBl. 36 über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen.)

Im allgemeinen . . .	41 <sup>3)</sup> .	§	
§		29	283.
2	282.	30, 3, 1	283.
3, 3, 1	282.	37	140, 283.
13	140, 283.		

**Jurisdiktionsnorm (JN.).**

(G. v. 1. VIII. 1895, RGBl. 111) und Einführungsgesetz hierzu (EJN.) (G. v. 1. VIII. 1895, RGBl. 110.)

Art. (EJN.)		§	
III	251.	50, 3, 4	347.
VIII, 3, 1	251.	70, 3, 1	348.
3, 2	251.	77	34, 38.
3, 3	17 <sup>2)</sup> , 251.	109	38 <sup>2)</sup> , 338 f.
§ (JN.)		116	347.
5	77.	121	52 <sup>2)</sup> , 77.

**Zivilprozessordnung (ZPO.).**

(G. v. 1. VIII. 1895, RGBl. 113 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten) und Einführungsgesetz hierzu (EZPO.) (G. v. 1. VIII. 1895, RGBl. 112.)

Art. (EZPO.)		§	
I	57 <sup>4)</sup> .	10	35 <sup>3)</sup> .
VI, 3, 1	155.	16	338.
XLII	138 <sup>5)</sup> , 234 <sup>10)</sup> , 291 <sup>1)</sup> , 304 <sup>8)</sup> .	19	277 <sup>3)</sup> .
Im allgem. (ZPO.)	65, 155.	20	277 <sup>3)</sup> .
§		68	2 <sup>2)</sup> .
8	35 <sup>3)</sup> .	155	35.
		156	40.

§		§	
164	35 <sup>5)</sup> .	294	62 <sup>1)</sup> , 65 <sup>2)</sup> .
191	19.	310	279, 333.
268	19.	312	279, 333.
272	50, 66 <sup>2)</sup> , 67 <sup>4)</sup> , 68.	320	69.
292	62 <sup>1)</sup> .	389	67 <sup>4)</sup> .

**Exekutionsordnung (E.O.).**

(G. v. 27. V. 1896, RÖBL. 79 über das Exekutions- und Sicherungsverfahren) und Einführungsgesetz hierzu (E.G.) (G. v. 27. V. 1896, RÖBL. 78.)

Art. (E.G.)	§	
Im allgemeinen . . . 277 <sup>4)</sup> , 359 <sup>2)</sup> .	42, 3. 6 . . . . .	298.
I . . . . . 277 <sup>4)</sup> .	44 . . . . .	298.
VII . . . . . 270 <sup>1)</sup> .	97 . . . . .	353, 360.
XXVII . . . . . 277 <sup>4)</sup> .	109 . . . . .	353, 360.
XLII . . . . . 250 <sup>2)</sup> .	226 . . . . .	146 <sup>1)</sup> .
§ (E.O.)	374 . . . . .	270.
9 . . . . . 291 <sup>3)</sup> .	379 . . . . .	218 <sup>4)</sup> .
34 . . . . . 35, 291 <sup>3)</sup> .	381 . . . . .	278.
35 . . . . . 291 <sup>3)</sup> .	389 . . . . .	278.
39, 3. 5 . . . . . 291 <sup>3)</sup> .		

**Reichsanerbenegesetz.**

(G. v. 1. IV. 1889) (RÖBL. 52.)

Im allgemeinen . . . 196, 373 f., 375 <sup>1)</sup> .	§	
§	9 . . . . .	397 f.
1 . . . . . 374 f., 376.	10 . . . . .	392, 400 <sup>1)</sup> .
2 . . . . . 375, 397.	11 . . . . .	391, 397, 400.
3 . . . . . 378 f., 385.	12 . . . . .	400.
4 . . . . . 379, 383, 386.	13 . . . . .	227 <sup>2)</sup> , 397 f., 400,
5 . . . . . 385 f.		400 <sup>1)</sup> , 401.
6 . . . . . 379, 391.	14 . . . . .	374, 402.
7 . . . . . 392 f., 394, 400,	15 . . . . .	404.
400 <sup>1)</sup> .	16 . . . . .	378.
8 . . . . . 380, 391.		

**Tiroler Hofegesetz.**

(G. v. 12. VI. 1900) (RÖBL. 47.)

Im allgemeinen . . . 196, 373 f.	§	
§	19 . . . . .	391 f., 393 f.
4 . . . . . 383.	20 . . . . .	380, 391.
5 . . . . . 398.	21 . . . . .	397 f.
15 . . . . . 374 <sup>3)</sup> , 379, 383.	22 . . . . .	403.
16 . . . . . 384 <sup>4)</sup> , 385.	23 . . . . .	404.
17 . . . . . 385 f., 388, 389 <sup>3)</sup> ,	24 . . . . .	395.
390.	25 . . . . .	378, 397 f., 400 f.
18 . . . . . 379, 391.	26 . . . . .	379, 385.

**Landesanerbenegesetz für Kärnten.**

(G. v. 16. IX. 1903) (RÖBL. 33.)

Im allgemeinen . . . 197, 373 f.	§	
§	6 . . . . .	379, 383.
1 . . . . . 374.	7 . . . . .	385 f., 387 f., 389,
2 . . . . . 376 f.		389 <sup>3)</sup> , 390.
3 . . . . . 376 f.	8 . . . . .	379, 391.
4 . . . . . 375, 394.	9 . . . . .	392 f.
5 . . . . . 378 f., 385.	10 . . . . .	380, 391.

§		§	
11 . . . . .	397 f.	14 . . . . .	398, 400 f.
12 . . . . .	391, 396, 400.	15 . . . . .	403.
13 . . . . .	397, 400.	16 . . . . .	404.

Hiezu die Vollzugsvorschrift (V.V. für Kärnten) (B. d. Z. M. v. 14. I. 1904 [ZMVB. 1904, Nr. 2]).

Im allgemeinen . . . 197, 373 <sup>1)</sup> .	§	
§	7 . . . . .	392 <sup>2)</sup> , 399 <sup>3)</sup> .
2 . . . . .	8 . . . . .	376 <sup>3)</sup> .
3 . . . . .	10 . . . . .	391 <sup>1)</sup> .
5 . . . . .	11 . . . . .	383 <sup>1)</sup> .
6 . . . . .	15 . . . . .	395 <sup>1)</sup> , 398 <sup>1)</sup> .

**Landesanerbenegesetz für Böhmen.**

(G. v. 7. VIII. 1903) (RÖBL. 68.)

Im allgemeinen . . . 197, 373 f.	§	
§	8 . . . . .	384 <sup>4)</sup> , 392 f., 394.
1 . . . . .	9 . . . . .	380, 384 <sup>4)</sup> , 391.
2 . . . . .	10 . . . . .	384 <sup>4)</sup> , 397 f.
3 . . . . .	11 . . . . .	395.
4 . . . . .	12 . . . . .	391, 397, 400.
5 . . . . .	13 . . . . .	397 f., 400 f.
6 . . . . .	14 . . . . .	374, 403.
	15 . . . . .	404.

Hiezu die Vollzugsvorschrift (V.V. für Böhmen) (B. d. Z. M. v. 28. II. 1909 [ZMVB. 1909, Nr. 3]).

Im allgemeinen . . . 197, 373 <sup>1)</sup> .	§	
§	9 . . . . .	382, 390 <sup>7)</sup> , 391 <sup>1)</sup> ,
2 . . . . .		392 <sup>1)</sup> , 397 <sup>1)</sup> , 398 <sup>2)</sup> .
3 . . . . .	10 . . . . .	384 <sup>2)</sup> , 3 <sup>4)</sup> .
5 . . . . .	11 . . . . .	379 <sup>2)</sup> , 385 <sup>1)</sup> , 403 <sup>2)</sup> .
6 . . . . .	15 . . . . .	395 <sup>3)</sup> , 396 <sup>1)</sup> , 398 <sup>1)</sup> .

**Andere Gesetze, Verordnungen usw.**

1767 Pragm. Sanction v. 5. IX.: 15 <sup>6)</sup> .	1785 HofD. v. 7. IV. (Kropatschef, Bd. 9, S. 506): 201 <sup>6)</sup> , 509.
1770 SanNorm. v. 2. I.: 76.	— HofD. v. 20. V. (ZGE. 433): 63, 70.
1771 HofD. v. 4. IX.: 63.	— HofD. v. 14. X. (ZGE. 481): 251 <sup>2)</sup> .
1772 HofD. v. 18. VII. (Kropatschef, Bd. 6, S. 505): 198, 199 f.	1786 B. v. 28. II. (ZGE. 607): 213 <sup>6)</sup> .
1774 HofD. v. 7. VI. (Krop. Bd. 5, S. 354): 15 <sup>6)</sup> .	— HofD. v. 21. IV. (ZGE. 542): 51 <sup>7)</sup> .
1775 HofD. v. 23. X.: 17 <sup>2)</sup> .	— Erbfolgepatent v. 11. V. (ZGE. 548): 177.
— HofReffr. v. 23. XII.: 17 <sup>2)</sup> .	1788 HofD. v. 22. XII. (ZGE. 939): 51 <sup>7)</sup> , 143 <sup>8)</sup> .
1776 HofD. v. 3. I.: 17 <sup>2)</sup> .	1789 HofD. v. 7. V. (ZGE. 1008): 198.
1778 Norm. v. 4. III.: 201.	— HofD. v. 20. X. (ZGE. 1058): 51 <sup>7)</sup> .
1779 HofRegäZirk. v. 20. II. Z. 132: 200.	1790 HofD. v. 19. I. 1790 (ZGE. 1094): 35, 40 <sup>2)</sup> .
— Norm. v. 14. X.: 201.	1791 HofD. v. 28. XII. (ZGE. 234): 297 <sup>2)</sup> .
1781 B. v. 1. V. (ZGE. 13) (Allgemeine Gerichtsordnung), § 140 lit. b: 72 <sup>3)</sup> .	1792 HofD. v. 6. II. (ZGE. 259): 198 f.
— B. v. 9. XI. (ZGE. 30): 13, 16 <sup>3)</sup> .	1795 Pat. v. 9. X. (ZGE. 258) (Erbfolgepatent): 196, 197, 373 f.
1782 B. v. 30. VIII. (ZGE. 72): 16 <sup>2)</sup> , 50 <sup>2)</sup> .	— HofD. v. 11. XII. (ZGE. 268): 50 <sup>6)</sup> .
1784 HofD. v. 15. VII.: 50 <sup>6)</sup> , 201 <sup>6)</sup> .	
— HofD. v. 17. X. (ZGE. 369): 51 <sup>7)</sup> .	

1797 (13. II.) Westgalizisches Gesetzbuch, II. Teil  
 § 336 . . . 25<sup>4</sup>.)  
 § 522 . . . 166.  
 § 644 . . . 263<sup>4</sup>.)  
 § 637 . . . 331.  
 — HofD. v. 21. IX. (ZG. 376): 200.  
 1799 HofD. v. 23. VIII. (ZG. 745): 199.  
 — HofD. v. 13. XI. (ZG. 486): 187.  
 1801 HofD. v. 10. VI. (ZG. 539): 201.  
 1802 HofD. v. 2. IV. (PolG. Bb. 17, S. 70): 51<sup>6</sup>.)  
 — HofD. v. 22. VI.: 17<sup>2</sup>.)  
 1803 HofD. v. 29. XI. (PolG. Bb. 20, S. 115): 51<sup>4</sup>.)  
 1805 HofD. v. 30. VIII. (ZG. 795): 14<sup>6</sup>.)  
 1807 HofD. v. 27. XI. (ZG. 828): 198 f.  
 1809 HofD. v. 1. III. (ZG. 885): 120<sup>1</sup>), 143<sup>6</sup>.)  
 — HofD. v. 23. III. (ZG. 887): 14.  
 1810 HofD. v. 26. I. (ZG. 898): 51<sup>2</sup>.)  
 — HofD. v. 6. II. (ZG. 898): 201.  
 — P. v. 15. X. (ZG. 914) (Erbsteuerpatent): 143<sup>6</sup>), 206<sup>2</sup>.)  
 1812 HofD. v. 12. VIII. (ZG. 1002): 66<sup>2</sup>.)  
 — HofD. v. 17. IX. (ZG. 1006): 89, 120<sup>1</sup>), 143<sup>6</sup>.)  
 1814 HofD. v. 11. VIII. (ZG. 1097): 193<sup>1</sup>.)  
 — HofD. v. 22. X. (ZG. 1106): 58.  
 1815 HofD. v. 21. IV. (Gouttafche S. X, Nr. 87): 201<sup>6</sup>.)  
 1816 HofD. v. 27. IV. (ZG. 1235): 14<sup>6</sup>.)  
 — HofD. v. 21. II. (ZG. 1212): 198.  
 1817 HofD. v. 25. VI. (ZG. 1340): 95, 160.  
 1818 AG. v. 8. I.: 51<sup>4</sup>.)  
 — HofD. v. 22. I. (ZG. 1408): 50<sup>6</sup>.)  
 — HofRgär. 3tr. v. 7. IV.: 51<sup>4</sup>.)  
 1820 HofD. v. 5. V. (ZG. 901): 15<sup>6</sup>.)  
 — HofD. v. 18. VII. (ZG. 1776): 41<sup>5</sup>.)  
 1821 HofD. v. 6. IV. (ZG. 1752): 17<sup>2</sup>.)  
 1822 HofD. v. 27. VI.: 145.  
 — HofD. v. 12. VII. (ZG. 1880): 145.  
 1824 HofD. v. 16. IX. (ZG. 2040): 199.  
 1825 HofD. v. 9. VI. 3. 2104: 281<sup>2</sup>.)  
 1827 HofD. v. 7. VII. (PolG. Bb. 55, S. 125): 51.  
 1830 HofD. v. 23. XII. (ZG. 2498): 15<sup>6</sup>.)  
 1831 HofD. v. 24. III. (ZG. 2508): 15<sup>6</sup>.)  
 1832 HofD. v. 13. I. (ZG. 2545): 15<sup>6</sup>.)  
 — P. v. 24. III. (ZG. 2557) (Auswanderungspatent): 49, 178<sup>4</sup>.)  
 1833 HofD. v. 10. V. (ZG. 2610): 210 f.  
 1834 HofD. v. 11. I. (n.d. ProvG. Bb. 16, S. 52): 17<sup>2</sup>.)

1835 HofD. v. 5. III. (PolG. Bb. 63, Nr. 25): 290<sup>1</sup>.)  
 — HofD. v. 19. VI. 3. 14846 (vgl. ProvG. S. 594): 198.  
 — HofD. v. 17. VIII. (ZG. 76): 16<sup>1</sup>), 50<sup>2</sup>), 51<sup>1</sup>), 213<sup>6</sup>.)  
 — HofD. v. 28. VIII.: 16<sup>3</sup>.)  
 — HofD. v. 12. X. (ZG. 90): 205, 205<sup>1</sup>), 332.  
 — HofD. v. 28. XII. (ZG. 111): 51<sup>2</sup>.)  
 1836 HofD. v. 4. I. (PolG. Bb. 64, S. 4): 51<sup>2</sup>.)  
 — HofD. v. 4. III. (ZG. 130): 201<sup>6</sup>.)  
 — HofD. v. 6. IX. (ZG. 592): 143<sup>6</sup>.)  
 — HofD. v. 19. IX. (ZG. 156): 341.  
 1837 HofD. v. 18. VI.: 201<sup>6</sup>.)  
 — HofD. v. 30. VI. § 71 (PolG. Bb. 65, S. 290): 26, 76.  
 1838 HofD. v. 12. VI. (ZG. 279): 342<sup>2</sup>.)  
 1840 P. v. 28. VI. (ZG. 451): 15<sup>6</sup>), 48, 50<sup>6</sup>), 201<sup>6</sup>), 251<sup>2</sup>.)  
 — HofD. v. 10. VII. (ZG. 453): 17<sup>2</sup>.)  
 1841 HofD. v. 16. I. (PolG. Bb. 69, S. 10): 201<sup>6</sup>.)  
 1843 HofD. v. 9. I. 1843 (ZG. 670): 15<sup>6</sup>), 51<sup>1</sup>.)  
 — HofD. v. 27. II. (ZG. 685): 15<sup>6</sup>.)  
 — HofD. v. 14. VI. (PolG. Bb. 71, S. 167): 200.  
 — HofD. v. 27. VI. (ZG. 712): 200.  
 1844 HofD. v. 31. I. hzw. 7. II. (ZG. 781): 215<sup>6</sup>), 218, 219<sup>2</sup>.)  
 1845 HofD. v. 29. V. (ZG. 888): 12, 89, 104, 107.  
 1846 Just. HofD. v. 4. I. 1846 (ZG. 1000): 37<sup>2</sup>.)  
 — AG. v. 14. II. (ZG. 933): 63.  
 — HofD. v. 19. II. (ZG. 938): 57.  
 — HofD. v. 27. III. (ZG. 943): 297<sup>2</sup>.)  
 — HofD. v. 3. VI. (ZG. 964): 91<sup>6</sup>), 120<sup>1</sup>), 270.  
 — HofD. v. 16. VI. (ZG. 970): 350.  
 — HofRgär. v. 30. IX. (AG. 21): 120<sup>1</sup>.)  
 1847 HofD. v. 27. III. (ZG. 1051): 215<sup>6</sup>), 217<sup>10</sup>), 218.  
 1849 AG. v. 5. VIII. (AG. 348): 17<sup>2</sup>.)  
 1850 P. v. 9. II. (AG. 50) (Gebührengesetz), § 72: 269<sup>2</sup>), 370<sup>2</sup>.)  
 — AG. v. 17. VI. (AG. 277): 196.  
 — AG. v. 28. VI. (AG. 256): 255<sup>4</sup>.)  
 1851 ZMG. v. 7. VII., 3. 7628: 203<sup>1</sup>.)  
 1853 ZMG. v. 6. VI., 3. 9451 (AG. II. Abt. Nr. 107 f. Böhmen): 201<sup>6</sup>.)  
 — AG. v. 25. VI. (AG. 123): 201<sup>6</sup>.)  
 1855 G. v. 15. I. (AG. 19) (Militärstrafgesetz):  
 § 45 . . . 52.  
 § 46 . . . 52.  
 § 47 . . . 52.

§ 129 . . . 41<sup>5</sup>.)  
 § 208 . . . 16, 52, 166<sup>4</sup>), 178<sup>4</sup>.)  
 1855 ZMG. v. 3. IV., 3. 4020 (AG. II. Abt. Nr. 11 f. Niederösterreich): 201<sup>6</sup>.)  
 — G. v. 21. V. (AG. 94) (Alte Notariatsordnung): 254<sup>3</sup>.)  
 — P. v. 5. Nov. (AG. 195) (Konfordat):  
 Art. 29 . . . 14.  
 " 35 . . . 14.  
 — Kais. B. v. 21. XII. (AG. 2 ex 1856): 251<sup>2</sup>.)  
 1858 ZMG. v. 22. I., 3. 23300: 254<sup>2</sup>.)  
 — AG. v. 13. VI. (AG. 95): 14.  
 1859 ZMG. v. 10. III., 3. 2708: 254<sup>4</sup>.)  
 — AG. v. 3. IV. (AG. 62): 41<sup>5</sup>.)  
 — Pat. v. 20. XII. (AG. 227) (i. d. Fassung d. G. v. 5. II. 1907, AG. 26): 6.  
 1860 Kais. B. v. 6. I. (AG. 9): 69, 72.  
 — ZMG. v. 7. V. (AG. 120): 254<sup>2</sup>.)  
 — Dienstreglement für die Infanterie:  
 § 26 . . . 51<sup>4</sup>.)  
 1866 ZMG. v. 14. II., 3. 1753 (AG. 31): 201<sup>6</sup>.)  
 — AG. v. 31. XII. (AG. 4 ex 1867): 15<sup>6</sup>), 50<sup>6</sup>.)  
 1867 G. v. 15. XI. (AG. 131) (Strafgesetznovelle): 52, 71, 228.  
 — G. v. 21. XII. (AG. 142) (Allg. StaatsbG.):  
 Art. 4 . . . 16<sup>8</sup>.)  
 " 6 . . . 14.  
 " 14 . . . 228<sup>7</sup>.)  
 1868 G. v. 25. V. (AG. 49):  
 Art. 7 . . . 228.  
 — G. v. 13. VI. (AG. 61): 343, 347, 354 f., 362.  
 — G. v. 27. VI. (AG. 79): 195.  
 — Prot. v. 5. XI. (AG. 5 ex 1869): 17<sup>2</sup>.)  
 1871 ZMG. v. 30. V. 3. 6648: 199.  
 — G. v. 25. VII. (AG. 76) (Notariatszwangsgesetz): 161, 171.  
 — G. v. 25. VII. (AG. 95) (Grundbuchordnung):  
 § 13 . . . 269<sup>12</sup>.)  
 § 20 lit. a 317<sup>3</sup>.)  
 § 22 . . . 38<sup>2</sup>.)  
 § 23 . . . 38<sup>2</sup>.)  
 1873 G. v. 23. V. (AG. 119) (Strafprozessordnung): 41<sup>5</sup>.)  
 1874 G. v. 7. V. (AG. 50):  
 Art. I . . . 14.  
 § 50 . . . 200.  
 § 51 . . . 14.  
 — ZMG. v. 6. VIII. 3. 8661: 346.  
 1875 AG. v. 26. IX.: 200.  
 1878 G. v. 23. I. (AG. 14): 343<sup>2</sup>.)

1881 G. v. 7. VI. (AG. 49): 400.  
 1882 G. v. 9. II. (AG. 17): 400.  
 1883 G. v. 19. V. (AG. 71): 344<sup>7</sup>.)  
 — G. v. 23. V. (AG. 82): 126<sup>3</sup>), 131<sup>1</sup>), 145<sup>3</sup>), 325, 325<sup>3</sup>.)  
 1884 ZMG. v. 25. I. (AG. 18): 400.  
 — ZMG. v. 16. VI. 3. 9305: 255<sup>4</sup>.)  
 1885 ZMG. v. 12. I. (ZMG. Nr. 8): 201<sup>6</sup>.)  
 — G. v. 2. IV. (AG. 93): 52<sup>2</sup>.)  
 1886 ZMG. v. 3. VI. Prs. Nr. 2839 (2. Aufl. des I. L. d. Dienstreglements f. d. f. u. f. Seer v. J. 1873), Weil. 3: 75<sup>2</sup>), 76.  
 1889 G. v. 11. IV. (AG. 41), § 45 (Wehrgesetz): 16<sup>8</sup>.)  
 1892 G. v. 16. III. (AG. 64): 6.  
 1893 G. v. 13. IX. (AG. 53 f. Niederösterreich): 198.  
 — G. v. 20. XII. (AG. 4 ex 1894): 343<sup>2</sup>.)  
 1894 G. v. 25. XII. (AG. ex 1895): 52<sup>2</sup>.)  
 1895 G. v. 26. XII. (AG. 197):  
 § 15 . . . 6, 206.  
 § 16 . . . 122<sup>4</sup>.)  
 1896 G. v. 25. X. (AG. 220) (Personalsteuergesetz):  
 § 229 . . . 38<sup>2</sup>.)  
 § 261 . . . 41<sup>5</sup>.)  
 § 263 . . . 38<sup>2</sup>.)  
 1897 G. vom 11. I. (AG. 30) (Patentgesetz):  
 § 18 . . . 6, 122<sup>4</sup>.)  
 — ZMG. v. 28. I. (AG. 35) (Vollzugsvorschrift zum Personalsteuergesetz, VI, Art. 3, 31. 2, Abf. 2: 41<sup>5</sup>.)  
 — G. v. 17. III. (AG. 9 f. Tirol): 196, 373, 378<sup>2</sup>.)  
 — ZMG. v. 5. V. (AG. 112) (Geschäftsordnung f. d. Gerichte I. u. II. Instanz): 254<sup>5</sup>.)  
 — AG. v. 10. VII. (AG. 174): 400<sup>3</sup>.)  
 — ZMG. v. 23. XII. (AG. 301): 400<sup>2</sup>.)  
 — ZMG. v. 3. XII. 3. 25801 (ZMG. Nr. 44) („Fragenbeantwortung“): 35<sup>5</sup>.)  
 1898 ZMG. v. 22. IV. 3. 18146: 207<sup>3</sup>.)  
 1899 Kais. B. v. 16. VIII. (AG. 158): 316<sup>4</sup>.)  
 1900 G. v. 12. VI. (AG. 48 f. Tirol): 197, 373 f., 378<sup>2</sup>.)  
 1901 G. v. 18. VI. (AG. 74): 316<sup>5</sup>.)  
 — AG. u. ZMG. v. 21. VI. 1901 (AG. 75): 316<sup>5</sup>.)  
 1902 ZMG. v. 20. IX. (ZMG. 43): 262<sup>1</sup>.)  
 1906 G. v. 18. XII. (AG. 5 ex 07): 6.  
 1907 ZMG. v. 27. XII. 3. 30996: 315<sup>3</sup>.)



## Sachregister.

Die größeren Ziffern bezeichnen die Seiten, die kleineren die Notizen.

## A.

abdicatio bonorum 13<sup>2)</sup>.  
 Abhandlung, d. Verlassenschaft 250 f.  
 — nach Ausländern 251<sup>4)</sup>.  
 — bei Fideikommissen 370.  
 Abhandlungsbehörde 36 f., 41.  
 — Kompetenzbestimmungen u. Befugnisse 251 f.  
 — im Auerbenrecht 377, 388.  
 Abhandlungsgericht f. Abhandlungsbehörde.  
 Abhandlungspfleger 321<sup>2)</sup>.  
 Absonderungsrecht (separatio bonorum) 142, 293 f.  
 — gegen den Erbschaftskläger 336<sup>2)</sup>, 338.  
 Abwesenheit, Ausschließungsgrund v. d. Hofübernahme 388.  
 Abzug, verhältnismäßiger v. Vermächtnissen 146.  
 Adelsverlust v. Fideikommissanwärtern 366<sup>4)</sup>.  
 Adoptiveltern 17, 188.  
 Adoptivkinder 17, 188.  
 Adoptivparens f. Adoptiveltern.  
 Ad vitalitätsrecht 193.  
 Ad vitalitätsvertrag 169, 193.  
 Advokatenkanzlei als Gegenstand des Nachlasses 2<sup>4)</sup>.  
 Agrarrecht, sog. liberales 196.  
 Altkreuzen f. Zuwachsrecht.  
 Aktien 132.  
 Alimentationsverbindlichkeit, Vererblichkeit 2.  
 Alimente 198.  
 Alleineigentum an Höfen 374, 402.  
 Allodialerben 356, 359, 361, 368.  
 Allodialisierung f. Fideikommiss, Auflösung.  
 Allographe Testamente 58.  
 Amortisationsgesetze 14.  
 Auerbe 379, 385, 386 f.

\* I. W. = letzter Wille.

Auerbe, Schuldner d. Verlassenschaft 391.  
 Auerbenrecht 196, 373 f.  
 — Vorbehalt 384.  
 — Ausschließungsgründe 388 f.  
 — Devolution 389 f.  
 Unfall d. Erbschaft f. Delation.  
 — d. Vermächtnisses 139 f.  
 Unfechtbarkeit d. Erbschaftsaus-schließung 282.  
 animus injuriandi 18<sup>2)</sup>.  
 animus testandi 84.  
 Anordnungen leghwillige, begünstigte 74 f.  
 — notarielle 79 f.  
 Anrechnung f. Kollationspflicht.  
 Anstalten 14.  
 Ansteckungsgefahr 74.  
 Antretung f. Erbschaft, Erbszerklärung.  
 Anwärter f. Fideikommiss.  
 Apothekerkonzession, im Nachlaß 6<sup>7)</sup>.  
 Arbeitsprämien 201<sup>2)</sup>.  
 Arme 89, 91.  
 Arme, Vermächtnisse an 120.  
 Armendrittel 198.  
 Armenfonds 198, 199.  
 Ascendenten, Intestaterbrecht 182 f.  
 — Noterbrecht 210 f.  
 — f. auch Eltern.  
 Aushle, Erbsfähigkeit 14<sup>2)</sup>.  
 Aufhebung d. Erklärung d. I. W. \*, f. d. Auflage 94, 100, 149 f.  
 Auflage d. Erblassers 58 f., 64<sup>7)</sup>.  
 Auflage (test. mysticum) 85.  
 Auseinandersetzung d. Miterben 306 f.  
 — im Auerbenrecht 384, 390.  
 Ausländer f. Abhandlung der Verlassenschaft.  
 „Auslagen, pflichtmäßige“ 145.  
 Auslegung d. I. W. 89.  
 — der Vermächtnisse 120 f.  
 Ausschlagung d. Erbschaft f. Erbschaft.  
 — d. Vermächtnisses 139.

Ausschließungsgründe vom Auerbenrecht 388 f.  
 Ausstattung, Anrechnung z. Pflichtteil 221.  
 Auswanderung, unbefugte 16, 49.  
 Autorrecht, Vererblichkeit 6.  
 — kein Gegenstand d. Heimfallsrechtes 206.  
 — f. auch Urheberrecht.

## B.

Banken, Auskunftsspflicht 287<sup>1)</sup>.  
 Barschaft, Vermächtnis d. 124.  
 Bauernerbfolge 195 f., 374 f.  
 Beamter, richterlicher 77.  
 Bedingungen 12, 34, 94, 149 f., 150.  
 — bei Erbverträgen 164.  
 Beerdigung f. eidliche Aussage.  
 Befristung 150.  
 Beglaubigung d. Handzeichens 62.  
 Begräbniskosten 34, 145<sup>2)</sup>.  
 Behaltungsrecht d. Fiskus 204<sup>2)</sup>.  
 Behältnis, Vermächtnis e. B. 121<sup>2)</sup>.  
 Behörden, Erbsfähigkeit derselben 14<sup>4)</sup>.  
 Beiträge, gesetzliche z. öff. Anstalten 148.  
 beneficium inventarii f. Inventar.  
 Besitz d. Erblassers 5, 34.  
 — Einräumung an Verlassenschafts-sachen 41.  
 — rechtlicher, d. Erbschaft f. Einantwortung.  
 Besitzer, redlicher, v. Vermächtnis-stücken 147.  
 — v. Erbschaftsstücken 337.  
 — v. Fideikommissgut 371<sup>1)</sup>.  
 — u. unredlicher, Haftung 334.  
 Besitznehmung f. Erbschaft.  
 Beschimpfung 18<sup>2)</sup>.  
 Besonnenheit 49, 82.  
 Befähigung d. I. W. (nuncupatio) 58.  
 Befähigungsurkunde für Legatäre 131.  
 Betriebsinventar b. Höfen 383, 393.  
 Betrug b. Erklärung d. I. W. 22, 82 f.  
 — f. auch Verbrechen.  
 Beweggrund f. Irrtum i. B.  
 — f. a. Motiv.  
 Bemertung b. d. Erbteilung 308.  
 Bezirksarmenfonds f. Armenfonds.  
 Bezirksamte, Aufnahme leghwilliger Anordnungen 77.  
 Bischöfe, Testierfähigkeit 51.  
 Bitte des Erblassers 84<sup>7)</sup>.  
 Blauschrift f. 58<sup>2)</sup>.  
 Blinde, Erklärung d. I. W. 63<sup>7)</sup>, 80.  
 — unfähige Zeugen d. I. W. 70.  
 „Blutsfreunde“ 88, 89<sup>7)</sup>.  
 Blutschande a. Erbunfähigkeitsgrund 25.  
 Brautpersonen gemeinschaftl. Testamente 95.  
 — Erbverträge 159.

Krasnopolski, Privatrecht. V.

## C.

cautela Socini 227.  
 Choleraepidemie 74.  
 conditio ex lege, gegen den Vermächtnisnehmer 147.  
 curator ad hoc, litis, bonorum, heredis, hereditatis f. Kurator.

## D.

Datierung d. Testaments 56.  
 Delation d. Erbschaft 7 f., 9 f.  
 — Vererblichkeit 8.  
 Delationsgründe 8 f.  
 Delirium 49.  
 Depositencheine über Depurationsbeträge 358.  
 Depurationspflicht f. Fideikommissbesitzer.  
 Depurierungsverpflichtung, Vererblichkeit derselben 2<sup>2)</sup>.  
 Deserteure 9, 178 f.  
 — Erbunfähigkeit 16.  
 — Testierunfähigkeit 52.  
 Destituierung d. I. W. 156 f.  
 Deszendenten, Intestaterbfolge 181 f.  
 — Noterbrecht 210 f.  
 — f. auch Kinder.  
 Deutscher Orden f. Orden.  
 Diebstahl an Erbschafts-sachen 34<sup>1)</sup>.  
 „Dienstpersonen“ als Legatäre 120, 140.  
 dies f. Zeitbestimmung.  
 dies cedens 138<sup>2)</sup>, 139 f.  
 dies veniens 142 f.

## E.

Edit z. Ladung d. Anwärter 362, 371.  
 Ediktalverfahren b. erblosem Nachlaß 203 f.  
 Gebrauch als Erbunfähigkeitsgrund 18<sup>2)</sup>.  
 25.  
 Ehegatte 17.  
 — als Testamentenzeuge 72.  
 — des Schreibers d. I. W. 73.  
 — gemeinschaftl. Testamente 95.  
 — Erbverträge 159 f.  
 — gesetzliches Erbrecht 176, 189 f.  
 — im Auerbenrecht 387, 402 f.  
 — f. a. Unterhalt, anständiger.  
 Ehegatte 26.  
 Eidliche Aussage der Zeugen d. I. W. 65 f.  
 Einantwortung f. Erbschaft.  
 — jure crediti 11<sup>1)</sup>, 261.  
 — v. Fideikommissen 370.  
 Einantwortungsurkunde 315, 323 f.  
 — b. Substitutionen 110.  
 Einberufung d. Verlassenschaftsgläubiger f. Gläubigerfondation.  
 Einrechnung f. Kollationspflicht.

Einschränkung d. Erklärung d. l. W. f. d.  
 Einschuldung von Fideikommissen 354 f.  
 Einschuldungsverbot 105.  
 Eltern als Testamentzeugen 72.  
 — des Schreibers des l. W. 73.  
 — f. a. Njendenten.  
 Endausweis 323.  
 Englische Fräulein 15<sup>6)</sup>.  
 Enteignung d. Fideikommissgutes 372<sup>1)</sup>.  
 Enterbung 213, 228 f.  
 Enterbungsgründe 228 f., 232 f.  
 Entfagung des Erben 11.  
 Epidemie 75.  
 Equipage, Vermächtnis d. 121<sup>2)</sup>.  
 Erbeinsetzung 87 f.  
 — gegenseitige 95 f.  
 Erbe, Unfähigkeit zur Testamentzeugen-  
 schaft 72.  
 Erben, mehrere 42.  
 Erbfähigkeit 11 ff.  
 Erbfolge, Voraussetzungen 1 f.  
 — Eröffnung 9 f.  
 — Verzicht auf 26 f.  
 — gesetzliche 24, 174 ff.  
 — d. Descendenten 181 f.  
 — d. Njendenten 182 f.  
 — d. Seitenverwandten 182.  
 — in Bauerngütern 195 f.  
 — nach Geistlichen 197.  
 Erb-fideikommiss 364.  
 Erbgelder 396 f.  
 — Kündigung 397.  
 — Sicherstellung 398.  
 Erbhof (Kärnten) 375.  
 Erbquoten, Erbteile 1.  
 Erbrecht, internationales 1<sup>1)</sup>.  
 Erbrechtsklage 8, 277 f., 314.  
 — Verjährung 279.  
 Erbrechtsprozeß 39.  
 Erbrechtstitel 9 f.  
 Erbschaft, Delation 7 f., 9 f.  
 — ruhende 31 f.  
 — Antretung 7 f., 37 f., f. a. Erbserklärung.  
 — Erwerb (Besiznehmung) 38<sup>2)</sup>, 249 f.  
 — Ausschlagung 93, 280 f.  
 — Einantwortung 7 f., 314 f.  
 — Veränderung 8, 27<sup>2)</sup>, 309 f.  
 — f. a. Verlassenschaft, Erbteilung.  
 Erbschaftsgläubiger 35.  
 — bei erblosem Nachlaß 204.  
 Erbschaftskauf f. Veräußerung d. Erb-  
 schaft.  
 Erbschaftsklage 314, 329.  
 — Verjährung 336 f.  
 Erbschaftsschulden 112.  
 Erbschaftsprozeß, Einfluß auf dritte  
 337.  
 Erbserklärung 7, 37, 42 f., 263 f.,  
 283 f.  
 — Kollisionen 274 f.  
 — zum Fideikommiss 370.

Erbteile 90 f.  
 — Berechnung der 90<sup>2)</sup>, 9<sup>1)</sup>, 91<sup>2)</sup>.  
 Erbteilung 305 f.  
 — bei Auerbenfolge 384 f., 391.  
 — f. auch Nachtragserteilung.  
 Erbteilungsklage 307, 314, 329.  
 Erbteilungsvorschriften betr. Erb-  
 folge in Bauerngütern 196 f., 374 f.,  
 391 f.  
 Erbunfähigkeit 15 ff., 24<sup>6)</sup>, 229.  
 Erbunwürdigkeit 13<sup>6)</sup>, 20<sup>7)</sup>, 21, 24,  
 24<sup>6)</sup>, 26.  
 Erbvertrag 10, 26, 28, 44, 53<sup>5)</sup>, 152<sup>1)</sup>, 2),  
 158 f.  
 — Form u. Inhalt 161 f.  
 — Wirkungen 165 f.  
 — eines Verzichtwenders 163<sup>3)</sup>.  
 Erbverzicht f. Verzicht auf die Erb-  
 folge.  
 Exceptionsrecht 20<sup>7)</sup>.  
 Erklärung des l. W. 10, 26, 44 f., 48 f.,  
 116.  
 — Hinderung 22.  
 — Fähigkeit zur Errichtung 48 f.  
 — Form 55 f.  
 — Stellvertretung 82.  
 — Einschränkung 149 f.  
 — Aufhebung 149 f.  
 — Unwirksamkeit 149 f., 156 f.  
 — Kundmachung 256.  
 — nachträglich aufgefunden 328.  
 — f. a. Testament, Kodizill, Anordnungen,  
 leghwillige  
 Errichtung 33 f.  
 — keine E. d. Erbrechtes 11.  
 — des Fideikommissgutes 372<sup>1)</sup>.  
 Ernst d. Erklärung d. l. W. 82.  
 Erbscheine 98 f.  
 Erwerb f. Erbschaft.  
 Erwerbsfähigkeit 14.  
 Erziehung, Vermächtnis d. 137 f.  
 Exekution auf Substitutionsrechte 108.  
 Exreligiose, Erbfolge 201.  
 — Noterbrecht 213<sup>6)</sup>.  
 — pensionierte des ung. Studien- u.  
 Religionsfonds 51<sup>2)</sup>.

## F.

facultas alternativa des Legatars  
 119, 147 f.  
 Fahrlässigkeit 18.  
 Fakultät, Erbfähigkeit derselben 14<sup>4)</sup>.  
 Falcidische Quart 145.  
 Familienfideikommiss f. Fidei-  
 kommiss.  
 Familiengruft kein Nachlassobjekt 3<sup>1)</sup>.  
 Familienstiftung 341.  
 Familienverhältnisse, Unvererblich-  
 keit 2.  
 Familienverträge 341.

Feldkapläne, Testierfähigkeit 51.  
 Feststellungsklage 277.  
 fictus possessor 332  
 Fideikommiss, Begriff u. Objekt 340 f.  
 — Errichtung 342 f., 344.  
 — Verwandlungen 344.  
 — grundbücherliche Eintragung 345.  
 — Hauptinventar 345, 368.  
 — Vermögenssicherung 345.  
 — Antwörter 346, 355, 362 f., 369 f.  
 — Kurator 346 f., 357.  
 — Rechte des Besitzers f. Fideikommiss-  
 besitzer.  
 — Verfügungen über die Substanz 351 f.  
 — Verwaltung 351 f.  
 — Sequestration 351, 353, 359.  
 — Einschuldung 352 f.  
 — Sukzession 6, 363 f.  
 — Nachfolger u. Vorbesitzer 367 f.  
 — Separationsprotokoll 368 f.  
 — Verlassenschaftsabhandlung 370.  
 — Klage auf Wiederherstellung 371<sup>1)</sup>.  
 — Auflösung u. Erlöschung 352, 371 f.  
 — sog. sukzessives 106.  
 Fideikommissar f. Nacherbe.  
 Fideikommissband, Anmerkung d.  
 345<sup>5)</sup>.  
 Fideikommissbesitzer, Rechte des 349 f.  
 — Haftung u. Pflichten 351 f.  
 — Depurationspflicht 357 f.  
 Fideikommissbehörden 348, 354 f.,  
 357.  
 Fideikommissgläubiger 371 f.  
 Fideikommisskapitalien 346.  
 Fideikommissschulden 352.  
 — i. e. S. 353 f.  
 Fideikommissstatut 49.  
 fidei commissum ejus, quod  
 supererit 104<sup>6)</sup>, 105, 113.  
 Fiduziar f. Vorerbe.  
 Finanzprokurator, Erbserklärung z.  
 Armendrittel 199<sup>1)</sup>.  
 — im Reduzitätsverfahren 203<sup>5)</sup>, 206<sup>6)</sup>,  
 207<sup>1)</sup>.  
 — Transmissionsrecht d. Fiskus 207<sup>3)</sup>.  
 Firma, vererblich b. Handelsgeschäften 6.  
 — unerblich b. Gewerbetreibenden 6.  
 Fiskus, Exceptionsrecht 20<sup>7)</sup>.  
 — Heimfallsrecht 11, 47, 157, 202 f.  
 — kein Transmissionsrecht 20<sup>7)</sup>.  
 — Sukzession ins Pflichtteilsrecht 208<sup>4)</sup>.  
 — Erbrecht nach Geistlichen 200.  
 Fondsgebühren b. erblosem Nachlaß  
 203.  
 Forderungsvermächtnis 130 f.  
 Form d. Erklärung d. l. W. 55 f.  
 Formfreiheit d. Erbverzichtes 28.  
 Frauenspersonen als Testament-  
 zeugen 70, 74, 76.  
 Freiheit bei Erklärung d. l. W. 22.  
 Freiteilbarkeit d. Bauerngutes 196.

Freizügigkeitsverträge 16.  
 Fremde, Erbfähigkeit 16 f.  
 Fromme Vermächtnisse f. Vermächtnis-  
 nis.  
 Fruchtgenußvermächtnis 146<sup>2)</sup>.  
 Fruchtnießer (Rechtsstellung d. Vor-  
 erben) 110 f.  
 Fruchtnießung d. überlebenden Ehe-  
 gatten 192 f., 214.  
 — an einer Erbschaft 104.  
 — am Nachlaß (Vermächtnisanordnung)  
 122.  
 Früchte, Teilung zw. Vor- u. Nacherben  
 111.

## G.

Gaben, anrechnungspflichtige 220 f.  
 — z. Antritt e. Amtes 221.  
 — z. Antritt e. Gewerbes 221.  
 Gattungssachen 123.  
 Gattungsvermächtnis 123 f.  
 Gebrechen, geistige o. körperliche,  
 als Ausschließungsgrund v. d. Hof-  
 übernahme 389.  
 Gebühren, fromme 145<sup>5)</sup>.  
 Gebühren v. Nachlaß 41.  
 Gebührenbehörden 261<sup>1)</sup>.  
 Geistesranke, testierunfähig 49.  
 Geistliche, Erbfolge nach deni. 197 f.  
 Geistlichkeit, Legate an die 120<sup>1)</sup>.  
 Geldfideikommiss 341.  
 Geldsummen 106.  
 Geldstrafen 41.  
 — Vererblichkeit d. 2<sup>3)</sup>.  
 Gelübde d. Armut 14 f.  
 Gemeinden 91.  
 — geistliche 14.  
 — Mitwirkung i. Verlassenschaftsachen  
 255<sup>4)</sup>.  
 Gemeindevorstand, Einberufung bei  
 d. Hofwertbestimmung 393 f.  
 Gemeinshaft, unerblich 3.  
 Gendarmerieverband, Personen des  
 52<sup>2)</sup>.  
 Generation 107.  
 Gerichtliche Testamente 77 f.  
 Gerichtsabgeordneter 254.  
 Gerichtsperson 77 f.  
 Gerichtsstand der Verlassenschaft 34, 38.  
 Gesamtsachen 122.  
 Geschäftsführung ohne Auftrag,  
 Forderungen aus 34.  
 Geschwister, Erbfolge der 182 f.  
 — Erbrecht der per reser. pr. legitimierten  
 186.  
 — Unfähigkeit z. Testamentzeugenschaft  
 73.  
 — des Schreibers d. l. W. 73.  
 Gesetz als Delationsgrund 10.  
 Geständnis, gerichtliches 25.  
 Gewerbe, Fortführung 6<sup>7)</sup>.

Gewerbe-Konzession im Nachlaß 67).  
Gewinnſucht ſ. Verbrechen a. G.  
Gläubiger des Erben 269 f.  
Gläubigerkonvokation 205<sup>1)</sup>, 297 f.  
Gnadengaben 205<sup>1)</sup>.  
Gold, Vermächtnis d. G. 121<sup>2)</sup>.  
Grad b. fideikom. Substitutionen 107.  
— d. Verwandtschaft 178.  
Großeltern, Erbfolge d. 183.  
Grundbuch ſ. öffentliche Bücher.  
Gütergemeinſchaft auf den Todesfall 1<sup>2)</sup>.

## S.

Haftung d. Erben nach der Einantwortung 283 f.  
— d. Erben vor der Einantwortung 41 f.  
— d. Erbſchaftsbeſitzers 334 f.  
— d. obſieg. Erbſchaftslägers 339.  
— d. Vorerben 111.  
Halbbürtigkeit 183.  
Haltſuben (in Rärnten) 377.  
Handelsbücher, Editionspflicht des Erben 3<sup>1)</sup>.  
Handelsgesellſchaft i. Nachlaß 287<sup>1)</sup>.  
— Vererblichkeit 6.  
Handelsunternehmen vor Einantwortung 41<sup>1)</sup>.  
Handlungsfähigkeit d. Testators 48.  
Handzeichen 57, 61 f., 812.  
Hauptinventar ſ. Fideikommiß.  
Hausgenossen 72.  
Hausrat 121<sup>1)</sup>.  
Heimfallsrechte 201<sup>1)</sup>.  
Heiratsgut, Anrechnung z. Pflichtteil 221.  
— Vermächtnis des 134 f.  
hereditas jacens 31 f.  
hereditatis petitio ſ. Erbſchaftsklage.  
Herrenhausmitgliedschaft 6.  
Hinderung b. d. Erklärung d. l. W., ſ. d.  
Hof, mittlerer Größe 374 f.  
— Veräußerung m. gerichtl. Zuſtimmung 389.  
Hofanteil, Übernahme durch den Ehegatten 402 f.  
Hofehörde 388.  
Hofbestandteile 377.  
Hofſchulden 391<sup>1)</sup>.  
Hofübernehmer 385 f.  
— ſ. a. Auerbe.  
Hofwertbeſtimmung 391 f.  
Höfe, geſchloffene (Tirol) 196, 377 f.  
— mehrere in einem Nachlaß 403 f.  
Höfeabteilung d. Tiroler Grundbuches 378.  
Höferecht 196, 379.  
Holographe Testamente 56.

## S.

Immaterialgüterrechte, vererblich 6.  
Indignität im röm. Recht 20<sup>7)</sup>.

Indizienbeweis 19.  
Indult, päpſtliches 51.  
Inhaberpapiere 132.  
Inſuffizienz d. Nachlaßes 319.  
Internationales Erbrecht 1<sup>1)</sup>.  
Interpretation ſ. Auslegung.  
Interpretationsregeln 89.  
Intestaterbrecht 24.  
— ſ. auch Erbfolge, geſchliche.  
Inventar, 42, 118, 145 f., 265, 284 f.  
— b. fideikom. Substitution 109.  
— b. erbloſem Nachlaß 204.  
Inventurkosten 145<sup>5)</sup>.  
Johanniterorden, Teſtierfähigkeit 509.  
Irrtum i. Beweggrund 84.  
— i. d. Erklärung d. l. W. 82 f.  
Jünglinge unter 18 J., unfähige  
Testamentszeugen 70.  
— über 14 J. 74, 76.  
Juniorat 364.  
Juwelen, Vermächtnis der 121<sup>2)</sup>.  
iure crediti-Einantwortung 11<sup>1)</sup>.  
Juristische Personen ſ. Personen.  
jus accrescendi ſ. Zuwachſsrecht.  
jus repraesentationis ſ. Repräſen-  
tationsrecht.  
jus separationis ſ. Abſonderungsrecht.

## R.

Raduzität 201 f.  
Raduzitätsprivilegien 201.  
Kapitalvermächtniſſe, ev. Minde-  
rung derſelben 145<sup>2)</sup>.  
Kardinäle, Teſtierfähigkeit 51.  
Kaſſatorische Klausel 150.  
Kataſtralreinertrag von Höfen 376,  
392, 395.  
Kautel, jociniſche 227.  
Kerkerſtrafe ſ. Verurteilung.  
Kinder, eheliche 17, 181 f., 386.  
— adoptierte 17, 104<sup>2)</sup>, 176, 185 f., 210 f.,  
386.  
— legitimierte 176, 185 f., 211, 367, 386.  
— uneheliche 2, 17<sup>6)</sup>, 72<sup>6)</sup>, 136, 176,  
185 f., 210 f., 366, 386.  
— als Legatäre 140.  
— d. Schreibers d. l. W. 73.  
— Noterbrecht 210 f.  
— Unfähigkeit z. Testamentszeugenſchaft 72.  
— ſ. auch Deſzendenten.  
Kirchendrittel 193.  
Klage auf Erbteilung 307.  
Klausel, kaſſatorische 150.  
— derogatorische 151.  
Kloster, kein Erbrecht nach Konventualen  
15.  
Kodizill, Begriff 44 f., ſ. a. Erklärung  
d. l. W.  
Kodizillarklausel 44, 119.  
Kollationspflicht, des Ehegatten  
193 f.

Kollationspflicht der Noterben 219 f.  
— der Deſzendenten 303 f.  
— Berechnungsmethoden 223 f.  
Kollegatäre 117.  
Kollektivvermächtniſſe 120.  
Kollision v. Erbserklärungen 274 f.  
Kongregationen 14.  
Konkurseröffnung über d. Nachlaß  
261, 301.  
Konſuln, Entgegennahme von Testa-  
menten 55<sup>2)</sup>.  
Kontumazianſtalten 76.  
Kontumazperſonal, Erbunfähigkeit  
des 26.  
Kontumaziſten 76.  
Konverſion v. Vermächtniſſen 129.  
Konvertierung öff. Kreditpapiere  
130<sup>4)</sup>.  
Konvokationsfriſt 298 f.  
Konzept d. Erklärung d. l. W. 58<sup>2)</sup>,  
84<sup>6)</sup>.  
Korporationen 14.  
Körper (Körperſchaft) 91<sup>6)</sup>.  
Kost, Vermächtnis der 137 f.  
Kridatar, Erbſerklärung 266.  
Kündigung d. Erklärung d. l. W. ſ. d.  
Kündigung, gerichtliche, der Erbſer-  
klärung 397.  
Kuratelſgericht, Genehmigung d. Erb-  
verzichtes 27.  
Kuratelſkosten 145<sup>5)</sup>.  
Kurator ſ. Ordensgeiſtliche 9.  
— der Verlaſſenſchaft 35 ff.  
— ad hoc 35<sup>7)</sup>.  
— litis 35, 40.  
— honorum 40.  
— Anſuchen um Beeidigung d. Testaments-  
zeugen 66.  
— b. fideikom. Substitutionen 109.  
— zur Verwaltung des Nachlaßes 145,  
294 f.  
— des Erben 266.  
— des Fideikommißes 346 f., 355.  
— der Nachkommenschaft b. Fideikommißen  
346 f., 371.

## L.

Landwehrverband, Personen des 52<sup>2)</sup>.  
Lebensverſicherungſpolizze 4<sup>7)</sup>.  
Legat ſ. Vermächtnis.  
legata pia 143.  
Legatar, Unfähigkeit zur Testaments-  
zeugenſchaft 72.  
— ſ. auch Vermächtnisnehmer.  
Legatsforderung 137 f.  
Legatsklage 133.  
legatum debiti 133 f.  
— liberationis 132.  
— nominis 130 f.  
Leibrentenverträge, Unvererblichkeit 3.  
Leichenkosten e. Offiziers 261<sup>5)</sup>.

Letzter Wille ſ. Erklärung d. l. W.  
Letzte Willenserklärung ſ. Erklärung  
d. l. W.  
Lehtwillige Anordnung ſ. Erklärung  
d. l. W.  
Linearordnung 177.  
Linie, Entzeſſion in Fideikommiße 367<sup>4)</sup>.  
Lokalarmenfondſ 120<sup>1)</sup>.  
Lokalarmeninſtitut 89.  
Loſe 132.  
lucidum intervallum 50.

## M.

Majorat 363 f.  
Maltheſerorden 15<sup>6)</sup>.  
— Teſtierfähigkeit 50<sup>2)</sup>.  
Maltheſerordensmitglieder 201<sup>6)</sup>.  
mandatum post mortem 171.  
Manifestationseid ſ. Offenbarungseid.  
Meliorationen 111.  
Meſſen 89.  
Militärarme 120<sup>1)</sup>.  
Militärkapläne ſ. Erbfolge n. Geiſt-  
lichen.  
Militärperſonen 76.  
Militärtestamente 75 f.  
Militärſtandſperſon, Gläubiger-  
einberufung 298.  
Minderjährige, Teſtierfähigkeit 52.  
Minorat 364.  
Miterben 9.  
— als Legatäre 116, 118.  
— bei Substitutionen 100 f.  
Miteigentum an Höfen 374, 402.  
Mobilien, Vermächtnis d. 121<sup>2)</sup>.  
— ſ. a. Sachen, bewegliche.  
modus ſ. Auflage.  
Montenegriner 17<sup>2)</sup>.  
Motiv 22<sup>1)</sup>.  
Mutter, uneheliche, Noterbrecht 210 f.

## N.

Nachberufener 98 f.  
Nacherbe 101 f., 149.  
— Verhältnis zum Vorerben 6.  
Nachkommen 30, 31.  
— des Erbunwürdigen 24.  
Nachlaß ſ. Verlaſſenſchaft, Verlaſſen-  
ſchaftsvermögen, Erbſchaft.  
Nachlaßinventar 109.  
Nachlaßnachweiſung 316.  
Nachtragserbteilung im Auerben-  
recht 395.  
Namen d. Testators 56 f.  
Nebenintervention d. Legatäre i.  
Erbrechtſtreit 277<sup>2)</sup>.  
Nichtchriften als Testamentszeugen 72.  
nomina ipso jure divisa 43.  
Nonnen, Erbunfähigkeit 15.  
— aufgehobener Klöſter, Noterbrecht 213<sup>6)</sup>.

Notare 80.  
— letztwillige Anordnungen vor 55.  
— als Gerichtskommissäre 254<sup>3</sup>).  
Notariatsakt über Erbverträge 161.  
— bei Rückstellung e. notariellen letztwilligen Anordnung 82.  
Notariatsakt, Schenkung a. d. L. 171.  
Notarielle letztwillige Anordnung f. Anordnung.  
Noterbe 210 f.  
— Anspruch auf notw. Unterhalt b. Enterbung 231.  
— Übergehung 240 f.  
Noterbrecht f. Pflichtteilsrecht, Pflichtteil.  
Notwehr 18.  
nuncupatio 58.  
Nuncupativtestament 63 f.

## O.

Obergerichte, Aufsicht über d. Fideikommissbehörden 348.  
Oberster Gerichtshof, Aufsicht über d. Fideikommissbehörden 348.  
— Genehmigung zur Einschuldung e. F. 355.  
Öffentliche Testamente 77 f.  
— im Nachlassverfahren 250<sup>2</sup>).  
Opferste, unvererblich 4.  
Öffentliche Bücher, Eintragung der fideikommissarischen Substitution 109.  
— Eintragung der Fideikommissqualität 345, 352.  
Öffentliche Rechte, Unvererblichkeit 2.  
Ornerierte 117.  
Oralfideikommiss 119.  
Orden, deutscher, Erbfähigkeit der Mitglieder 15<sup>6</sup>).  
— Testierfähigkeit d. Mitglieder 48, 50<sup>6</sup>).  
— Intestaterbrecht nach Mitgliedern 201<sup>6</sup>).  
Orden, geistliche, Erbfähigkeit 14.  
— Eintritt 48.  
Ordenspersonen, = geistliche, = priester 9 f., 13<sup>2</sup>), 14 f.  
— Erbfähigkeit 15 f.  
— Testierfähigkeit 51 f.  
— als Zeugen d. l. W. 70.  
— als Schreiber d. l. W. 63.  
— f. a. Erbfolge nach Geistlichen.

## P.

Parentel 177.  
Parentelenordnung 177.  
pars accrescit cum suo onere 94.  
pars parti accrescit 94.  
Parteirollen im Erbrechtsstreit 274 f.  
Pastoren, helv. Konf., f. Erbfolge n. Geistlichen.  
Patentrecht, Gegenstand eines Vermächtnisses 122<sup>4</sup>).  
— nicht Gegenstand d. Heimfallsrechtes 206.

Patentrechte, Vererblichkeit 6.  
paterna paternis, materna maternis 181.  
peculium quasi castrense 51.  
Pecuniarfideikommiss 341.  
Personen, juristische 14.  
Personen, verschwägte 73.  
Personen, verschwägte, Unfähigkeit z. Testamentszeugenschaft 72.  
Personenverwechslung bei Erklärung d. l. W. 83.  
Persönliche Verhältnisse, unvererblich 2.  
Pestzeit 74.  
Pfandrecht am Fideikommissgute 352 f.  
Pfandrechtserwerb d. Erbengläubiger 269 f.  
Pfarrer, inkorporierte, Testierfähigkeit 51.  
Pflegebefohlene, Erbrechtsverzicht 27.  
Pflichtteil 24, 209 f., f. auch Pflichtteilsrecht.  
— Ausschließung v. 228 f.  
— Beschränkung u. Belastung 227.  
— Größe u. Berechnung 213.  
— Hinterlassung d. 226 f.  
— Klage auf Entrichtung bzw. Ergänzung 234 f.  
— Verletzung durch Schenkungen 235 ff.  
— f. a. Vermächtnis.  
Pflichtteilsausweisung 319.  
Pflichtteilsklage, Verjährung 235, 240.  
Pflichtteilsrecht 24, 209 f., f. auch Pflichtteil.  
— bei d. Auerbenfolge 399 f., 401.  
— Übergang auf den Fiskus 208<sup>4</sup>).  
Polizze f. Lebensversicherungspolizze.  
Posteritätskurator f. Kurator d. Nachkommenschaft.  
Prälegat 116 f.  
Praeterierung f. Übergehung.  
Primogenitur 363 f.  
Privattestamente 55 f.  
Protokollführer bei gerichtlichen letztwilligen Anordnungen 77.  
Pupillarsubstitution 106.  
Putativehe 185 f.  
Putativehegatten 17.  
Puz, Vermächtnis d. P. 121<sup>2</sup>).

## Q.

Quasipupillarsubstitution 106.  
querela inofficiosae donationis 235.

## R.

Ratenvermächtnis 138.  
Realfideikommiss 341.  
Realsteuern 112<sup>5</sup>).  
re conjuncti 94.  
re et verbis conjuncti 94.

Rechtsfähigkeit d. Testators 48.  
Rechtswohlthat d. Inventars f. Inventar.  
Redemptoristen 15<sup>6</sup>), 50<sup>6</sup>).  
Reformirten, erbrechtliche 1<sup>1</sup>).  
Religion, christliche 69, 72.  
Renten 132.  
Rentenvermächtnis 137 f., 146<sup>2</sup>).  
Repräsentant der Erbschaft 39.  
Repräsentation 95.  
Repräsentationsrecht 24, 24<sup>6</sup>), 179, 364.  
Resolutivbedingung f. Bedingungen.  
Restitution d. Erbschaft b. fideikommiss. Substitution 110.  
Restitutionsfall 102.  
Restitutionspflicht b. d. Erbschaftsklage 333 f.  
Retorsion betr. Erbfähigkeit Fremder 16 f.  
reversalia de observando reciproco 16.  
Reziprozität, materielle 17.  
Regierung der Testamentszeugen 61, 64.  
Ruption d. Testamentes 157, 242 f.  
Rückverkaufsrecht, unvererblich 3.

## S.

Sachen, bewegliche (b. fideikommissarischer Substitution) 106.  
— unbewegliche (b. fideikommissarischer Substitution) 106.  
Sachenverwechslung in d. Erklärung d. l. W. 83.  
saecularisatio in perpetuum 16.  
Schadenersatzpflicht nach § 542 ABGB. 23.  
— Übergang auf die Erben 41.  
Schatz 111, 350.  
Schätzung d. Hofwertes 393 f.  
Schätzung des Nachlasses (Pflichtteilsausweisung) 215.  
Scheintestamente 84<sup>5</sup>).  
Schenkungen, inoffizielle 216<sup>6</sup>).  
— unter Lebenden (bei der Pflichtteilsberechnung) 216.  
— übermäßige 235 f.  
Schenkungen auf den Todesfall 169.  
Schenkungswiderruf, unvererblich 3, 4.  
Schiffahrt 74.  
Schlaftrunkenheit 49.  
Schmerzensgeld, unvererblich 3.  
Schmuck, Vermächtnis des 121<sup>2</sup>).  
Schreiber d. l. W. 63, 73.  
— bei Militärtestamenten 76.  
Schreibmaschinenschrift 58<sup>2</sup>).  
Schrift b. Erklärung d. l. W. 58.  
— hebräische 57 f.  
Schriftzeichen 58.

Schuldvermächtnis f. Vermächtnis.  
Schwägerchaft f. Personen, verschwägte.  
Seele, als Erb 89.  
Seereisen 75.  
Seitenverwandte, Erbfolge der 182.  
Sekundogenitur 365.  
semel heres, semper heres 149.  
Seniorat 363 f.  
separatio bonorum f. Absonderungsrecht.  
Separationsprotokoll 369.  
Sequestration v. Fideikommissen 351, 353.  
— d. Nachlasses 277.  
Servituten, persönliche, Unvererblichkeit d. 3.  
Seuchen 74 f.  
Sicherheitsleistung d. Noterben 218.  
Sicherstellung d. Erbengläubiger 269 f.  
— d. Legate 141 f., 146.  
— d. Substitutionsvermögens 109 f.  
Sicherstellungsrecht d. Noterben 218.  
Siegelung d. Testamentes 58.  
Singularfukzession 9.  
Sinnlose, unfähige Testamentszeugen 70.  
Silber, Vermächtnis d. S. 121<sup>2</sup>).  
Sparkasse, Erste österr., Versorgungsanstalt 201<sup>6</sup>).  
Sparkassen, Auskunftsspflicht 287<sup>1</sup>.  
Sparkassenbücher 125<sup>1</sup>).  
Spezialvollmacht auf Ablehnung d. Erbschaft 280.  
— zur unbedingter Erberklärung 265.  
Sprache d. Erblassers 70.  
— d. Erklärung d. l. W. 58, 81.  
— hebräische 58.  
Sprachundigkeit der Testamentszeugen 70.  
Staatsverträge 55<sup>2</sup>).  
Stamm (stirps) 92, 95.  
Stampiglie 56.  
Stellvertretung b. Abschluß v. Erbverträgen unzulässig 161.  
— bei letztwilligen Anordnungen ausgeschlossen 82.  
Sterbequartal 250<sup>2</sup>).  
Steuern 145<sup>5</sup>).  
Steuerwert des Hofes 399<sup>3</sup>).  
Stiftung 12, 14, 88<sup>7</sup>), 89, 341.  
Stiftungen, fromme 145.  
Stoff der Testamentsurkunde 58.  
Strafbare Handlungen als Erbunwürdigkeitsgrund 18 f.  
Strafverfahren 19, 25.  
Stumme, Erklärung d. l. W. 63<sup>7</sup>), 80.  
— unfähige Testamentszeugen 70.  
Sublegat 119, 148.  
Sublegatar 119.  
Substitutionsfall 107.



Substitution, fideikommissarische 94, 99, 101 f.  
 — gemeine 98 f.  
 — mehrfache 106 f.  
 — bei Vermächtnissen 117, 147.  
 Substitutionen, Sicherstellung derselben 315, 317.  
 Substitutionsband, bürgerliche Erbsichtlichmachung 110.  
 substitutus substituto etc. 100.  
 successio ex pacto et providentia majorum 341.  
 successio per universitatem 8.  
 Sufzessionsordnung f. Fideikommiß.  
 Summenvermächtnis 124.  
 Suspensionsbedingung (Erbeinsetzung) 12.  
 — f. auch Bedingungen.

## S.

Sagfagung zur Erbteilung 307.  
 Saube, Erklärung d. l. W. 80.  
 — unfähige Testamentszeugen 70.  
 Saubsumme, Erklärung d. l. W. 63<sup>1)</sup>, 79<sup>2)</sup>, 80.  
 Teilungsurkunde 307 f.  
 Tertogenitur 365.  
 Testament, Begriff 44 f.  
 — negatives 47, 176.  
 — Formen 55 f.  
 — Inhalt 87 f.  
 — gemeinschaftliches 95 f.  
 — gegen- u. wechselseitiges 96.  
 — korrespondentes 96.  
 — f. auch Erklärung d. l. W.  
 Testamentsausweisung 317.  
 Testamentsentwürfe 84<sup>2)</sup>.  
 Testamentsexekutor 319 f.  
 — zugleich Nachlassverwalter 321.  
 Testamentsvollstrecker f. Testamentsexekutor.  
 Testamentzeugen f. Zeugen d. l. W.  
 testamentum mysticum 85.  
 testamentum reciprocum 96.  
 testamentum simultaneum f. Testament, gemeinschaftliches.  
 Testierfähigkeit 48 f.  
 Tintenschrift 58.  
 Titel, zum Erbrecht 9.  
 Tod, bürgerlicher 9.  
 — des Erblassers 11.  
 — Voraussetzung der Erbfolge 9.  
 Todeserklärung, Voraussetzung der Erbfolge 9.  
 Todesstrafe f. Verurteilte.  
 Todesfallaufnahme 252 f.  
 Totenmahl 34<sup>2)</sup>.  
 Transmissar 99.  
 Transmission 11, 94, 95, 181.  
 Transmissionsrecht d. Fiskus 207.  
 Trauerkosten 34<sup>2)</sup>.  
 Türkische Untertanen 17<sup>2)</sup>.

## U.

Übergehung von Noterben 240 ff.  
 Überlegung b. Erklärung d. l. W. 82.  
 Übernahmewert d. Hofes 391 f.  
 Übernehmer f. Auerbe.  
 Über tretungen 18, 71<sup>1)</sup>.  
 Überverdienstgelder 201<sup>2)</sup>.  
 Uneheliche f. Kinder.  
 Universalzufassung 9.  
 Univerſität, Erbfähigkeit derselben 14<sup>4)</sup>.  
 Unmündige, testierunfähig 50.  
 Unterdrückung d. Erklärung d. l. W. 22.  
 Unterfertigung d. Erklärung d. l. W. 57.  
 — d. Zeugen 60.  
 Unterhalt, anständiger, Anspruch d. Ehegatten 210.  
 — notwendiger, d. enterbten Noterben 251.  
 — Vermächtnis d. 137 f.  
 Unternehmen, Vererblichkeit 6.  
 Unterschiebung d. Erklärung d. l. W. 22.  
 Unwirksamkeit d. Erklärung d. l. W. f. d.  
 Unererblichkeit von Rechten 2 ff.  
 Urgrößenkern, Erbfolge d. 184.  
 Urheberrecht, Gegenstand eines Vermächtnisses 122<sup>4)</sup>.  
 — f. auch Autorrecht.  
 Uskapion f. Erziehung.  
 ususfructus f. Fruchtziehung.

## V.

Veräußerung d. Erbschaft 8, 272, 309 ff.  
 — freiwillige des Hofes durch den Auerben 395.  
 — von Substitutionsobjekten 112.  
 Veräußerungsverbot 105, 150<sup>2)</sup>.  
 Verbrechen 18.  
 — aus Gewinnsucht 71.  
 — des Truges 70.  
 Vererblichkeit von Rechten 2 ff.  
 Vergehen 18, 71<sup>1)</sup>.  
 Verfälschung d. Erklärung d. l. W. 23.  
 Verjährung 34.  
 — d. Erbrechtsklage 279.  
 — d. Erbschaftsklage 336 f.  
 — der Strafbarkeit 19.  
 Verkauf d. Erbschaft f. Veräußerung.  
 Verlassenschaft 1 f.  
 — Gerichtsstand 34, 38.  
 — Klagen für u. gegen 36, 39.  
 — Beforgung und Benutzung 40 f.  
 — Vertretung und Verwaltung 36 f.  
 — Exekution in die 42.  
 — bei Substitutionen 111 f.

Verlassenschaft, erblose 157, 201 f.  
 — Schätzung zwecks Pflichtteilsberechnung 215.  
 — Inventarisierung 216.  
 — Abhandlung 250 f.  
 — Verriegelung 258.  
 — unbedeutende 261.  
 f. a. Erbschaft, Verlassenschaftsvermögen.  
 Verlassenschaftsgebühren, Sicherstellung derselben 316.  
 Verlassenschaftsgericht f. Abhandlungsbehörde.  
 Verlassenschaftskurator b. Erblosigkeit des Nachlasses 203.  
 Verlassenschaftsschulden bei der Pflichtteilsberechnung 217.  
 Verlassenschaftsstücke als Vermächtnisse 129.  
 Verlassenschaftsvermögen, Berechnung d. reinen 146.  
 — nachträglich aufgefundenes 327.  
 Vermächtnis 9, 94, 100, 115 ff.  
 — Begriff und Erfordernisse 115 ff.  
 — Form der Errichtung 119 f.  
 — Nichterwerb 147 f.  
 — bei der Pflichtteilsberechnung 217.  
 — für Arme 120<sup>1)</sup>.  
 — für die Geistlichkeit 120<sup>1)</sup>.  
 — für Militärarme 120<sup>1)</sup>.  
 — an Schulen 143.  
 — zu öffentlichen Anstalten 244.  
 — zur Belohnung geleisteter Dienste 244.  
 — frommes 143, 244, 318.  
 — gemeinschaftliches 120.  
 — fogen. geſchliches 143.  
 — einer bestimmten Sache 125 f., 142.  
 — der Erziehung 137, 144, 145 f.  
 — einer Forderung 130 f.  
 — einer fremden Sache 129.  
 — einer Gattungssache 123, 142.  
 — des Heiratsgutes 134 f.  
 — kleiner Belohnungen des Dienstgeſindes 143.  
 — der Kost 137, 144, 145 f.  
 — des Pflichtteils 144.  
 — einer Schuld 133.  
 — des Unterhaltes 137, 144, 145 f.  
 — von Verlassenschaftsstücken 142.  
 — wiederkehrender Leistungen 137 f.  
 — f. auch Legat, legatum, legata.  
 Vermächtnisanspruch 138 f.  
 — Vertilgung 145 f.  
 Vermächtnisnehmer 9, 116 f.  
 — bei erblosem Nachlaß 204.  
 — f. auch Legatar.  
 Vermächtnisvertrag 168.  
 Vermögensbekenntnis, eidesstättiges 216, 285.  
 Vermögensschenkungen, keine Universalzufassung 11<sup>2)</sup>.

Vermögensstrafen 41.  
 Vermögensübertragungsgebühr bei Höfen 400.  
 Vermögensverwaltung, Entziehung der, als Ausschließungsgrund v. d. Hofübernahme 388.  
 Verpfändung von Substitutionsobjekten 112.  
 — d. Substitutionsrechtes 109.  
 Versprechen f. Offerte.  
 Versuch, strafbarer 22.  
 Verschaffungsvermächtnis 130.  
 Verschollener, Erbserklärung 266.  
 Verschwendender, fähiger Testamentzeuge 70<sup>1)</sup>.  
 — Noterbrecht nach demselben 213<sup>1)</sup>.  
 — Testierfähigkeit 53 f.  
 — Widerruf d. l. W. 153.  
 Verschwendung als Ausschließungsgrund v. d. Hofübernahme 388.  
 Verriegelung d. Erklärung d. l. W. 56, 78.  
 — d. Nachlasses 258.  
 Vertreter, gesetzlicher 27.  
 Vertretung d. Nachlasses f. Nachlaß, Erbschaft.  
 Vertretungstestament 98<sup>2)</sup>, 101<sup>2)</sup>.  
 Verurteilte, Testierfähigkeit 52.  
 Verwaltung, gerichtliche, d. Nachlasses f. Sequestration.  
 Verwandte a. ehelicher Abstammung, gesetzl. Erbrecht 176 f.  
 „Verwandte“ als Legatäre 120, 140.  
 Verwandtendrittel 198.  
 Verwandtschaft, uneheliche 17<sup>2)</sup>.  
 Verzeihung d. Erbunwürdigkeit 19, 20<sup>1)</sup>, 23.  
 — d. Enterbungsgrundes 229, 231<sup>2)</sup>.  
 Verzicht auf die Erbfolge 26 f.  
 — auf das Erbrecht 93.  
 — zugunsten Dritter 29.  
 — auf die Fideikommissnachfolge 368.  
 Vinulierung f. Fideikommiß, Vermögenssicherung.  
 viventis non datur hereditas 9.  
 viventis nulla repraesentatio 179.  
 Vollmacht, Endigung durch Tod 3 f.  
 — b. Rückstellung legh. Anordnungen 82.  
 — auf Ablehnung der Erbschaft 280.  
 — z. unbed. Erbserklärung 265.  
 Volltrunkene, testierunfähig 49.  
 „Voraus“ b. d. Hofwertbestimmung 392, 400<sup>1)</sup>.  
 Vorausempfang 220 f.  
 — Bewertung 223.  
 Vorausvermächtnis f. Prälegat.  
 Vorberufener 93 f.  
 Vorerbe 101 f., 150.

Vorkaufrecht d. Miterben b. Auerben-  
folge 396.  
— unvererblich 3.  
Vormundschaftsgericht, Genehmi-  
gung des Erbverzichtes 27.  
Vorjahr, bñßer 18.

## W.

Wäſche, Vermächtnis der 121<sup>2</sup>).  
Wahlkinder, Unfähigkeit z. Testaments-  
zeugenschaft 72<sup>2</sup>).  
— f. auch Kinder, adoptierte.  
Wahlvermächtnis 123<sup>2</sup>).  
Weltpriester, Noterbrecht 213<sup>2</sup>),  
214.  
— als Schreiber d. l. W. 63.  
— f. auch Erbfolge n. Geistl.  
Wertberechnung b. Fideikommissen  
354, 356.  
Wertbestimmung b. Höfen 391 f.  
Wiederkaufrecht, unvererblich 3.  
Wiederverheiratung 150<sup>2</sup>).  
Widerlage b. d. Pflichtteilsberechnung  
217<sup>7</sup>).  
Widerrechtliches Verhalten, An-  
sprüche aus demselben 34.  
Widerruf d. Enterbung 229.  
— d. gemeinschaftlichen Testaments 97.  
— d. Legates e. bestimmten Sache  
127.

Widerruf d. l. W. 150 f., 153 f.  
— d. Fideikommisserrichtung 336.  
Wille, Lehter f. Erklärung d. l. W.  
Witwengehalt bei der Pflichtteils-  
berechnung 217<sup>7</sup>).  
Wunsch d. Erblassers 84<sup>7</sup>), 104<sup>1</sup>), 150<sup>2</sup>).

## Z.

Zahlungstag d. Vermächtnisse 142 f.  
Zeichensprache 63<sup>7</sup>), 79.  
Zeitbestimmung (dies) 149 f.  
Zession bei leg. nominis 130<sup>2</sup>).  
— des Substitutionsrechtes 109.  
Zettel (test. mysticum) 85  
Zeugen d. Erklärung d. l. W. 55, 58 ff.,  
69 f., 73, 74 f., 76, 77 f., 79 f.  
Zinsen v. Vermächtnissen 144 f.  
Zinsanspruch d. Noterben 218<sup>1</sup>).  
Zivilrichter 19.  
Zugehör d. Hofes 377, 383, 393.  
Zuwachrecht 93 f., 100, 181, 199<sup>2</sup>).  
— b. Vermächtnissen 117, 147.  
Zuweisungserkenntnis b. erblosem  
Nachlaß 203.  
Zwangsversteigerung v. Nachlaß-  
sachen 273.  
Zwangverwaltung d. Substitutions-  
gutes 112.  
— von Fideikommissen 353.  
Zwischenraum, lichter 50.

