

**DR. ALEXANDER HOFMANN, LL.M.**  
**DR. WOLFGANG ULM Rechtsanwalt-GmbH**  
Kooperation selbstständiger Anwaltskanzleien

---

Bundesministerium für Justiz  
Zivilrechtssektion/Abteilung I 1  
zH Herrn Dr. Peter Barth  
Museumstraße 7  
1070 Wien

**via Mail: Peter.Barth@bmj.gv.at**

Wien, am 31. März 2015

Kzlei/Div-15 /  
BRIEF.RTF

**Betrifft:** Stellungnahme zum Ministerialentwurf für das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015) 100/ME XXV. GP

Sehr geehrter Herr Dr. Barth!

1. Zu dem im Betreff genannten Gesetzesvorhaben erlaube ich mir nachstehende Stellungnahme zu überreichen (die im Folgenden zitierten Gesetzesstellen beziehen sich auf den Entwurf).
2. Zu § 541 Z 2 ABGB

Das Zufügen von schwerem seelischem Leid als Erbunwürdigkeitsgrund ist zu unbestimmt. Es steht zu befürchten, dass die Einführung dieses Erbunwürdigkeitsgrundes Anlass zu weitwendige Erbrechtsstreitigkeiten gibt, in denen nur „emotionale Schmutzwäsche“ gewaschen wird.

3. Zu § 568 ABGB

Von Sachverständigen (aus dem Fach der Neurologie und Psychiatrie) ist regelmäßig zu hören, dass die Konstruktion des „*lichten Augenblicks*“ nach neuesten neurologischen Erkenntnissen eine Fiktion ist, die nur noch in den Köpfen der Juristen besteht. Hat eine Person einmal einen geistigen Zustand erreicht, in dem ihre Testierfähigkeit über einen längeren Zeitpunkt ausgeschlossen ist, sind „*lichte Augenblicke*“ auszuschließen. Wird eine einmal verloren gegangene Testierfähigkeit wieder erlangt, so ist das im Rahmen des Grundtatbestandes (§ 566 ABGB) zu prüfen. Einer Umkehr der Beweislast bedarf es hierfür nicht.

4. Zu § 579 ABGB

---

A-1010 Wien, Biberstraße 3/8, Tel: (+ 43 1) 513 22 79, Fax: (+ 43 1) 513 22 79-30

Dr. Alexander Hofmann  
Rechtsanwalt  
BAWAG/PSK BIC OPSKATWW  
IBAN AT81600000093015291  
www.hofmannlaw.at  
a.hofmann@hofmannlaw.at

Dr. Wolfgang Ulm  
Rechtsanwalt-GmbH  
BA 427 045 414  
(BLZ 12.000)  
FN 249795x, HG Wien  
kanzlei@wolfgangulm.at

Der Entfall des Formerfordernisses der sogenannten Nuncupatio beim fremdhändigen Testament ist zu begrüßen. Diese Formvorschrift wurde selbst bei Errichtung unter Aufsicht von Rechtsberatern nicht selten missachtet und hat zur Ungültigkeit geführt. Der Gesetzgeber sollte die richtigen Lehren aus den Erfahrungen mit der Nuncupatio ziehen. Die Formerfordernisse für dieses in der Praxis am häufigsten vorkommende Testament sollten auf ein unabdingbares Mindestmaß beschränkt bleiben.

Der Entwurf sieht dennoch vier neue Formerfordernisse vor.

Die letztwillige Verfügung muss vom Erblasser in gleichzeitiger Anwesenheit der drei Zeugen unterschrieben werden. Hierbei gebe ich zu bedenken, dass bei der Errichtung von Testamenten in Anwalts- oder Notariatskanzleien häufig Angestellte als Zeugen fungieren. Ich befürchte, dass das erwähnte Formerfordernis in der Eile nicht selten missachtet werden könnte (etwa dadurch, dass der Anwalt oder Notar seine Mitarbeiter der Reihe nach zur Unterfertigung ruft, um den laufenden Betrieb nicht zu stören).

Der Erblasser hat zusätzlich zur eigenen Unterschrift einen eigenhändig geschriebenen Zusatz, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält, anzufügen. Auch dieses zusätzliche Erfordernis könnte (insbesondere in der Übergangszeit nach dem In Kraft-Treten des neuen Rechts) dazu führen, dass es nicht eingehalten wird und die letztwillige Verfügung ungültig ist. Da das Gesetz keine inhaltlichen Vorgaben an die Formulierung des Zusatzes enthält, könnten auch Rechtsstreitigkeiten darüber, ob dem Erfordernis materiell ausreichend entsprochen wurde, anstehen.

Dasselbe gilt für das Erfordernis, dass die Zeugen den auf ihre Zeugeneigenschaft hinweisenden Zusatz eigenhändig zu schreiben haben; und dass ihr Vor- und Zuname sowie deren Geburtsdatum aus der Urkunde hervorgehen muss. Nach der Rechtsprechung genügt es, wenn dieser Zusatz fremdhändig bzw. mit Maschine vorgeschrieben wird. Auch Änderungen in diesem Punkt könnten die Gefahr ungültiger Verfügungen erhöhen, ohne dass dafür eine sachliche Notwendigkeit zu erkennen ist.

Schließlich werden Testamente oft erst Jahre oder Jahrzehnte nach ihrer Errichtung einer Abhandlung zugrunde gelegt. Es wäre verwirrend und würde die Beratungspraxis über Gebühr strapazieren, für das fremdhändige Testament stichtagsbezogen unterschiedliche Formerfordernisse zu schaffen.

Zusammenfassend erscheint es daher sinnvoll, das Formerfordernis der Nuncupatio für das fremdhändige Testament ersatzlos, dh ohne das Vorsehen weiterer oder anderer Formerfordernisse zu streichen. Sinnvolle Angaben zur Identifikation der Zeugen lassen sich als Empfehlung, die die Gültigkeit nicht berührt (vgl § 578 ABGB zu Ort und Datum), erreichen.

Nach den Erläuterungen sollen die Testamente damit fälschungssicherer gemacht werden. Hierbei wird übersehen, dass die Vorarlberger Testamentsaffäre nicht durch eine mangelnde Fälschungssicherheit, sondern dadurch möglich war, dass es in den meisten Fällen an gegnerischen Erbanprechern und einer Bestreitung und kontradiktorischen Prüfung der Testamente gefehlt hat.

5. Entfall der Einschränkung bestimmter Testierformen für besachwalterte Personen

Die Streichung ist nicht sinnvoll. Die von den Erläuterungen dafür gegebene Begründung überzeugt nicht. Ebenso wenig wie schon die Bestellung des Sachwalters als solche keine ungebührliche Einschränkung darstellen kann, ist auch die für den Testierakt eines Besachwalterten geforderte gerichtliche oder notarielle Aufsicht keine unsachliche Diskriminierung.

6. Zu § 588 ABGB

Es erscheint die Klarstellung angebracht, dass bzw. ob auch die Einsetzung zum Testamentsvollstrecker diesen für die letztwillige Verfügung zeugnisunfähig macht.

7. Zu § 590 ABGB

Die Vorgabe, dass der Verfasser des Testaments vom Vorlesen des letzten Willens eines nicht lesekundigen Erblassers ausgeschlossen sein soll, ist praxisfremd. Unklar ist, ob das Verbot des Vorlesens auch auf Dienstnehmer, Kanzlei- oder Regiepartner des Verfassers durchschlägt. Auch wird nur der rechtskundige Verfasser in der Lage sein wird, dem Erblasser die während des Vorlesens aufkommenden Fragen zu beantworten.

8. Zu § 648 ABGB

Nach meiner Erfahrung im Verfassen und Auslegen von Testamenten ist ein Legate an Erben in der überwiegenden Zahl der Fälle als Hineinvermächtnis und nicht, wie es § 648 Abs 1 ABGB vermutet, als Vorausvermächtnis gedacht und gewollt. Dies entspricht auch der Rsp und führenden Lehre (OGH GIU 13; ebenso *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 648 Rz 5). Der Entwurf sollte dies berücksichtigen.

9. Zu § 674 ABGB

Hierzu wäre unter Umständen eine Klarstellung angebracht, ob auch Antiquitäten, deren Wert weit über dem Gebrauchswert von funktionsgleichem Hausrat liegt, zu „*Möbel und Hausrat*“ im Sinne dieser Bestimmung zählen.

10. Zu § 686 ABGB

Im Fall des Vermächtnisses von Einzelunternehmen bereitet die Handhabung dieser Bestimmung Probleme (wer übernimmt z.B. Umsatzsteuerschulden des Erblassers, sind latente Entfertigungsansprüche gegenüber Dienstnehmern noch dem Nachlass zuzurechnen oder als Last vom Legatar zu tragen?). Hier empfehlen sich genauere Regelungen für Unternehmen und Unternehmensanteile.

11. Zu § 697 ABGB

Der Begriff „*schikanöse Bedingungen*“ ist zu unbestimmt und weckt unzutreffende Assoziationen mit dem Schikaneverbot. Offenbar sind aber nicht Anordnungen, mit denen der Erblasser schaden wollte, sondern, wie aus den Erläuterungen hervorgeht, ungebührliche Zugriffe auf den höchstpersönlichen Lebensbereich gemeint. Dies sollte im Gesetz besser zum Ausdruck kommen.

12. Zu § 712 Abs 2 ABGB

Es ist klarzustellen, dass auch eine (nicht mutwillige) Anfechtung des Bestreitungsverbots, aus welchen Gründen auch immer, nicht zur Entziehung des Vorteils führen darf.

13. Zu § 726 ABGB

Es empfiehlt sich eine Ergänzung dahingehend, dass auch funktionsgleiche Anordnungen (z.B. wie die Nennung als Begünstigter einer Lebensversicherung) mit dem Verlust der Angehörigenstellung aufgehoben werden.

14. Zu § 760 ABGB

Ein Pflichtteilsverzicht zu Lebzeiten sowie die Ausschlagung des Erbrechts oder der Verzicht auf den Pflichtteil nach dem Erbfall haben schon nach bisheriger Rechtslage nicht zu einer Erhöhung der Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten geführt. Die neue Bestimmung stellt nichts klar, sondern stiftet eher Verwirrung. Insbesondere ist unklar, ob, was die Erläuterungen nahe legen, auch ein zu Lebzeiten erklärter Erbverzicht die Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten im Zweifel nicht erhöht. Insofern müssten auch die Voraussetzungen bzw. „*anderen Gründe*“, unter denen sich nach § 760 Abs 2 ABGB die Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten erhöhen, genauer geregelt werden.

15. Zu §§ 761, 762, 765 und 780 Abs 2 ABGB

Einerseits wird vorgesehen, dass der Pflichtteil auch durch geldfremde Zuwendungen auf den Todesfall gedeckt werden kann, wobei die Verwertbarkeit solcher Zuwendungen keine Voraussetzung für die Einrechnung ist aber bei der Bewertung der einzurechnenden Zuwendung Berücksichtigung zu finden hat (§§ 761 Abs 1, 780 Abs 2 ABGB). Andererseits wird dem Pflichtteilsbe-

rechtigten die Möglichkeit eingeräumt, verwertungsschädliche Bedingungen oder Belastungen anzufechten (§ 762 ABGB). Die Abgrenzung von Einschränkungen der Verwertbarkeit, die sich aus der Natur der Sache ergeben und vom Pflichtteilsberechtigten hingenommen werden müssen, einerseits von angeordneten verwertungsschädlichen Bedingungen oder Belastungen, die anfechtbar sind, andererseits ist nicht klar geregelt.

Im Ergebnis könnte auch nach den neuen Regelungen unsicher bleiben, ob eine geldfremde Pflichtteilsdeckung „halten“ wird oder nicht.

Insofern erscheint noch eine durchgreifende Überarbeitung der Regelungen unter diesem Gesichtspunkt angezeigt.

16. Zu § 767 ABGB

Es empfehlen sich prozessuale Begleitregelungen über die Zuständigkeit der Entscheidung über einen Stundungsantrag. Ansonsten könnte die Stundung nur im Pflichtteilsprozess als Einwand erhoben werden, was nicht Streitpräventiv wirken würde.

17. Zu § 770 Z 4 ABGB

Das Zufügen von schwerem seelischem Leid erscheint auch bei der Aufzählung der Enterbungsgründe zu unbestimmt.

18. Zu § 776 Abs 3 ABGB

Im Unterschied zur Enterbung kann die Pflichtteilsminderung dem Erblasser nicht ohne weiteres bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen schon deshalb unterstellt werden, weil er den Pflichtteilsberechtigten einfach übergangen hat. Die Möglichkeit der stillschweigenden Minderung sollte daher gestrichen werden.

19. Zu § 778 Abs 1 ABGB

Nach dem Wortlaut der neuen Regelung fehlt das Recht des Pflichtteilsberechtigten, anlässlich der Schätzung „Erinnerungen“ (§ 784 ABGB aF) im Inventarisierungsprozess anzubringen. Gestützt darauf, kann im Verlassenschaftsverfahren immer auch auf eine Erörterung von Sachverständigengutachten und die Erklärung unklarer bzw. widersprüchlicher Schätzergebnisse gedrungen werden. Die vorgeschlagene Regelung ließe die Deutung zu, dass einem Pflichtteilsberechtigten solche Mitwirkungs- bzw. Parteienrechte im Verlassenschaftsverfahren künftig nicht mehr zustehen, was dem Ziel, eine strittige Auseinandersetzung über die Befriedigung des Pflichtteils tunlichst hintanzuhalten, abträglich wäre.

In der Praxis steht einer außergerichtlichen Einigung über den Pflichtteil oft entgegen, dass im Zuge der Inventarisierung in der Verlassenschaft die Berechnungsgrundlagen für einen Schenkungspflichtteil nicht geklärt werden können. Angeregt wird, im Zuge der Reform die gesetzliche Basis für die Klärung der Grundlagen zur Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen unter Lebenden (§ 781 ABGB) im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens zu schaffen.

20. Zu § 780 ABGB

Was ein Pflichtteilsberechtigter als Begünstigter einer vom Erblasser eingerichteten Privatstiftung nach dem Erbfall erhält, lässt sich faktisch nur dann bewerten, wenn die dem Begünstigten zugeordneten Zuwendungen dem Zeitpunkt und der Höhe nach feststehen bzw. bestimmbar sind und der Begünstigte auch einen klagbaren Anspruch auf solche Zuwendungen hat. Das ist in der Regel nicht der Fall, insbesondere nicht bei einer diskretionären Stiftung, die dem Stiftungsvorstand weitgehend freies Ermessen bei der Vergabe von Zuwendungen einräumt. Es steht zu befürchten, dass Erblasser Stiftungen errichten und dem unliebsamen Pflichtteilsberechtigten eine Begünstigtenstellung zudenken, die so ausgestaltet ist, dass der Stiftungsvorstand einerseits mit Ausschüttungen Zurückhaltung üben kann, die Begünstigtenstellung aber dennoch im Pflichtteilsprozess gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten im Hinblick auf die Höhe des anrechenbaren Vorteils Rechtsunsicherheit schafft. Der Verfasser der vorliegenden Stellungnahme rät von dem vorliegenden Regelungsvorschlag ausdrücklich ab, wenn und soweit nicht klargestellt wird, dass nur klagbare und betragsmäßig und zeitlich bestimmbare Zuwendungen anrechenbar sind.

21. Zu § 781 Abs 2 Z 4. ABGB

Aus den oben unter Punkt 20. genannten Erwägungen erscheint es auch problematisch, die Einräumung der Stellung als Begünstigter im Rahmen der Hinzu- und Anrechnung von Zuwendungen unter Lebenden generell zu erwähnen. Hinzu- und anrechenbar können nur solche Zuwendungen sein, die der Begünstigte zum Erbfall tatsächlich erhalten hat und auf die er nach dem Erbfall dem Zeitpunkt und der Höhe nach einen klagbaren Anspruch hat. Auch hier würde sich die Bewertung zukünftiger Zuwendungen aus einer Ermessensstiftung einer verlässlichen Bewertung entziehen, was der Rechtssicherheit zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten abträglich ist.

22. Zu §§ 781 Abs 3, 783 ABGB

Der wichtigste Kritikpunkt am Entwurf ist an dieser Regelung anzubringen, wonach Schenkungen, die der Erblasser früher als 10 Jahre vor seinem Tod gemacht hat, von der Hinzu- und Anrechnung generell ausgenommen sein sollen; auch insofern, als es sich um Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte handelt.

Der Regelungsvorschlag kann dazu führen, dass ein Erblasser sein Vermögen an seine Kinder ungleich verteilt und auf Grund des zufälligen Ablebens die Schenkung des größeren Teils aus der Hinzu- und Anrechnung herausfällt, die Zuwendung des kleineren Teils jedoch erfasst bleibt. Jenes Kind, das am Ende mehr erhalten hat, könnte am Ende noch (bei unzureichendem Nachlass gegebenenfalls auch gegen den geringer Bedachten) Ausgleichsansprüche geltend machen. Das wäre in krasser Weise ungerecht und müsste unbedingt nochmals überdacht werden.

Die Erläuterungen begründen die 10 Jahresfrist mit einem Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Im Hinblick darauf, dass unbillige Ergebnisse, so wie beschrieben, von zufälligen Umständen (Ableben des Erblassers) abhängen würden, wäre das Ziel, Rechtssicherheit zu schaffen, durch die vorgeschlagene Regelung konterkariert.

Im Hinblick auf die gestiegene Lebenserwartung wäre zumindest eine substantielle Erhöhung dieser Frist (zB auf 30 Jahre) zu fordern.

Nachdem der Entwurf zahlreiche von Lehre und Rechtsprechung gebildete Rechtsätze in das Gesetz übernommen hat, wäre auch eine Legaldefinition des Begriffes „Vermögensopfer“ angebracht. Die Rechtsprechung hat diesen Begriff in mehreren Entscheidungen schrittweise konkretisiert. In der Lehre ist er allerdings noch umstritten. Folgende Formulierung erschiene dem Verfasser der Stellungnahme angemessen: *„Das Vermögensopfer einer Schenkung ist erbracht, sobald sich der Geschenkgeber vollständig des Eigentums und/oder eigentumsähnlicher (mittelbarer) Kontroll- und/oder Nutzungsrechte am geschenkten Vermögen begeben hat.“*

#### 23. Zu § 790 Abs 1 ABGB

Dass der Geschenknehmer mit seinem übrigen Vermögen für den Fehlbetrag nur dann haftet, wenn er die geschenkte Sache auf unredliche Weise verloren hat, sollte nicht mehr vorgesehen sein. Die Rechtsprechung hat etwa redliches Veräußern schon dann angenommen, wenn der Geschenknehmer die Sache vor Zustellung der Klage veräußert hat. Der Verfasser hatte im einem Rechtsstreit diesbezüglich mit großen Beweisproblemen zu kämpfen, dem Geschenknehmer nachzuweisen, dass er vom Vertragsrichter über die schenkungspflichtteilsrechtlichen Folgen der Schenkung belehrt worden sein musste. Das Risiko, Vermögen rückzuerstatten, liegt in der Natur der Haftung des Geschenknehmers für den Fehlbetrag. Die beanstandete Regelung macht es einem Geschenknehmer zu leicht, die Haftung für den Fehlbetrag mit Schutzbehauptungen abzustreifen.

#### 24. Zu § 153 Abs 2 AußStrG

Hier ist ein Schreibfehler zu beheben. Es hat „... *denjenigen, dessen Anspruch nach der ...*“ zu lauten.

25. Zu § 174a Abs 3 AußStrG

Nach dem Regelungsvorschlag steht zu befürchten, dass der Außerstreitrichter den Abgeltungsgläubiger ohne besondere Entscheidungsbemühungen mit dem Großteil der Forderung auf den Streitweg verweist. Es sollte vorgesehen werden, dass (auch) über den Abgeltungsaufwand vom Außerstreitgericht in einem Verfahren, das den §§ 161 ff AußStrG nachgebildet ist, entschieden wird.

26. Erweiterte Einschau in Bankkonten im Rahmen der Inventarisierung

Zu überlegen wäre, im Außerstreitgesetz die (rückwirkende) Kontoöffnung im Verlassenschaftsverfahren zur Erlangung der für die Pflichtteilsberechnung notwendigen Informationen im Sinne der jüngsten Rechtsprechung auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen (erweiterte Einschau in Bankkonten). Die Rechtsprechung hat die Voraussetzungen für die Kontoöffnung zuletzt wieder einschränkend judiziert.

Aus seiner langjährigen Erfahrung in der Vertretung von Pflichtteilsberechtigten kann der Verfasser bestätigen, dass aus der Kontoöffnung im Rahmen des Verlassenschaftsverfahren in der Regel sehr wertvolle Informationen zur Rechtsdurchsetzung zu erlangen sind.

27. Entscheidung über den Pflichtteil im Außerstreitverfahren

Die Reform sollte zum Anlass genommen werden, die Entscheidung über die gerichtliche Geltendmachung des Pflichtteiles in das Außerstreitverfahren zu verlagern; in einen Verfahren, das den §§ 161 ff AußStrG nachgebildet ist.

28. Zu § 24 Abs 2 Gerichtsgebührengesetz

Der Pflichtteilsberechtigte trägt zur Gerichtsgebühr dadurch bei, dass diese als Erbfallschuld von der Berechnungsgrundlage abgezogen wird. Es ist daher nicht angezeigt, in das Gerichtsgebührengesetz ein Regressrecht des Erben aufzunehmen.

29. Zu § 50 Abs 7 IPR-Gesetz

Hier dürfte ein Schreibfehler vorliegen. Es hat offenbar: „... gestorben ist oder soweit die EU-ErbVO nicht das maßgebende Recht bestimmt.“

30. Trennung der der EUerbVO-Einführung vom ErbRÄG

Im Hinblick auf die Tragweite der beabsichtigten Neuregelungen erscheint es nicht angezeigt, die Reform unter dem Druck der notwendigen Anpassungen an die EUerbVO überhastet zu beschließen. Dies ist umso weniger notwendig, als die erforderlichen legislatischen Schritte zur Ein-

fügung der EUerbVO in den Rechtsbestand überschaubar sind und sich einstweilen isoliert in Kraft setzen lassen.

31. Einverständniserklärung

Ich erkläre mein Einverständnis, dass diese Stellungnahme auf der Homepage des Parlaments veröffentlicht wird.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Alexander Hofmann

Rechtsanwalt

Cc: Dr. Ulrich Pesendorfer / [Ulrich.Pesendorfer@bmj.gv.at](mailto:Ulrich.Pesendorfer@bmj.gv.at)