

Beiträge

zur

Lehre vom Pflichttheilsrecht.

Beiträge

zur

Lehre vom Pflichttheilsrecht.

Von

Max Schulkenstein,

Amtsrichter.

Zweite, durch einen Nachtrag vermehrte Ausgabe.

Berlin und Leipzig.

Verlag von F. Guttentag

(D. Collin).

1883.

Vorwort

zur ersten Ausgabe.

In der nachstehenden Schrift bildet die zweite Abhandlung über die rechtliche Natur des Pflichttheilsrechts nach dem Allgemeinen Landrecht die Hauptsache wegen der Bedeutung, welche die darin erörterte Streitfrage sowohl in theoretischer wie in praktischer Hinsicht hat.

Um die praktische Wichtigkeit näher zu zeigen, ist der dritte Aufsatz hinzugefügt.

Wegen derselben glaubte der Verfasser seine Arbeit veröffentlichen zu dürfen, wenngleich die Aufhebung des Allgemeinen Landrechts bevorsteht. Denn diese Aufhebung wird nicht so schnell erfolgen und es wird noch Jahre lang nach dem Landrecht zu entscheiden sein.

Die im Werke befindliche neue Gesetzgebung führte von selbst darauf, zu prüfen, ob die für das Landrecht festgestellte rechtliche Natur des Pflichttheilsrechts auch *de lege ferenda* die richtige sei. Andere Fragen aus dem Pflichttheilsrecht schlossen sich in dieser Richtung an. So ist die vierte Abhandlung entstanden.

Für die neue Gestaltung des Pflichttheilsrechts sind zwar bereits von Seiten zweier weit mehr berufener Männer, von Binding und Mommsen Vorschläge gemacht worden. Dennoch hielt es der Verfasser für erlaubt, mit seinen Ansichten hervorzutreten, da Binding von der Verwandten-Erbfolge ausgeht, neben der es ein Pflichttheilsrecht nicht geben kann und, wenn er trotzdem ein solches und einen Pflichttheil annimmt, dafür nothwendig zu ganz anderen Resultaten gelangen muß, als für das wirkliche Pflichttheilsrecht und den wirklichen Pflichttheil gelten können, Mommsen aber gerade die beiden Hauptpunkte, das zu befolgende Erbsystem und die Natur des Pflichttheilsrechts, theils gar nicht theils wenig eingehend behandelt und auch sonst ihm vielfach nicht beigepflichtet werden kann.

Inzwischen sind die Ansichten der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland über einzelne der

in der vierten Abhandlung besprochenen Punkte bekannt geworden (Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Bd. XXI. S. 234, 243 und 244) und stimmen dieselben im wesentlichen mit den betreffenden Vorschlägen des Verfassers überein. Es konnte jedoch auch hierin keine Veranlassung gefunden werden, die letzteren zurückzuhalten, weil weder feststeht, ob jene Ansichten wirklich in den Entwurf übergehen werden, noch ihre Motivirung oder sonst etwas näheres über sie mitgetheilt ist.

Der erste Aufsatz endlich ist allgemeiner Natur und dient den drei anderen gemeinschaftlich zur Vorbereitung. Er ist namentlich in seinem geschichtlichen Theil nicht Selbstzweck, sondern nur bestimmt, das zur Begründung und zum besseren Verständniß des Späteren erforderliche Material zu liefern. Er macht insoweit keinen Anspruch auf neue Forschungen oder neue Gesichtspunkte und entbehrt sogar der gleichmäßigen Behandlung und selbst der Vollständigkeit, indem alles, was zu jenem Zweck nicht nothwendig war, theils einfach fortgelassen theils nur kurz angedeutet, anderes dagegen, was wichtig erschien, ausführlicher dargestellt ist.

In gleicher Weise ist überhaupt bei der Heranziehung der fremden Rechte verfahren worden, sodaß z. B. die rechtliche Natur, welche in ihnen das Pflichttheilsrecht bei einer irrthümlichen Uebergehung und in anderen von der Regel abweichenden Fällen hat, nicht weiter untersucht, die Natur der *actio suppletoria* dagegen so speziell, wie geschehen, besprochen worden ist, weil aus der ersteren kein, aus der letzteren aber ein nicht unwichtiger Schluß für das Landrecht gezogen werden konnte.

Daß von den neuern Gesetzen bloß der Code civil, das Oestreichische und das Sächsische Gesetzbuch genauer, das Zürcher Gesetzbuch dagegen nur wenig und der Großherzoglich Hessische Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs so gut wie gar nicht berücksichtigt worden sind, hat seinen Grund darin, daß die beiden letzteren das System der beschränkten Verwandten-Erbsfolge haben, daher für das eigentliche Pflichttheilsrecht wenig Ausbeute gewähren, ihr Standpunkt selbst aber bereits durch den Code civil hinlänglich vertreten ist.

Trebbin im September 1877.

Vorwort

zur zweiten Ausgabe.

Seit dem Erscheinen der ersten Ausgabe sind verschiedene der darin behandelten Materien Gegenstand weiterer theoretischer Erörterungen und praktischer Entscheidungen geworden. Es ist dies zwar nicht in dem Maße geschehen, daß Grund zu einer mehr oder weniger weitreichenden Umarbeitung vorhanden wäre, und ist von einer solchen um so mehr Abstand genommen, als sobald, was ja nunmehr in verhältnißmäßig kurzer Zeit zu erwarten ist, das in der Ausarbeitung befindliche bürgerliche Gesetzbuch für Deutschland in Kraft tritt, die Haupttheile des Buches im wesentlichen werthlos werden. Andererseits aber ist die neuere Litteratur doch auch wieder zu erheblich, als daß sie ganz unbeachtet bleiben könnte. Sie ist daher in der Art berücksichtigt worden, daß der sonst unverändert gelassenen ersten Ausgabe in Form eines Nachtrags dasjenige hinzugesügt ist, was von ihr nach Ausscheidung bloßer zu- oder übereinstimmender Citate, wie sie z. B. besonders in dem inzwischen erschienenen dritten Bande von Dernburg's Lehrbuch des Preussischen Privatrechts häufig sind, und des sonst weniger Wesentlichen noch wichtiger erschien, namentlich zu neuen Ausführungen Veranlassung gab.

An dieser Stelle ist noch der entsprechenden Bemerkung im Vorwort zur ersten Ausgabe anzuschließen, daß die Kommission zur Ausarbeitung des bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland beschlossen hat, dem überlebenden Ehegatten ein Pflichttheilsrecht auf den Werth der Hälfte des ihm aus dem Gesetze gebührenden Erbrechts zu gewähren (Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. XXII. (1878) S. 98), was mit den diesseitigen Vorschlägen ebenfalls übereinstimmt.

Rixdorf, im Januar 1883.

Max Schulzenstein.

I n h a l t.

	Seite
I. Die geschichtliche Entwicklung und der Begriff des Pflichttheilsrechts.	1—46
§. 1. Einleitung	1
§. 2. Indisches und Mosaisches Recht	2
§. 3. Chinesisches, Attisches, Talmudisches, Germanisches, Moslemisches Recht und Recht des Code civil	5
§. 4. Römisches (Gemeines) Recht	16
§. 5. Allgemeines Landrecht	26
§. 6. Oestreichisches Recht	34
§. 7. Kgl. Sächsisches Recht	37
§. 8. Begriff des Pflichttheilsrechts	39
II. Die rechtliche Natur des Pflichttheilsrechts nach dem Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten	47—159
§. 9. Vorbemerkung	47
§. 10. Natur des Römischen (Gemeinen) Pflichttheilsrechts	47
§. 11. Natur des Pflichttheilsrechts im Oestreichischen und Kgl. Sächsi- schen Gesetzbuch	59
§. 12. Geschichtliche Entwicklung der Streitfrage über die rechtliche Natur des Pflichttheilsrechts nach dem Allgemeinen Landrecht	60
§. 13. Systematische Darstellung der aufgestellten Ansichten und Aus- scheidung von dreien derselben	64
§. 14. Begrenzung der Streitfrage	72
§. 15. Ausscheidung der übrigen Ansichten bis auf die Theorien vom ausnahmslosen Erbrecht, vom Anfechtungsrecht und vom Forde- rungsrecht	82
§. 16. Verhältnis dieser drei Theorien zu einander. Momente, welche für die Entscheidung zwischen ihnen keinen Anhalt geben	88
§. 17. Bedeutungslosigkeit des Sprachgebrauchs des Landrechts	92
§. 18. Bedeutungslosigkeit der übrigen für die Erbrechts- und Anfech- tungsrechts-Theorie angeführten Gründe: §. 436 Thl. II. Tit. 2 Allg. Landrechts; Pflichttheil ein Theil des Intestaterbtheils; Vor- abzug der Schulden und §. 284—288 Thl. I. Tit. 17 Allg. Landrechts	98
§. 19. Argumente für das Forderungsrecht: 1. Grund und Zweck des Pflichttheilsrechts	104
§. 20. 2. Geschichtlicher Zusammenhang des Landrechts	107
§. 21. 3. Hinterlassung des Pflichttheils titulo singulari und Anrech- nungen auf denselben	114
§. 22. Natur einer letztwilligen Theilungsvorschrift	123
§. 23. Anrechnungen auf den Pflichttheil (Fortsetzung)	126
§. 24. 4. Subsidiäre Beitragspflicht der Legatäre	128
§. 25. 5. Vorabzug der Schulden	132
§. 26. Widersprüche bei der Erbrechts- und Anfechtungsrechts-Theorie: 1. mit dem System des landrechtlichen Erbrechts	135

	Seite
§. 27. 2. mit dem Princip desselben	141
§. 28. 3. mit dem Recht, Vermächtnisse an einzelnen Nachlasssachen zu errichten	143
§. 29. 4. mit den Bestimmungen über die Inventarifirung des Nachlasses	147
§. 30. 5. mit den Ansichten über Miteigenthum	148
§. 31. Widerlegung von Einwendungen gegen die Forderungsrechts-Theorie	150
§. 32. Rechtliche Natur des Pflichttheilsrechts bei Belastung und bei Verletzung durch Verfügung unter Lebenden	153
§. 33. Resultat	156
III. Rechts- und Streitfragen im Anschluß an die Kontroverse über die rechtliche Natur des Pflichttheilsrechts	160—194
§. 34. Vorbemerkung	160
§. 35. Gegenstand des Pflichttheilsrechts. Sachen und Rechte der Erbschaft, die keinen Geldwerth haben. Vermehrungen und Verminderungen des Nachlasses. Rechnungslegung. Oeffentlicher Verkauf von Nachlasssachen	161
§. 36. Person des Verpflichteten. Haftung der Legatäre und des Erbschaftsbesitzers. Mehrere Erben und mehrere Legatäre. Testaments-Exekutor	168
§. 37. Recht auf Erbauseinandersetzung, Siegelung, Inventur und Manifestationseid. Eigenthums-Eintragung	175
§. 38. Beginn der Ueberlegungsfrist für den eingesetzten Pflichttheilsberechtigten. Belastung des Pflichttheils	180
§. 39. Vererblichkeit und Uebertragbarkeit des Pflichttheilsrechts, Exekutionsfähigkeit desselben und Geltendmachung im Konkurse	184
IV. Zur Neugestaltung des Pflichttheilsrechts	195—256
§. 40. Vorbemerkung	195
§. 41. Beibehaltung des Pflichttheilsrechts	195
§. 42. Rechtliche Natur des Pflichttheilsrechts	203
§. 43. Singuläre Gestaltungen	216
§. 44. Pflichttheilsberechtigte	224
§. 45. Betrag des Pflichttheils	231
§. 46. Enterbung	240
§. 47. Verlust des Pflichttheilsrechts	250
V. Nachtrag	257—292
§. 48. Zur rechtlichen Natur des Pflichttheilsrechts	257
§. 49. Zur rechtlichen Natur einer letztwilligen Theilungsvorschrift	259
§. 50. Zum öffentlichen Verkauf von Nachlasssachen wegen eines Pflichttheilsrechts	262
§. 51. Zur Person des dem Pflichttheilsberechtigten gegenüber Verpflichteten	266
§. 52. Zur Exekutionsfähigkeit des Pflichttheilsrechts	269
§. 53. Zur Neugestaltung des Pflichttheilsrechts	273

Erklärung der abgekürzten Citate.

- Bauer** = Bauer: Gehört die Pflichttheilsklage des preussischen allgemeinen Landrechts zu dem der Exekution unterliegenden Vermögen? in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für einheitliches deutsches Recht von Behrend und Dahn Bd. VII. (1873) S. 39—70.
- Binding** = Binding: Ueber die Hauptgrundlagen des künftigen Erbrechts im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 57. (1874) Heft 3. S. 399—421 und Bd. 58. (1875) Heft 1. S. 108—149 u. Heft 2. S. 153—261.
- Bluntschli Erbsfolge** = Bluntschli: Entwicklung der Erbsfolge gegen den letzten Willen nach Römischem Recht (1829).
- Bornemann Civilrecht** = Bornemann: Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts. 2. Ausgabe (1842—1845).
- Dernburg Privatrecht** = Dernburg: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. 3/4. Auflage (1881/1882), welche, soweit Bd. III. in Betracht kommt, mit der 1. Auflage desselben (1880) noch vollständig übereinstimmt.
- Förster Privatrecht** = Förster: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. 3. Auflage (1873—1874).
- Francke Recht der Notherben** = Francke: Das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten (1831).
- Gans Erbrecht** = Gans: Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung (1824—1835).
- Gärtner** = Gärtner: Das Notherbenrecht in seiner Bedeutung und nach seinen Folgen im allgemeinen Landrechte in der Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des preussischen Rechts von Simon und von Strampff. Bd. II. (1834) S. 392—459.
- Gruchot Beiträge** = Beiträge zur Erläuterung des Preussischen (später des Deutschen) Rechts von Gruchot.
- Gruchot Erbrecht** = Gruchot: Preussisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht. (1865—1867).
- Koch Privatrecht** = Koch: Lehrbuch des Preussischen gemeinen Privatrechts. 2. Auflage (1852).
- Koch Erbrecht** = Koch: Das Preussische Erbrecht (1866).
- Koch Kommentar** = Koch: Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten mit Kommentar. 6/5 Ausgabe (1874—1875).
- Mommsen** = Mommsen: Entwurf eines Deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven (1876).
- Schröder** = Schröder: Das Notherbenrecht. Erste Abtheilung: das Recht vor der Novelle 115 (1877).
- Stabel Institutionen** = Stabel: Institutionen des französischen Civilrechts (1871).
- Unger Privatrecht** = Unger: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (1856 bis 1864).
- Windscheid Pandekten** = Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I und II. 3. Auflage (1873), Bd. III. 2. Auflage (1871).
- Zacharia Civilrecht** = Zacharia von Lingenthal: Handbuch des französischen Civilrechts. 5. Auflage (1853) herausgegeben von Anschütz, B. I. 6. Auflage (1874) herausgegeben von Buchelt.
- Zitelmann** = Zitelmann: Die Natur des Pflichttheilsrechts und der Pflichttheilsklage nach Preussischem Recht in Gruchot's Beiträgen Bd. XX. (1876) S. 321 bis 389.
-

Druckfehler - Verzeichniß.

- Seite 63 Anm. 10 Zeile 6 lies „ab“ statt „als.“
" 69 Anm. 29 Zeile 1 lies „s. 862“ statt „s. 892.“
" 71 Anm. 33 Zeile 9 lies „März“ statt „Juni.“
" 121 Zeile 2 lies „Theilungsanordnung“ statt „Theilungsverordnung.“
" 129 Anm. 2 Zeile 3/4 lies „Anmerk. 3“ statt „Anmerk. 2.“
" 136 Zeile 7 lies „richtig“ statt „wichtig.“
" 153 ist der Anmerkung 3 in und unter dem Text die Nummer „4“ zu geben.
" 170 Anm. 7 Zeile 5 lies „s. 584“ statt „s. 548.“
" 202 Zeile 25 lies „Schenkung“ statt „Schenkungen.“
" 229 Zeile 16 lies „in“ statt „an.“
-

I.

Die geschichtliche Entwicklung und der Begriff des Pflichttheilsrechts.

§. 1.

Einleitung.

Bei dem Tode eines Menschen können nicht seine Rechte und Pflichten aufhören und seine übrig bleibenden Sachen herrenlos werden und der Okkupation unterliegen, wie von Philosophen des 18. Jahrhunderts mehrfach als etwas im Naturrecht Begründetes hingestellt worden ist¹⁾. Es würde sonst jedes Mal ein mehr oder minder großes bellum omnium contra omnes entstehen und dem einzelnen in Folge des Bewußtseins, daß der Ueberschuß seiner Arbeit, das Erworbene, nach seinem Ableben dem Zufall preisgegeben sei, jede Lust und jeder Trieb zum Erwerben fehlen, der gesammten Menschheit aber ein wesentlich zu ihrer fortschreitenden Entwicklung beitragendes Moment, die Kontinuität der menschlichen Arbeit, entzogen werden.

Ebenso wenig kann das Vermögen eines Verstorbenen dem Staat zufallen, wie der St. Simonismus wollte²⁾. Die allgemeine Ordnung

¹⁾ z. B. von Wolf: *Institutiones jurisprudentiae naturalis* (1720). Pars spec. Sect. I. cap. VIII. § 23 p. 227, § 24 p. 228, § 25 p. 228 u. 229 und § 40 p. 242 u. 243; Cocceji: *Commentarii ad Grotium de jure belli ac pacis*. lib. II. cap. 7. §. 3. Tom. II. (1751) p. 400; Pütter u. Achenwall: *Elementa juris naturae*. 2. Aufl. (1753) §. 450 p. 151 u. 152, §. 454—456 p. 152 u. 153; Daries: *Institutiones jurisprudentiae universalis*. 5. Aufl. (1757) §. 500 p. 263 u. 264; Klein: *Grundsätze der natürlichen Rechtswissenschaft* (1797). §. 268 S. 142; Fichte: *Grundlage des Naturrechts*. Thl. II. (1797) §. 19 S. 92—95 u. §. 60 S. 245 u. Kant: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. 2. Aufl. (1798) §. 34 S. 134—136.

²⁾ Bazard: *Exposition de la doctrine de St. Simon* (1831). p. 172 ff. Ebenso, falls nur Seitenverwandte vorhanden sind, John Stuart Mill: *Grundsätze der politischen Oekonomie*, dritte deutsche Ausgabe. Bd. I. (1869) Buch II. Kap. II. §. 3 S. 232 u. 233, wozu Koch: *Die juristischen Ideen John Stuart Mill's in der Deutschen Gerichtszeitung*. Jahrgang VI. (1864) S. 206 zu vergleichen ist.

wäre zwar dann nicht gefährdet, es würde aber auch hier kein Sporn zur Thätigkeit und Arbeit vorhanden sein und außerdem dem Staat ein aus der Sache selbst folgendes Maß zur Verwendung oder Vertheilung des ihm Zugefallenen abgehen.

Es ist daher der Uebergang des Vermögens eines Verstorbenen auf bestimmte überlebende Personen stets als nothwendig zur Existenz der menschlichen Gesellschaft anerkannt und bei allen Völkern, welche überhaupt zu einer Rechtsbildung gelangt sind, geltend gewesen.

Die Art und Weise, wie sich dieser Uebergang vollzieht, läßt sich verschieden denken, je nachdem man von der Eigenschaft des Menschen als eines einzelnen Individuums oder von seiner Eigenschaft als Gliedes und vorübergehender Erscheinungsform der bleibenden Gattung ausgeht. Der erstere Standpunkt in strenger Konsequenz festgehalten führt dazu, das Vermögen lediglich als Individual-Vermögen und der beliebigen Disposition seines Herrn unterliegend anzusehen, dem einzelnen Individuum daher die willkürliche und schrankenlose Verfügung über dasselbe wie bei Lebzeiten so auch für die Zeit nach dem Tode zu gestatten. Umgekehrt gelangt man, wenn man sich ausschließlich auf den letztern Standpunkt stellt, zur unbedingten Unzulässigkeit jeder leptomwilligen Verfügung dergestalt, daß das Vermögen nur als Bestandtheil des allgemeinen Gattungsvermögens erscheint und auf die überlebenden Mitglieder der Gattung, welche durch die Familie und den Stamm vertreten wird, als auf die nothwendigen Nachfolger des Verstorbenen in das Vermögen übergeht. Zwischen diesen beiden äußersten Gegensätzen giebt es Mittelwege und zwar wiederum in doppelter Weise. Es kann nämlich entweder von der Gattung ausgegangen und daneben der Individualität und dem aus dieser fließenden Recht zur Verfügung über den Nachlaß ein beschränkter Spielraum gewährt werden. Oder es wird von der Individualität ausgegangen und das Recht der leptomwilligen Verfügung im Princip anerkannt, dieses Recht aber im Interesse der Gattung eingeschränkt.

§. 2.

Indisches und Mosaisches Recht.

Die Befugniß zu ganz unbeschränkter, willkürlicher Verfügung über den Nachlaß hat, soviel bekannt, nirgends im positiven Recht bestanden¹⁾. Dagegen finden sich die übrigen Systeme praktisch verwirklicht.

¹⁾ wenigstens nicht dauernd, vorübergehend war sie gegeben in dem Recht der

Auf dem Standpunkt der ausschließlichen Berechtigung der Gattung stehen naturgemäß die Rechte aller derjenigen Völker, bei welchen die Gattungsverbindung in der Gestalt der Familien- und Stammverbindung eine sehr enge ist, das Individuum noch ganz in jener aufgeht und der Erwerb vollständig oder doch vorwiegend in der Familie oder dem Stamm und durch die gemeinschaftliche Anstrengung der Familien- oder Stammmitglieder stattfindet. Es gehören hierher das Indische und das Mosaische Recht.

Nach dem Gesetzbuch Manu's geht das Vermögen eines Verstorbenen auf die Verwandten desselben nach ganz genau bestimmter Reihenfolge in der Art über, daß theilweise die Erben sogar in ungetrennter Gemeinschaft des Nachlasses bleiben müssen und stets so, daß der Erblasser an dem gesetzlichen Erbrecht nichts ändern, dieses außer in den Fällen, wo das Gesetz selbst den Betreffenden als erbunfähig oder erbunwürdig ausschließt, nicht verloren gehen kann²⁾. Es kommen zwar Vertheilungen des Vermögens unter die Descendenten vor. Dieselben bestehen jedoch nur darin, daß der Vertheilende dasjenige, was bei seinem Ableben nach dem Gesetz eintritt, genau so, wie es nach dem Gesetz eintritt, bereits bei Lebzeiten selbst vornimmt. Er darf von dem, was ohne seine Vertheilung Rechtens sein würde, nicht abweichen, widrigenfalls die Theilung nicht besteht. Die Vertheilung ist daher nur eine spezielle und ausdrückliche Anerkennung des Gesetzes, ein Mittel, die Anordnungen des Gesetzes auch noch als Ausfluß des eigenen Willens erscheinen zu lassen und soweit es sich um die Vornahme an sich handelt, lediglich von dem Vertheilenden abhängig, aber sie ist ihrem Gegenstand und Inhalt nach in keiner Weise eine auf dem freien Willen des Vertheilenden beruhende Verfügung³⁾.

Ebenso ist es nach dem Mosaischen Recht.

In der Genesis finden sich zwar Spuren eines den Patriarchen zustehenden Rechts, über ihr Vermögen für den Fall des Todes zu verfügen (1 Mose XV, 2 u. 3, XXI, 10, XXV, 5 u. 6, XLVIII, 3 ff. u. 22). Dieses Recht ist aber im Mosaischen Gesetz nicht nur nicht

zwölf Tafeln (siehe §. 4 Anm. 1) und dem älteren Westgothischen Recht (Gans: Erbrecht. Bb. III. S. 356; Mayer: Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. Bb. II. Das Privatrecht (1866). S. 269 S. 522).

²⁾ Gans: Erbrecht. Bb. I. S. 81—93; Aurel Mayr: Das Indische Erbrecht (1873). Einl. S. 10 u. A. §. 8 S. 42, B. §. 24 S. 150.

³⁾ Gans: Erbrecht. Bb. I. S. 93—95 u. 250; Aurel Mayr a. a. O. A. §. 2 S. 15 u. §. 7 S. 39 u. 41.

weiter entwickelt, sondern sogar ausdrücklich und unbedingt aufgehoben und ausgeschlossen worden.

Das Volk des Mosaischen Rechts war ein aderbauendes, der Grund und Boden der Hauptbestandtheil seines Vermögens. Die Befugniß, über den Grund und Boden zu verfügen, war aber sehr beschränkt und derselbe keineswegs ein freies persönliches Eigenthum des einzelnen. Es hatte sich vielmehr nicht bloß Gott selbst das Eigenthum an dem ganzen Lande Kanaan vorbehalten und den Israeliten eigentlich nur die Bearbeitung und Benutzung überlassen (3 Mose XXV, 23), sondern es stand in Folge der Vertheilung des Landes zunächst unter die Stämme und dann innerhalb eines jeden Stamms unter die Geschlechter an dem einem Stamm zugewiesenen Lande dem ganzen Stamm und an dem einem Geschlecht zugewiesenen dem ganzen Geschlecht ein Mitrecht zu (4 Mose XXVI, 53 ff. u. XXXIV, 16 ff., Josua XIV, 1 ff.). Es mußte daher jedem Stamm sein Land erhalten bleiben (4 Mose XXXVI, 6 u. 7) und durfte der einzelne sein Recht nicht für immer durch Verkauf auf andere übertragen, sondern nur die Erndte in der Art verkaufen, daß das Grundstück sowohl von seinen Verwandten als von ihm selbst, wenn er wieder zu Vermögen kam, jeder Zeit eingelöst werden konnte und, auch wenn diese Einlösung nicht erfolgte, dem Käufer nur bis zum Jubeljahr, also spätestens bis zum 50. Jahre verblieb und dann unentgeltlich an den früheren Besitzer zurückgegeben werden mußte (3 Mose XXV, 11 ff.)⁴⁾.

Auf der andern Seite waren die Familienbände auf das straffste angezogen, so daß z. B. schon wer seines Vaters und Mutter Stimme nicht gehorcht, wer seinen Vater oder Mutter schlägt, wer Vater oder Mutter flucht, des Todes sterben soll (5 Mose XXI, 18 ff., 2 Mose XXI, 15 u. 17, 3 Mose XX, 9) und der Elternmord als etwas Unmögliches im Gesetz gar nicht erwähnt wird⁵⁾.

Hiernach fehlten die Vorbedingungen zu einem letztwilligen Verfügungsrecht gänzlich und erscheint die Ausschließung desselben nur als eine Konsequenz des gesammten socialen und Rechts-Zustandes. Diese Ausschließung ist ausdrücklich geschehen in dem Erbgesetz, welches das Erbrecht der Familie und die Aufeinanderfolge der Verwandten regelte

⁴⁾ Saalschütz: Das Mosaische Recht nebst den vervollständigenden talmudisch-rabbinischen Bestimmungen. 2. Aufl. Thl. I. (1853) Kap. 13 S. 146—149 u. Kap. 18 S. 183; Mayer: Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. Bb. I. Das öffentliche Recht (1861). §. 102 S. 362—366.

⁵⁾ Gans: Erbrecht. Bb. I. S. 134.

und sodann bestimmt: „Solches soll den Kindern Israels zum Gesetz des Rechts sein, wie befohlen hat der Ewige dem Moses“ (4 Mose XXVII, 8—11). Wenn trotzdem in der nachmosaischen Zeit noch letzte Befehle an das Haus vorkommen (z. B. 2 Samuelis XVII, 23, 2 Könige XX, 1, Jesaias XXXVIII, 1), so sind dies daher nicht willkürliche letztwillige Verfügungen über den Nachlaß⁶⁾, sondern können nur Verteilungen dessen, was den Empfängern schon ohnedem gebührte oder sonstige die Erbschaft und die Erbfolge nicht berührende Anordnungen sein. Andernfalls wären sie Verletzungen eines Gebots, welches, wie das Mosaische Gesetz überhaupt, göttlichen Ursprungs ist und sich überdies mit ausdrücklichen Worten als von Gott selbst gegeben bezeichnet, welches deshalb unabänderlich ist und keinerlei Abweichungen gestattet (5 Mose IV, 2) und müßten als Verletzungen des göttlichen Willens nothwendig ohne alle Wirkung sein⁷⁾.

§. 3.

Chinesisches, Attisches, Ealmudisches, Germanisches, Moslemisches Recht und Recht des Code civil.

Verbreiteter als das System der ausschließlichen Intestaterbfolge ist dasjenige, nach welchem zwar im Princip die Familie als nachfolgeberechtigt angesehen, dem einzelnen Individuum aber ausnahmsweise ein beschränktes Recht der freien Verfügung über seinen dereinstigen Nachlaß gestattet wird.

Dieses System kommt zunächst in der Art vor, daß die Ausnahme erst da anfängt, wo das Recht der Familie ganz aufhört. So ist es im Chinesischen Recht. China ist recht eigentlich ein Familienstaat. Das Chinesische Erbrecht ist daher in gleichem Maße wie das Indische und Mosaische lediglich ein Erbrecht der Familie und sind in ihm letztwillige Verfügungen zunächst ebenfalls nur als Bestätigungen der gesetzlichen Ordnung und als Ausdruck der Unterwerfung des eigenen Willens unter den gesetzlichen Willen zulässig¹⁾. Eine Abweichung entsteht aber dadurch, daß das Chinesische Recht nicht wie jene Rechte die Verwandtschaft bis ins Unendliche fortgehen, sondern dieselbe und

⁶⁾ wie Michaelis: Mosaisches Recht. Thl. II. (1771) §. 80 S. 82—86 behauptet hat.

⁷⁾ Gans: Erbrecht. Vb. I. S. 149—151; Salschütz a. a. D. Th. II. (1853) Kap. 109. S. 825—827; Mayer a. a. D. Vb. II. Das Privatrecht (1866). §. 260 S. 479.

¹⁾ Gans: Erbrecht. Vb. I. S. 112—115.

damit auch die Erbberichtigung der Familie mit dem vierten Grade aufhören läßt und jedem, welcher keine Verwandten innerhalb des vierten Grades hat, erlaubt, über seinen Nachlaß beliebig zu bestimmen, sofern nur derjenige, welchem der Nachlaß zugewendet wird, noch den gleichen Familien-Namen mit dem Erblasser trägt²⁾. Hier ist also ein letztwilliges Verfügungsrecht, welches an sich ziemlich unbeschränkt ist, zu dem gesetzlichen Erbrecht der Familie aber keinen Gegensatz, noch eine Ausnahme davon, sondern mehr eine Ergänzung bildet, weil es erst nach demselben und nicht neben demselben gegeben ist.

Wo dagegen — und dies ist der zweite Fall — beide Rechte neben einander bestehen, lassen sich die Beschränkungen, welchen das Recht der Verfügung unterliegt, wiederum in doppelter Weise, nämlich entweder als subjektiver oder als objektiver Art denken, d. h. es kann das Verfügungsrecht entweder von besonderen persönlichen Voraussetzungen abhängig oder in Bezug auf seinen Gegenstand beschränkt, also nur über einen Theil des Nachlasses gestattet sein. Das erstere gilt nach dem Attischen und Salmudischen Recht, das letztere findet sich bereits im älteren Deutschen (Germanischen) Recht, ferner im Moslemischen Recht und vor allem im Code civil.

Die Athenischen Redner, die Hauptquelle für das Attische Recht, erwähnen wiederholt Schenkungen in der Art, daß einzelne Gegenstände nach dem Tode des Schenkers dritten Personen übergeben werden sollen. Genaueres ist jedoch über diese Schenkungen und namentlich darüber, in welcher Weise sie von dem die Herausgabe verweigernden Erben erzwungen werden können, nicht bekannt, nur steht fest, daß sie auch von Frauen gemacht werden durften und daß sie bloß in Geld oder beweglicher Habe geringeren Werths (nicht über 5 Minen) bestehen konnten.

Außer diesen Schenkungen kennt das Attische Recht letztwillige Verfügungen nur als Theilungen des Vaters unter seinen Kindern oder unter der Form und mittelst einer Adoption. Die ersteren haben nach dem Princip der Gleichberechtigung zu erfolgen, so daß sie nur geben können, was einem jeden der Kinder ohnedem nach dem Gesetz gebührt und die Kinder das Erhaltene konferiren müssen, sind also gleicher Natur wie die Theilungen des Indischen Rechts. Dagegen ist die letztwillige Verfügung unter der Form der Adoption, Diatheke genannt, durchaus eigenthümlich.

²⁾ Dasselbst S. 120 u. 122.

Dieselbe muß nothwendig zugleich Adoption sein und hat sowohl auf Seiten desjenigen, der sie errichtet, als desjenigen, für welchen sie getroffen wird, alle persönlichen Voraussetzungen der Adoption. Es sind daher zu ihr nicht bloß Kinder und solche, welche geisteskrank, vor Alter kindisch oder durch körperliche Krankheit, Giftmissherei, Weiberränke oder Gewalt dazu bewogen sind, sondern auch schlechthin alle Frauen unfähig. Es ist ferner nothwendig, daß der Verfügende geborner Athenerischer Bürger und nicht selbst adoptirt ist. Endlich darf er keine leiblichen Söhne haben. Diesen kann er, sofern er sie nicht aus seinem Hause und seiner Familie verstoßen, wozu er berechtigt war, wenn sie sich widerspenstig zeigten oder strafbare Handlungen begingen, und damit jede Gemeinschaft mit ihnen, insbesondere auch für die gegenseitige Vererbung aufgehoben hatte, ihr Erbrecht nicht nehmen, jede Verfügung gegen dasselbe ist unbedingt ungültig. Hat der Erblasser nur Töchter, so kann er letztwillig adoptiren, aber er muß sie in seine Verfügung bei Vermeidung der Nichtigkeit einschließen. Auf Seiten des zur Erbschaft Berufenen ist erforderlich, daß er von Vater und Mutter her Athener ist. Außerdem ist von der Adoption und der Erbfolge nur noch derjenige ausgeschlossen, der nach Ablauf seiner Amtszeit noch nicht den „Dreißig“ Rechnung gelegt und Decharge erhalten hat. Von den Erböchtern muß der Berufene eine heirathen und die anderen ausstatten, sonst erhält er die Erbschaft nicht. Da er selbst nicht weiter durch Adoption testiren kann, so fällt, wenn er ohne rechte Söhne verstirbt, der ererbte Nachlaß an die nächsten Verwandten seines Erblassers zurück³⁾.

Wenn man von den Schenkungen, welche nur von untergeordneter Bedeutung sind und das Recht der Familie nicht erheblich berühren und von den Theilungen, welche dasselbe im Wesen gar nicht berühren, absteht, so wird durch die letztwilligen Verfügungen des Attischen Rechts das Erbrecht der Familie verdrängt. Es ist dies aber nur scheinbar und ein wirklicher Gegensatz zwischen diesen Verfügungen, in so hohem Grade dieselben auch Sache der Willkür sind, und dem Erbrecht der Familie auch hier noch nicht vorhanden, weil derjenige, zu dessen Gunsten sie getroffen werden, zugleich in die Familie und zwar als nächstes Glied derselben nach dem Erblasser zu aufgenommen und

³⁾ Ueber alles Vorstehende Gans: Erbrecht. Bd. I. S. 383—390, 315 u. 316, 393—395, 400, 323, 409 und 413—415, sowie Mayer: Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. Bd. II. §. 243 S. 411, §. 261 S. 483—485, §. 263 S. 494, §. 264 S. 499 und §. 268 S. 518.

zum Sohn und nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers gemacht wird. Es werden deshalb weder die entfernteren Verwandten in ihrem Intestaterbrecht verletzt, um so weniger als durch den Rückfall des Nachlasses an sie, wenn der Adoptivsohn keine Söhne hinterläßt, dafür gesorgt ist, daß der Nachlaß nicht an Personen gelangt, die nicht mehr als Descendenten des Erblassers angesehen werden können, noch auch werden die dem Erblasser gleich nahe stehenden Erbtöchter beeinträchtigt. Denn diese haben beim Vorhandensein männlicher Descendenz ihres Vaters auch nach dem Gesetz kein Erbrecht, sondern nur einen Anspruch auf Ausstattung⁴⁾, eine Ausstattung aber wird ihnen auch durch die letztwillige Verfügung in der Form der Adoption unter allen Umständen und mindestens verschafft.

Die Gestaltung der letztwilligen Verfügungen im Talmudischen Recht läßt sich nur durch die geschichtliche Entwicklung, welche das letztere gehabt hat, erklären.

Das vollständig veränderte Leben der spätern Juden machte ganz andere Bestimmungen nöthig als das Mosaische Gesetz bot. Andererseits durfte von diesem als göttlicher Vorschrift nicht abgewichen werden. Man half sich nun in der Art, daß man das Gesetz Moses, seinen Buchstaben in jeder Weise schonend und ohne es direkt abzuändern, vorwiegend im Wege der Interpretation und Ergänzung weiter entwickelte und den Bedürfnissen der Neuzeit anzupassen suchte, wobei man den Rechten der Völker, mit denen die Juden in Berührung kamen, namentlich der Griechen und Römer gegenüber eklektisch verfuhr.

In dieser Weise haben auch die letztwilligen Verfügungen trotz der Bestimmungen des Mosaischen Rechts in den Talmud Eingang gefunden und hat man für dieselben sogar den fremden Namen „Deithiki“ beibehalten. Es wird dabei ein durchgreifender Unterschied einerseits zwischen Kranken und Gesunden und andererseits zwischen Erbschaften oder Vermächtnissen und Schenkungen von Todeswegen gemacht.

Ein Kranker d. i. jemand, der durch Krankheit am ganzen Körper so geschwächt ist, daß er nicht umhergehen kann, sondern zu Bette liegen muß oder sich sonst in Todesgefahr befindet, kann über sein Vermögen unter dem Titel einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses letztwillig soweit verfügen, als er dem Mosaischen Erbgesetz nicht geradezu entgegentritt, insbesondere die in diesem unterschiedenen Klassen der gesetzlichen Erben nicht ändert. Er kann daher zwar nicht bestimmen, daß

⁴⁾ Gans a. a. O. S. 338—341.

der Erstgeborne, der nach dem Gesetz allen Klassen vorgeht und zwei Erbtheile erhält, diese beiden Erbtheile nicht erhalten oder daß statt des Sohnes, der zur ersten, die Tochter, die zur zweiten oder gar ein Bruder, der zur dritten Erbklasse gehört, erben soll und überhaupt einen vom Gesetz berufenen Erben nicht mit ausdrücklichen Worten ausschließen, wohl aber kann er innerhalb einer jeden Erbklasse den Nachlaß beliebig vertheilen und sogar einen aus derselben Klasse, z. B. einen Sohn aus den mehreren Söhnen, einen Bruder aus den mehreren Brüdern zu seinem alleinigen Erben ernennen und damit die anderen gleichberechtigten Erben indirekt ausschließen. Soweit sich die Verfügung nicht innerhalb dieser Grenzen hält, ist sie vollständig nichtig. Im übrigen ist sie an keine Form gebunden, damit der Kranke sich nicht über die Gültigkeit seines letzten Willens beunruhige, sie kann jeder Zeit widerrufen werden und gilt auch ohne Widerruf nur dann, wenn der Krankheit oder der Todesgefahr der Tod wirklich gefolgt ist.

Unter dem Titel einer Schenkung von Todeswegen, d. i. einer Bestimmung, Inhalts deren der geschenkte Gegenstand nach dem Tode des Verfügenden einer bestimmten Person übergeben werden soll, kann ein Kranker ganz frei über seinen Nachlaß verfügen, insbesondere denselben unter den gesetzlichen Erben ungleich vertheilen, dem einen oder dem andern mehr zuwenden, den Erstgeborenen oder andere ganz übergehen, auch ganze fremde Personen bedenken, ja sogar ihnen den Nachlaß allein übermachen. Auch hier genügt die bloße Willensäußerung ohne jede Form und ist die Schenkung ebenfalls nicht nur widerruflich, sondern auch bei erfolgter Genesung von selbst hinfällig, vorausgesetzt, daß sie wirklich von Todeswegen gemacht ist, was vermuthet wird, außer wenn der Verfügende sich ein Grundstück oder wenigstens soviel als zu seiner Ernährung nöthig ist, vorbehalten und damit zu erkennen gegeben hat, daß er seine Wiedergenesung voraussetze. In diesem Falle, sowie wenn die Schenkung ausdrücklich nicht Todeshalber erfolgt ist, kommen die Grundsätze von den Schenkungen eines Gefunden zur Anwendung und sind deren Förmlichkeiten erforderlich und der Widerruf ausgeschlossen.

Dem Gefunden ist es gleichfalls erlaubt, unter der Form von Schenkungen über seinen Nachlaß zu verfügen, weil der Wortlaut des mosaischen Gesetzes bloß die Ernennung von Erben, nicht aber Schenkungen ausschließt. Er ist dabei materiell ebenso frei wie der Kranke, hat aber alle Formalitäten zu berücksichtigen, die bei einem Vertrage beobachtet werden müssen und kann die Schenkung nicht widerrufen. Unter dem Titel einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses kann der Gefunde gar

nicht verfügen. Für ihn verbleibt es insoweit lediglich bei dem Mosaischen Gesetz und der in diesem festgesetzten Unzulässigkeit letztwilliger Willkühr, sodas er weder einen gesetzlichen Erben ausschließen, noch ihm seinen Erbtheil schmälern kann⁶⁾.

Der Talmud hat hiernach ein letztwilliges Verfügungsrecht, welches theils in hohem Grade frei, theils wieder ohne rechten innern Grund eingeschränkt, äußerst regel- und principienlos ist und zu dem Recht der Familie in entschiedenem Gegensatz tritt. Der Talmud selbst erkennt letzteres an, indem er ausspricht: „Wer das Seinige an andere weg- giebt und seine eigenen, wenngleich ungerathenen Kinder übergeht, auf dem ruht nicht der Geist der Weisen⁷⁾.“ Gemildert wird dieser Gegen- satz etwas durch das Institut des Tobeljahrs, welches bei verschenkten Grundstücken Anwendung findet und das Eigenthum daran nach längstens 50 Jahren der Familie des Erblassers wiedergiebt, sonst aber findet er seine Rechtfertigung allein in der Rücksicht, welche jeder dem Willen eines dem Tode direkt entgegen Gehenden und demnächst Verstorbenen schuldet und um so mehr schuldet, wenn er mit demselben durch das Band der Verwandtschaft verbunden war, sowie in der Erwartung, das im unmittelbaren Anblick des Todes so leicht niemand die Rechte der- jenigen, die ihm dem Blute nach die nächsten sind, frivol verletzen und ihnen ohne gegründete Veranlassung feindlich entgegen treten werde.

Bei den Germanen scheint ursprünglich, wie es bei dem engen Zusammenhang der Familie und dem Mangel individuellen Eigenthums nicht wohl anders sein konnte, jedes letztwillige Verfügungsrecht gefehlt und ausschließlich nur eine an die Blutsgemeinschaft geknüpfte Erbfolge, eine *successio ex jure sanguinis*, bestanden zu haben⁷⁾. Später zur Zeit

⁶⁾ Vgl. über das Talmudische Testamentsrecht Gans: *Erbrecht*. Bd. I. S. 171 bis 177; Raim in Weiske's *Rechtsglossikon für Juristen aller teutschen Staaten*. Bd. V. (1844) s. v. *Zuben* S. 829—831; Bodenheimer: *Das Testament unter der Benennung einer Erbschaft* (1847 u. 1848). Heft I. S. 3—5, 10—13, 14—18, Heft II. S. 3—5, Heft III. S. 3—5, Heft IV. S. 3—9, 10—13, 19—23, 24—30; Caaschütz: *Das Mosaische Recht*. Thl. II. (1853) Kap. 109. Anm. 1059. S. 827 bis 829; Mayer: *Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer*. Bd. II. §. 260 S. 479—483, §. 263 S. 493—494, §. 264 S. 498 und §. 268 S. 518.

⁷⁾ Caaschütz a. a. O. S. 829; Mayer a. a. O. S. 494.

⁷⁾ Tacitus: *Germania* cap. 20: *heredes successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum*; *Glanvilla*: *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae* lib. VII. cap. 1 §. 6: *solus Deus heredem facere potest non homo*. Vgl. auch tit. 60 der *Lex Burgundionum*, wo die Aufnahme testamentar-

der Volksrechte kommen jedoch bereits Verfügungen über den Nachlaß vor und wird der Rechtszustand ein sehr verschiedenartiger.

Während nämlich einzelne Volksrechte Verfügungen zum Nachtheil der gesetzlichen Erben noch gar nicht kennen, wie die Lex Alamannorum und das älteste Dänische Recht⁸⁾ oder solche nur in ganz unbestimmter Weise erwähnen, wie die Lex Burgundionum tit. 60, die Lex Bajuvariorum tit. 15 cap. 10, das spätere Dänische Recht⁹⁾ und das ältere Norwegische und Angelsächsische Recht¹⁰⁾, also noch im wesentlichen auf dem Standpunkt des Indischen und Mosaischen Rechts stehen, während ferner die Lex Salica tit. 49 und die Lex Ripuariorum tit. 48 die Zuwendung des Nachlasses oder eines Theils desselben gerade so wie das Attische Recht nur im Wege einer Aufnahme in die Familie (affatomia, adfatimus) zulassen, die Lex Ripuariorum mit der besonderen Bestimmung, daß, wenn der adfatimus unter kinderlosen Eheleuten stattgefunden hat, das beiderseitige Vermögen nach dem Tode des Ueberlebenden an die gesetzlichen Erben zurückfällt: gestatten andere Volksrechte, indem sie an sich an dem Grundsatz festhalten, daß die Erbfolge auf der Blutsverwandtschaft der Art ruht, daß weder der Blutsfreund die Erbschaft ausschlagen — außer er müßte denn zuvor aus dem Familienverbande ausscheiden — noch der Erblasser sie ihm durch einseitige Verfügung nehmen kann, über einen Theil des Nachlasses willkürlich durch Vergabungen, das sind Zuwendungen, welche sofort in Wirksamkeit treten, jedoch mit dem Vorbehalt des Besizes und Genusses bis zum Tode, oder durch wirkliche Geschäfte von Todeswegen zu verfügen, sind aber getreu der sog. reichen Mannigfaltigkeit der Rechtsbildung bei den Germanen im einzelnen wieder sehr verschieden. So erlaubt die Isländische Graugang, daß man zum Heil der Seele der Kirche oder zu sonstigen frommen Zwecken den zehnten Theil seines Vermögens vermache¹¹⁾. Das spätere Angelsächsische Recht läßt über das unbewegliche Vermögen keinerlei Verfügung zu, von dem beweglichen aber kann ein freier Mann, der krank (in infirmitate positus) ist — also wie im Talmudischen Recht — und keine Schulden hat, wenn er unverheirathet war, die Hälfte und im andern Fall den dritten Theil beliebig ver-

rischer Dispositionen in das Gesetz als ein *usurpare adversus morem veterum* bezeichnet ist.

⁸⁾ Gans: Erbrecht. Bd. IV. S. 626 u. 627.

⁹⁾ daselbst S. 627—629.

¹⁰⁾ ebenda S. 577 und 307.

¹¹⁾ Gans: Erbrecht. Bd. IV. S. 521 u. 522.

geben¹²⁾. Die Schwedischen Provinzial-Gesetze gestatten theils den zehnten Theil sowohl des beweglichen als des unbeweglichen Vermögens von Todeswegen zu verschenken, theils von dem selbst Erworbenen in gesundem Zustande die Hälfte, in todtfrankem Zustande aber nur ein Drittel wegzugeben, theils über die Errungenschaft ganz frei zu disponiren, von den Erbgütern aber nur einen, ein für alle Mal auf eine bestimmte Summe (sechzehn Dre) festgesetzten Betrag zu vermachen¹³⁾.

Noch kasuistischer sind die *Leges Longobardicae*. Nach denselben verlieren die Descendenten und Ascendenten ihr gesetzliches Erbrecht nur wegen genau bezeichneter Verbrechen gegen den Erblasser (lib. II. 14, 12 u. 13). Ohne solche kann auch der Erblasser ihnen ihr Recht nicht entziehen, sondern hat nur die Möglichkeit, einen Sohn, *qui bene et secundum Deum ei obediens fuerit et servierit*, besser zu bedenken (*meliorare*) und zwar bei zwei Söhnen um den dritten, bei dreien um den vierten, bei vieren um den fünften, bei fünfem um den sechsten, bei sechsen und mehreren um den siebenten Theil des Nachlasses. Sind alle Söhne gleich gut und gehorsam, so verbleibt es lediglich bei der gesetzlichen Gleichberechtigung (lib. II. 20, 2 u. 3). Wenn nur mehrere Töchter vorhanden sind, ist ein gleiches *meliorare* um den dritten, wenn zwei, und um den vierten Theil des Nachlasses, wenn drei oder mehr Töchter da sind, gestattet (lib. II. 20, 4). Hat jemand keine Söhne und nur eine Tochter, so braucht er derselben blos den dritten Theil des Nachlasses zu belassen, über die anderen zwei Drittel kann er frei verfügen (lib. II. 20, 1). Sind Söhne und Töchter da, so haben die letzteren gesetzlich keinen Antheil am Nachlaß, der Vater darf ihnen jedoch bei einem Sohn den vierten Theil, bei mehreren Söhnen aber nur den siebenten Theil des Nachlasses, verheiratheten Töchtern jedoch auch in diesem Fall den vierten Theil verschreiben (lib. II. 20, 2). Wer weder Descendenten noch Ascendenten hat, kann über sein Vermögen beliebig verfügen. Ein Freigelassener kann dies schon dann, wenn er keine Kinder hat, nur daß alles, was er von seinem Patron ohne die Befugniß der freien Disposition oder was er im Gefolge des Herzogs oder eines andern geschenkt erhalten hat, an den Patron bezw. den Schenker zurückfällt (lib. II. 14, 18)¹⁴⁾.

¹²⁾ Glanvilla: *Tractatus de legibus Angliae* lib. VII. cap. 5 §. 1 u. 4; *Bracton: De legibus et consuetudinibus Angliae* lib. II. cap. 26.

¹³⁾ *Gans: Erbrecht*. Bb. IV. S. 655 u. 656.

¹⁴⁾ *Egl. über die Longobardischen Gesetze Gans: Erbrecht*. Bb. III. S. 187

Verhältnißmäßig am rationellsten ist endlich die Lex Visigothorum. Dieselbe läßt einem Erblasser, der keine Descendenten hat, die freie Verfügung (*indiscreta voluntas*) über seinen Nachlaß. Sind Descendenten vorhanden, so kann ihnen ihr Recht nur aus Gründen, welche sie auch ohne ausdrückliche Erklärung des gesetzlichen Erbrechts verlustig machen würden, entzogen werden und ist es im übrigen nur gestattet, zu Gunsten eines Kindes, hinsichtlich dessen eine *meliorandi voluntas* besteht, über ein Drittel und zu Gunsten der Kirche oder anderer Personen über ein weiteres Fünftel des Nachlasses zu verfügen. Ueber dasjenige, was vom Fürsten herrührt, darf stets frei disponirt werden. Eine Frau kann von ihrer Morgengabe nur ein Viertel vergeben, die übrigen drei Viertel muß sie ihren Kindern hinterlassen (*lib. IV. cap. 5 §. 1 u. 2.*)¹⁵⁾.

Ähnlich der Lex Visigothorum ist das Moslemische Recht. Der Koran erklärte es zuerst für eine Pietätspflicht der Frommen, den Eltern und Verwandten etwas zu vermachen, ohne festzusetzen, wieviel vermacht werden soll. Letzteres ist dann von der Sunna (der Ueberslieferung der Aussprüche und Thaten des Propheten) und den Imams (den vier ersten Nachfolgern Mohameds) nachgeholt und bestimmt worden, daß man den gesetzlichen Erben zwei Drittel des Nachlasses lassen müsse und über ein Drittel frei disponiren könne¹⁶⁾.

Der eigentliche Repräsentant des in Rede stehenden Systems aber ist der Code civil.

Im Norden Frankreichs hatte sich vielfach das Germanische Recht in den sog. *coutumes* ziemlich unverändert erhalten und war namentlich der Grundsatz, daß die Erbfolge allein auf der Blutsverwandtschaft und dem Gesetz beruhe und der Erblasser zu Gunsten anderer nur über einen Theil seines Vermögens verfügen dürfe (*institution d'héritier n'a point de lieu*), fortdauernd in Geltung geblieben¹⁷⁾. In der Revo-

bis 190, 194, 195—197, 199, 208—209 und Mayer: Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. Bb. II. §. 269 S. 522.

¹⁵⁾ Ueber die Lex Visigothorum Gans: Erbrecht. Bb. III. S. 357—358, 368—369, Bb. IV. S. 31 und Mayer a. a. O.

¹⁶⁾ Gans: Erbrecht. Bb. I. S. 197, 207 u. 276; von Tornauw: Das Moslemische Recht. (1855) S. 149 u. 150; Mayer: Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer. Bb. II. §. 259 S. 475, §. 266 S. 508 u. §. 269 S. 521.

¹⁷⁾ Zachariä: Civilrecht. Bb. IV. §. 589 S. 8 u. 9, §. 679 S. 253; Aubry et Rau: Cours de droit civil français. Troisième édition. Tome V. (1857) §. 588 p. 57 u. 58, §. 678 p. 542; Stabel: Institutionen. §. 2 S. 2, §. 73 S. 167. Ueber den verschiedenen Umfang des Verfügungsrechts in den einzelnen *coutumes* insbesondere Gans: Erbrecht. Bb. IV. S. 145—147, 195—197, 215 u.

lutionszeit wurde das Verfügungsrecht noch mehr beschränkt, weil dadurch einzelnen ein größerer Besitz zugewendet werden könnte und es deshalb dem demokratischen Grundsatz von der allgemeinen Gleichheit des Vermögens entgegenstehe¹⁸⁾. An diesen vorhandenen Rechtszustand hat sich der Code civil angelehnt.

Derselbe betrachtet die Blutsverwandten als die einzigen Erben und gestattet die freie Disposition über das Vermögen nur dann, wenn keine ehelichen Descendenten und Ascendenten vorhanden sind (Art. 916 u. 1006). Sind dagegen solche hinterblieben und sie sind nicht aus den im Gesetz dafür bestimmt bezeichneten Gründen überhaupt erbunfähig, so sind sie wie die einzigen so auch die nothwendigen Erben des Erblassers dergestalt, daß dieser ihnen ihr Erbrecht nicht entziehen und nur über einen Theil seines Vermögens frei verfügen kann, welcher die portion disponible und im Gegensatz zu welcher der den Descendenten und Ascendenten zu belassende Theil der Vorbehalt (réserve), die Descendenten und Ascendenten selbst aber die Vorbehaltserben (héritiers à réserve oder réservataires) genannt werden. Die portion disponible beträgt Descendenten gegenüber bei einem Kinde die Hälfte, bei zwei Kindern ein Drittel und bei drei oder mehr Kindern ein Viertel, Ascendenten gegenüber aber, wenn solche in jeder Linie vorhanden sind, die Hälfte und wenn sie nur in einer Linie vorhanden sind, drei Viertel des gesammten Vermögens (Art. 913). Die Verfügung über dieselbe kann im übrigen zum Vortheil eines gesetzlichen Erben oder dritter Personen getroffen werden, in der Zuwendung einer Quote oder einzelner Sachen bestehen und unter Lebenden oder von Todeswegen erfolgen¹⁹⁾.

Das Recht auf den Vorbehalt steht den Descendenten und Ascendenten nicht als ein besonderes, von ihrem gesetzlichen Erbrecht verschiedenes Recht zu, sondern es ist dieses Erbrecht selbst, zwar einerseits beschränkt auf einen Theil des Nachlasses, dafür aber andererseits auch hinsichtlich dieses Theils gegen jede Beeinträchtigung durch den Erblasser geschützt. Die Descendenten und Ascendenten folgen in diesen Theil ganz so, wie sie folgen würden, wenn der Erblasser keine freigebige

220 und derselbe in seinen Beiträgen zur Revision der Preussischen Gesetzgebung (1830—32). Nr. X. S. 130.

¹⁸⁾ Zachariä a. a. D. §. 589 S. 10 u. 11 und §. 679 S. 254; Aubry et Rau a. a. D. §. 588 p. 58 u. §. 678 p. 543 u. 544; Gans in seinen Beiträgen a. a. D. S. 130 u. 131.

¹⁹⁾ Zachariä: §. 684 S. 262 u. 263 und §. 691 S. 294; Stabel: §. 97 S. 223.

Verfügung getroffen hätte und sie erlangen ihn mit allen Rechten und Pflichten gewöhnlicher Erben, insbesondere auch sofort mit dem Tode des Erblassers und unmittelbar von dem Erblasser (Art. 920), sowie mit der Pflicht des Inventars, wenn sie für die Schulden des Erblassers nicht mit dem eigenen Vermögen haften wollen²⁰). Dem zufolge erscheinen die Verfügungen über die *portion disponible* als Belastungen des gesetzlichen Erbrechts der Descendenten und Ascendenten und gilt dies sowohl von den freigebigen Verfügungen unter Lebenden als von den eigentlichen letztwilligen Verfügungen. Die letzteren werden deshalb auch nicht Testamente genannt, selbst dann nicht, wenn der Erblasser über sein ganzes Vermögen verfügt hat und wegen des Mangels von Vorbehaltserben verfügen konnte, sondern sie heißen Vermächtnisse (*legs*) und ist derjenige, zu dessen Gunsten sie getroffen worden, nicht Erbe und Repräsentant des Erblassers, hat namentlich kein Recht, sich selbst in den Besitz des ihm Vermachten zu setzen, sondern kann nur die Ausantwortung verlangen und muß, wenn diese nicht freiwillig geschieht, die *demande en délivrance du legs* anstellen (Art. 724, 1004, 1011, 1014). Eine Ausnahme hiervon giebt es nur dann, wenn kein Vorbehaltserbe hinterblieben und über den ganzen Nachlaß verfügt ist, in welchem Fall der Vermächtnisnehmer den Erblasser gerade so wie ein gesetzlicher Erbe vertritt und dessen Rechte und Pflichten hat (Art. 1006)²¹).

Verlegt der Erblasser das Recht auf den Vorbehalt, so ist seine Verfügung insoweit kraftlos. Die Vorbehaltserben erlangen ihren Vorbehalt ganz so, als wenn die Verfügung nicht da wäre und haben das Recht, und zwar ein jeder für sich und zu seinem Antheil, den die *portion disponible* übersteigenden Theil der Zuwendung einzuziehen. Die Einziehung (*la réduction*) folgt der Zeit und ergreift zunächst die Vermächtnisse als die jüngsten Verfügungen, welche erst mit dem Todestage des Erblassers in Wirksamkeit treten und dann die Schenkungen von der letzten bis nöthigenfalls hinauf zu der ersten (Art. 923). Bei Schenkungen findet sie in der Art statt, daß das Geschenke zurückge-

²⁰) Zachariä: §. 682 C. 259 u. §. 683 C. 259—261; Aubry et Rau a. a. D. §. 682 p. 554, 558 u. 559.

²¹) Zachariä: §. 678 C. 250, §. 682 C. 259, §. 683 C. 260—262, §. 710 C. 350, §. 717 C. 370—372, 373, §. 721 C. 381 u. 383; Aubry et Rau: Cours de droit civil français. Tome V. §. 679 p. 544; §. 682 p. 554, 558 u. 559; Cabel: §. 73 C. 168, §. 97 C. 223 u. §. 113 C. 260 u. 262. Auch Gans in seinen Beiträgen a. a. D. C. 132 u. 133.

geben oder erstattet werden muß, wohingegen die Vermächtnisse ganz oder theilweise einfach nicht ausgeliefert werden und im Nachlaß verbleiben, gleich als hätte sie der Erblasser insoweit nicht getroffen. War der ganze Nachlaß vermacht (legs universel), so tritt der Vorbehalts-erbe ohne weiteres als Erbe ein und der Universal-Vermächtnisnehmer behält nur ein Recht auf denjenigen Theil des Nachlasses, über welchen der Erblasser verfügen konnte, muß auch, wenn noch weitere Vermächtnisse errichtet sind, diese allein übernehmen (Art. 1004)²²⁾.

Verloren geht das Recht auf den Vorbehalt nur durch Verzicht auf das Erbrecht überhaupt und durch dreißigjährige Verjährung vom Todestage des Erblassers ab²³⁾.

Vergleicht man das Verfügungsrecht, wie es nach dem Vorstehenden im Code civil, im Moslemischen Recht und im Germanischen Recht gestaltet ist, mit dem des Talmudischen Rechts, so ergibt sich zwar, daß es ebenfalls zu dem Recht der Familie einen Gegensatz bildet. Aber dieser Gegensatz erscheint als ein ganz erheblich abgeschwächter, da das Recht der Familie und das Verfügungsrecht sich nicht mehr in dem Verhältniß von Regel und mangelhaft begründeter Ausnahme befinden, von denen die Ausnahme eintretenden Falls die Regel ganz verdrängen kann, sondern beide eine von vorn herein bestimmte, principielle Tragweite erhalten haben und insofern mehr neben einander als gegen einander stehen. Das Verfügungsrecht bleibt dabei aber immer das Untergeordnete. Es hat deshalb einen kleineren äußerlichen Umfang und materiell einen geringeren Inhalt, vermöge dessen es das Recht der Familie wenigstens in der geraden Linie nicht ganz auszuschließen und kein Erbrecht zu begründen vermag, dieses vielmehr allein in dem Recht der Familie enthalten ist.

§. 4.

Römisches (Gemeines) Recht.

Das vierte System, zu welchem nunmehr überzugehen ist und welches, wie bemerkt, von dem Recht der Verfügung ausgeht und dieses im Interesse der Familie nur einschränkt, gilt im Römischen Recht, im Preussischen Allgemeinen Landrecht, im Oestreichischen und im Königlich

²²⁾ Zachariä: §. 685 C. 263 u. 268, §. 721 C. 383 u. 384; Aubry et Rau a. a. D. §. 685 p. 577 u. 578; Stabel: §. 101 C. 233, §. 103 C. 235—238, §. 113 C. 262, §. 114 C. 263 u. 264.

²³⁾ Zachariä: §. 686 C. 272.

Sächsischen Recht. Diese Rechte gestatten also einem jeden Individuum im Princip frei über seinen Nachlaß zu verfügen, haben aber der Willkühr zu Gunsten der Familie Schranken gesetzt. Letzteres ist theils in abweichender Weise, theils und vorzüglich jedoch übereinstimmend durch ein besonderes, der Familie gewährtes Recht, das sog. Pflichttheilsrecht, geschehen.

Im einzelnen ist die Entwicklung und Gestaltung dieses Pflichttheilsrechts in den verschiedenen Rechten wieder verschieden.

Im älteren Römischen Recht war, wenn auch vielleicht noch nicht zur Zeit der Testamente *calatis comitiis* und in *prociuctu*, so doch jedenfalls seit dem Aufkommen der Testamente *per aes et libram* und in den zwölf Tafeln ein gesetzlich vollständig freies und nur durch die Sitte beschränktes Verfügungsrecht über den Nachlaß gegeben¹⁾. Diejenige Beschränkung desselben, welche hier interessirt, ist gegen Ende der Republik zuerst in der Praxis des Centumviralgerichts durch eine aus Billigkeitsrücksichten hervorgegangene Fiktion dahin, daß ein Erblasser, der so lieblos sei, seinen nächsten Verwandten ohne besondere Gründe nicht wenigstens einen Theil seines Vermögens zu hinterlassen, nicht *sanae mentis* gewesen sein könne, auf Grund welcher Fiktion man dem benachtheiligten Verwandten eine „Klage“ wegen pflichtwidrigen Testaments gewährte, eingeführt worden (*pr. Inst. de inoff. test.* 2, 18, l. 2 u. 5 *Dig. de inoff. test.* 5, 2). Die Personen, denen diese Querel zugestanden wurde, der Betrag, der ihnen als ihr Pflichttheil hinterlassen werden mußte, um ihre Klage auszuschließen und die Gründe, aus denen der Erblasser ihnen auch diesen Betrag nehmen und andern zuwenden konnte, sind erst allmählig durch feste Rechtsregeln bestimmt worden²⁾. Nach den Pandekten und dem Roder gilt dann Folgendes:

Das freie Verfügungsrecht ist nur dem Soldaten, der in *expeditione occupatus* ist (l. 27 §. 2 *D. de inoff. test.* 5, 2, l. 9 *C. eod.* 3, 28, l. 17 *C. de test. mil.* 6, 21) und außerdem nur noch dem *filius familias* hinsichtlich seines *peculium castrense* oder doch wenigstens seines *peculium quasi castrense* (l. 37 *C. de inoff. test.* 3, 28), sowie dem Vater, der für sein unmündiges Hauskind einen Erben ernennt (l. 8 § 5 *D.*

¹⁾ Ulpian: *Liber singularis regularum tit. XI. §. 14*; Gajus: *Institutionum commentarii lib. II. §. 224*; *pr. Inst. de leg. Falcid.* 2, 22; l. 120 *D. de V. S.* 50, 16; Cicero: *De inventione II. 56: paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita jus esto.*

²⁾ Gans: *Erbrecht.* Bb. II. S. 125—126, 129; Buntzschli: *Erbsfolge.* §. 16 S. 133—139; Francke: *Recht der Nothverben.* §. 15 S. 169 u. 170.

de. inoff. test. 5, 2), verblieben. Im übrigen muß ein jeder seinen nächsten Blutsverwandten einen gewissen Theil seines Vermögens hinterlassen, wenn nicht gewichtige Gründe für das Gegentheil vorhanden sind. Die solchergestalt Berechtigten sind die Descendenten, die Ascendenten und die Geschwister, letztere jedoch nur, wenn ihnen eine *turpis persona* vorgezogen worden und mit Ausnahme der bloß Halbbürger von der Mutter her (l. 1 D. und l. 21 u. 27 C. de inoff. test.). Im einzelnen Fall ist außerdem erforderlich, daß der an sich Berechtigte auch der nächste gesetzliche Erbe des Verstorbenen sei³⁾. Die *portio, quae sufficit ad excludendam querelam*, auch kurzweg als *portio legitima* s. *debita* bezeichnet, ist ein Theil der jedesmaligen gesetzlichen Erbquote und zwar der vierte (l. 8 §. 6 D., l. 8 pr. u. l. 31 C. eod.). Sie kann nicht bloß durch Erbeinsetzung, sondern auch durch Legat, Fideicommiß und Schenkung von Todeswegen hinterlassen werden und sind ferner in sie eine bei Lebzeiten gegebene *dos*, *donatio propter nuptias* und Kaufsumme einer *militia* sowie alle Schenkungen, deren Einrechnung bei der Zuwendung ausdrücklich festgesetzt worden ist, einzurechnen (§. 6 I. de inoff. test. 2, 18, l. 8 §. 6 u. l. 25 pr. D. h. t., l. 29, l. 30 §. 2, l. 33 pr., l. 35 §. 2 u. l. 36 pr. C. h. t.), so daß derjenige, der auf eine dieser Weisen den vierten Theil seines gesetzlichen Erbtheils erhalten hat, auf den Pflichttheil keinen weiteren Anspruch machen kann.

Bei der Frage, ob das Zugewendete den Pflichttheil deckt, ist der Betrag des Nachlasses zur Zeit des Todes des Erblassers nach Abzug der Schulden und Begräbniskosten maßgebend (l. 6 C. h. t., l. 8 §. 9 D. h. t.). Ergiebt sich, daß der Pflichttheil nicht vollständig zugewendet ist, so hat der Pflichttheilsberechtigte die *querela inofficiosi testamenti*. Ursprünglich hatte er dieselbe in allen Fällen, wo er den Pflichttheil, sei es aus Irrthum oder absichtlich, nicht vollständig und frei von jeder Beschränkung erhalten hat. Allmählig haben sich jedoch drei Ausnahmen gebildet. Es wurde nämlich erstens schon ziemlich frühzeitig angenommen, daß, wenn der Pflichttheil theilweise hinterlassen worden, der Pflichttheilsberechtigte, statt die Querel anzustellen, die bloße Ergänzung des Fehlenden fordern könne (*Paulus Sententiae receptae lib. IV. tit. 5 §. 7*), später aus diesem Recht eine Pflicht gemacht, sobald der Erblasser ausdrücklich die Ergänzung angeordnet hatte (*Codex Theodosianus de inoff. test. 2, 19 l. 4*), und zuletzt bestimmt, daß gleichviel ob diese

³⁾ Francke: Recht der Motherben. §. 16 S. 174, 175 u. 202 ff.; Windscheid: Pandekten. §. 579 S. 135; Schröder: §. 36 S. 265 u. 266.

Anordnung ausdrücklich getroffen worden oder nicht ein Pflichttheilsberechtigter, der etwas erhalten, nie mehr die Querel, sondern stets nur die Ergänzungsklage, welche *condictio ex lege*, von den Neueren *actio suppletoria* genannt wird, anzustellen befugt sei (§. 3 J. de inoff. test. 2, 18, l. 30, l. 35 §. 2 u. l. 36 C. h. t. Zweitens wurde, wenn der Erblasser gar nicht oder erst so spät von der Existenz eines Pflichttheilsberechtigten Kenntniß erhalten hat, daß er sein zwar andere, jedoch gleichfalls pflichttheilsberechtigzte Personen berufendes Testament nicht mehr ändern konnte, der Uebergangene als miteingesetzt sündigt, sodaß er nicht mehr im Pflichttheil verletzt war und deshalb keine Querel haben kann (l. 3 C. de inoff. test. 3, 28). Und drittens wurde bestimmt, daß derjenige, dem der Pflichttheil zwar vollständig, aber unter Bedingungen oder Zeitbestimmungen oder mit einer Auflage oder sonstigen Beschränkung hinterlassen ist, nicht mehr die Querel anzustellen brauche, sondern jene Belastungen, soweit sie den Pflichttheil treffen, von selbst wegfallen, quasi nihil eorum testamento additum esset (l. 32 und l. 36 pr. §. 1 C. l. c.).

Die Folge der Querel und des dieselbe für begründet erklärenden Urtheils ist die gänzliche, wenn aber bloß von einem der mehreren Pflichttheilsberechtigten oder gegen einen der mehreren eingesetzten Erben geklagt war, die theilweise Beseitigung der leztwilligen Verfügung und Einführung der gesetzlichen Erbfolge in gleichem Umfange, ac si hereditas adita non fuisset (l. 21 §. 2 D. h. t.). Der Pflichttheilsberechtigte wird zur gesetzlichen Erbfolge mit allen Rechten und Pflichten eines gesetzlichen Erben berufen. Bleibt das Testament zum Theil bestehen, so tritt er als Miterbe neben den eingesetzten Erben. Soweit das Testament aufgehoben wird, werden dessen sämtliche Dispositionen, insbesondere auch die Legate und Fideicommissa hinfällig. Die bei theilweiser Rescission stehen bleibenden Dispositionen treffen nur den testamentarischen Erben (l. 13 C. de inoff. test.). Lassen dieselben eine theilweise Aufhebung nicht zu, so tritt an Stelle ihres eigentlichen Gegenstandes dessen Werth und ist von dem testamentarischen Erben theilweise nach Verhältniß seines Erbtheils zu leisten, wenn jedoch der Pflichttheilsberechtigte ausdrücklich darin willigt, kann ein solches Legat in der vom Erblasser bestimmten Weise ganz dem Vermächtnißnehmer, der dann seinerseits den Werth desselben zu dem Theile zu vergüten hat, zu welchem das Legat mit dem Testament zugleich aufgehoben wurde, entrichtet werden (l. 76 pr. D. de leg. II. 31). In einem einzigen Fall bleiben die Vermächtnisse auch ohne den Willen des Pflichttheilsberechtigten ganz