

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

Anlass und Ziel der Reform

Die erbrechtlichen Bestimmungen des ABGB stammen größtenteils aus dem Jahr 1811. Nicht nur sprachlich (vgl. etwa das Vermächtnis der „Equipage“ in § 679), sondern auch in ihren Regelungsinhalten muss das Erbrecht an die geänderten Bedürfnisse des 21. Jahrhunderts herangeführt werden. Hier ist insbesondere die im Vergleich zur Zeit der Entstehung des ABGB deutlich gestiegene Lebenserwartung der Menschen zu erwähnen, die dazu führt, dass potentielle Erben oder Pflichtteilsberechtigte um einiges älter sind als damals und allenfalls weniger der materiellen Versorgung durch das Erbrecht bedürfen.

Die Modernisierung soll aber mit Augenmaß erfolgen. Änderungen sollen nur dort erfolgen, wo sie wirklich nötig sind, sei dies weil eine bessere Verständlichkeit des Gesetzes erzielt werden kann, sei dies weil die gesellschaftliche Entwicklung andere Lösungen für erbrechtliche Fragen nahe legt. Auf die Wahrung einer kontinuierlichen Rechtsentwicklung wird besonders geachtet, was sich auch daran zeigt, dass ganz überwiegend die herrschende Rechtsprechung kodifiziert wird.

Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. Nr. L vom 27.7.2012 S. 107 (im Folgenden EuErbVO), wird mit 17. August 2015 in Kraft treten und macht Änderungen im IPRG und den einschlägigen verfahrensrechtlichen Vorschriften notwendig.

Hauptgesichtspunkte des Entwurfs

1. Moderate sprachliche Anpassung und inhaltliche Erneuerung

Die erbrechtlichen Bestimmungen sollen möglichst behutsam – das heißt grundsätzlich unter Wahrung ihres bisherigen Regelungsgehalts – an die moderne Sprache angepasst werden. Damit soll auch die nicht mit dem Erbrecht vertraute Bevölkerung das Gesetz (wieder) besser verstehen können. Aus den Noterben werden die Pflichtteilsberechtigten, aus der (gemeinen) fideikommissarischen Substitution die Ersatz- bzw. Nacherbschaft und aus dem Legatar der Vermächtnisnehmer.

Das Erbrecht ist zum Teil – entsprechend seiner früheren Bedeutung – sehr detailreich geregelt. Heute muss aber z. B. nicht mehr gesagt werden, was im Zweifel unter einer „Equipage“ zu verstehen ist. Einige Bestimmungen können daher aufgehoben werden, ohne dass dies zur Rechtsunsicherheit führt.

Das Gesetz soll auch insofern aktualisiert werden, als die (von der Lehre gebilligte) Fortentwicklung der 200-jährigen Rechtsprechung im Gesetz in wichtigen Punkten nachzuvollziehen ist. Dies betrifft z. B. § 812 zur Nachlassabsonderung und der zu erbringenden Sicherheitsleistung.

2. Letztwillige Verfügungen

Das fremdhändige Testament soll wie bisher vor drei Zeugen errichtet werden können, allerdings soll diese Testamentsform durch verschiedene Maßnahmen fälschungssicherer gestaltet werden. Alternative Formen (assistive Technologien) werden als zu wenig fälschungssicher nicht vorgesehen. Im Hinblick auf die UN-Konvention über den Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen soll die mit der Bestellung eines Sachwalters verbundene Einschränkung auf bestimmte Testierformen entfallen. Nach dem Wegfall des Nottestaments soll der damit einhergehende Widerruf früherer Testamente im Zweifel aufrecht bleiben. Bei den Testamentszeugen soll das Mindestalter bei Errichtung eines Nottestaments nur noch 14 Jahre (bisher 18 Jahre) betragen. Neu zu regeln ist die Befangenheit von Testamentszeugen, insbesondere wenn nicht natürliche Personen bedacht werden.

Testamente zu Gunsten des früheren Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten sollen nach dem Entwurf als aufgehoben gelten, wenn die Ehe, eingetragene Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft aufgelöst wurde; das Gleiche gilt sinngemäß bei Aufhebung der Abstammung oder Adoption.

Die Schenkung auf den Todesfall soll wie ein Vermächtnis zu behandeln sein. Entfallen sollen die Voraussetzung, dass eine schriftliche Urkunde dem Beschenkten ausgehändigt worden ist und der Widerrufsverzicht.

3. Gesetzliches Erbrecht

Als Erbunwürdigkeitsgründe sollen allgemein besonders schwere Verfehlungen gegen den Erblasser und Angriffe gegen den letzten Willen gelten; auch strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige sollen erfasst sein. Es soll auch berücksichtigt werden, ob der Erblasser bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes

noch enterben konnte. Ist dem nicht der Fall, etwa weil er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr testierfähig war, so soll dies unter bestimmten Voraussetzungen einen Erbnunwürdigkeitsgrund bilden.

Das Verlassenschaftsverfahren soll als Gelegenheit benützt werden können, Pflegeleistungen, die durch gesetzliche Erben und deren nächsten Angehörigen sowie durch den Lebensgefährten des Erblassers am Erblasser erbracht wurden, nach Billigkeit entsprechend abzugelten und damit einen Ausgleich unter den Erben herzustellen. Erfasst werden sollen nur Pflegeleistungen, die während der letzten drei Jahre vor dem Tod des Erblassers erbracht wurden. Um das Verlassenschaftsverfahren aber nicht ungebührlich zu verlängern, soll das Verlassenschaftsgericht nur über unstrittige und auf Basis der Ergebnisse des Verlassenschaftsverfahrens abschließend aufzuklärende Ansprüche der Pflegenden entscheiden müssen. Der Pflegenden kann seine Ansprüche – wie bisher – selbstständig im Prozessweg geltend machen.

Das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten und eingetragenen Partners wird insofern gestärkt, als der Ehegatte oder eingetragene Partner neben den Großeltern alles erben soll und der Pflichtteilsanspruch der Eltern entfällt.

Der Ehegatte oder eingetragene Partner verliert seine erbrechtlichen Ansprüche, wenn einer eingereichten Scheidungs- oder Auflösungsklage stattzugeben gewesen wäre oder bei einer einvernehmlichen Scheidung oder Auflösung nach ergangenem Scheidungs- oder Auflösungsbeschluss.

Lebensgefährten soll unter bestimmten Voraussetzungen ein außerordentliches Erbrecht zukommen, nämlich vor dem außerordentlichen Erbrecht der Vermächtnisnehmer und der Aneignung durch den Bund (bisher Heimfall an den Staat).

4. Pflichtteilsrecht

Vorgeschlagen wird, dass nur noch die Nachkommen und der Ehegatte oder eingetragene Partner pflichtteilsberechtigt sind.

In der Frage, wie der Pflichtteil hinterlassen werden kann, sieht der Entwurf vor, dass die Verwertbarkeit eines Pflichtteils keine Voraussetzung für deren Einrechnung in den Pflichtteil ist; sie soll aber bei ihrer Bewertung zu berücksichtigen sein. Das führt etwa dazu, dass auch vinkulierte Unternehmensanteile zur Pflichtteilsdeckung geeignet sein können.

Ist der Pflichtteil nicht durch Zuwendungen auf den Todesfall oder durch Schenkungen zu Lebzeiten des Erblassers ausreichend gedeckt, so steht dem Pflichtteilsberechtigten ein Geldpflichtteilsanspruch bzw. Pflichtteilsergänzungsanspruch zu. Dessen Erfüllung kann er nicht sofort mit dem Tod des Erblassers, sondern ein Jahr danach fordern. Zusätzlich kann der Pflichtteil auf Anordnung des Erblassers oder auf Verlangen des belasteten Erben für die Dauer von fünf Jahren gestundet werden. In besonderen Fällen ist auch eine gerichtliche Verlängerung auf maximal zehn Jahre möglich. Das Gericht hat jeweils eine Interessensabwägung durchzuführen. Auch der Unternehmensschutz soll in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden.

Die Enterbungsgründe sollen – im Zusammenspiel, aber ohne Verweis auf die Erbnunwürdigkeitsgründe – maßvoll erweitert und damit die Privatautonomie des Erblassers gestärkt werden. So sollen (mit zumindest einjähriger Freiheitsstrafe bedrohte) Straftaten gegen nahe Angehörige erfasst sein. Grobe Verletzungen der Pflichten aus dem Eltern-Kind-Verhältnis sollen ebenso einen Tatbestand bilden. Entfallen soll dagegen der Enterbungsgrund „der beharrlichen Führung einer gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößigen Lebensart“.

Die Möglichkeiten, den Pflichtteil auf die Hälfte zu mindern, sollen erweitert werden. Ein fehlender Kontakt, wie er in der Familie zwischen Angehörigen gewöhnlich besteht, über einen längeren Zeitraum (zehn Jahre) soll nunmehr genügen.

Die bisherige Unterscheidung zwischen Schenkungen, Vorempfängen und Vorschüssen wird aufgegeben; alle Formen unentgeltlicher Zuwendungen unter Lebenden sollen gleich behandelt werden. Die Anrechnung wird begrifflich unterschieden von der Hinzurechnung. Dem Nachlass sind zur Berechnung der Pflichtteile alle Zuwendungen hinzuzurechnen, durch die Anrechnung verringert sich der jeweilige Pflichtteil des Zuwendungsempfängers. Für die Hinzu- und Anrechnung von Zuwendungen – an Pflichtteilsberechtigte oder Dritte – sieht der Entwurf um der Rechtsklarheit willen (es ist nicht leicht, sehr lange zurück liegenden Schenkungen nachzugehen) eine Frist von zehn Jahren vor (ausgenommen bleiben weiterhin Zuwendungen ohne Schmälerung des Stammvermögens und Zuwendungen zu gemeinnützigen Zwecken). Pflichtteilsberechtigte müssen auch nur solche noch hinzu- und anzurechnenden Zuwendungen zur Deckung der Pflichtteile herausgeben (arg.: irgendwann muss auch für nahe Verwandte die Sicherheit bestehen, dass man sein Geschenk behalten darf), Dritte sind wie bisher nach zwei Jahren von dieser Herausgabepflicht befreit (hier besteht die Gefahr weniger, dass der Erblasser durch Schenkungen an einen Angehörigen das Pflichtteilsrecht der anderen aushöhlt; die von ihm eingesetzten Erben erhalten weniger, was ihm bewusst sein muss).

Bei der Bewertung der Zuwendung der Schenkung folgt der Entwurf ausnahmsweise nicht der Rechtsprechung, sprechen doch bessere Gründe für eine Bewertung der Zuwendung zum Schenkungszeitpunkt, begleitet von einer Valorisierung auf den Todeszeitpunkt.

5. Verjährung

Entsprechend einer Forderung der Lehre soll die Verjährung im Erbrecht neu geregelt werden. Es sollen einheitlich eine kenntnisabhängige kurze Frist (drei Jahre) und eine allgemeine kenntnisunabhängige Frist (30 Jahre) vorgesehen werden.

6. EU-Erbrechtsverordnung

Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. Nr. L vom 27.7.2012 S. 107 (im Folgenden EuErbVO), wird mit 17. August 2015 in Kraft treten und damit die einschlägigen Verweisungsnormen des IPRG und die einschlägigen Zuständigkeitsbestimmungen der JN ersetzen. Die Änderungen des IPRG und der JN dienen hauptsächlich der Rechtsbereinigung; Bestimmungen, die durch die Verordnung obsolet werden, werden aufgehoben. Auch die Erwähnung des Europäischen Nachlasszeugnisses (im Folgenden ENZ) unter den öffentlichen Urkunden, auf Grund derer eine Einverleibung stattfinden kann, dient der Klarheit.

Um die Verordnung im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung anwenden zu können, bedarf es einiger ergänzender Regelungen: So muss die örtliche Zuständigkeit für die Anpassung dinglicher Rechte (Art. 31 EuErbVO) und für vorläufige Maßnahmen, wenn inländische Abhandlungszuständigkeit fehlt, bestimmt werden. Weiter ist zu regeln, wie zu verfahren ist, wenn sich ausnahmsweise auch der Erbschaftserwerb nach fremdem Recht richtet und der Nachlass nicht wie sonst nach österreichischem Recht durch Einantwortung übergeht. Soweit das WEG 2002 unter bestimmten Umständen die öffentliche Feilbietung durch das Verlassenschaftsgericht vorsieht, muss diese Zuständigkeit auf das Grundbuchsgericht übertragen werden, wenn es im Inland kein Verlassenschaftsgericht gibt. Der Entwurf regelt ferner ergänzend die Ausstellung des ENZ: Seine Ausstellung obliegt dem Gerichtskommissär des zuständigen Verlassenschaftsgerichts; kann er den Antrag auf Ausstellung eines ENZ nicht durch eine Bestätigung einer gerichtlich bestimmten oder festgestellten Rechtsposition erledigen, so soll das Gericht mit Beschluss im Verfahren nach dem AußStrG entscheiden – unter Berücksichtigung der Verfahrensregeln der EuErbVO.

Verhältnis zu Rechtsvorschriften der Europäischen Union

Der Entwurf sieht ergänzende Regelungen zur Durchführung einer Verordnung der Europäischen Gemeinschaft vor und dient der Einpassung der Verordnung in das österreichische Rechtssystem.

Finanzielle Auswirkungen

Die bloß rechtsbereinigenden Änderungen und die Verordnung durchführenden Regelungen selbst haben keine finanziellen Auswirkungen, die über die der Verordnung hinausgehen.

Kompetenzgrundlage

Die Zuständigkeit des Bundes zur Gesetzgebung und Vollziehung beruht auf dem Kompetenztatbestand Zivilrechtswesen (Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG).

Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens

Keine.

Zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB):**Zu § 308 ABGB:**

Das Erbrecht ist nach ganz herrschender Auffassung kein dingliches Recht (*Helmich in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 308 Rz 4), was sich im Gesetz niederschlagen soll. Die Erwähnung des Besitzes als dingliches Recht oder das Unterbleiben der Nennung weiterer dinglicher Rechte bleibt ungeachtet der teilweise strittigen Meinungen dazu (vorerst) unberührt; dies ist allerdings nicht als Wertung des Gesetzgebers zu deuten, sondern allein dem Umstand geschuldet, dass diese Fragen nicht im Rahmen einer Erbrechtsreform zu klären sind.

Zu § 531 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 532 ABGB:

Die Änderungen sind sprachlicher Natur. Auch hier soll aber deutlich gemacht werden, dass das Erbrecht kein dingliches, sondern ein absolutes Recht ist (vgl. die Erläuterungen zu § 308 ABGB).

Zu §§ 533 und 534 ABGB:

Die Änderungen sind im Wesentlichen sprachlicher Natur.

Zu § 535 ABGB:

Die Anpassungen sind sprachlicher Natur. Unverändert wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob der Erblasser mit dem „Vermächtnis“ tatsächlich eine Vermächtnisanordnung oder nicht doch eine Erbeinsetzung erreichen wollte (vgl. RIS-Justiz RS0012237).

Zu § 536 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur. Durch die Verwendung des Wortes „frühestens“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass das Erbrecht unter einer aufschiebenden Bedingung eingeräumt werden kann (§ 703 des Entwurfs).

Zur Aufhebung des bisherigen § 537a ABGB:

Der bisherige § 537a soll entfallen. Auf eingetragene Partnerschaften soll in den jeweiligen erbrechtlichen Bestimmungen Bedacht genommen werden.

Zu § 537 ABGB:

Zunächst soll eine Überschrift eingefügt werden. Daneben wird vorgeschlagen, statt auf die „Übernahme der Erbschaft“ auf deren „Einantwortung“ abzustellen. Auch die übrigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu § 538 ABGB:

Da es keine Bestimmungen mehr gibt, die die Erbfähigkeit von kirchlichen juristischen Personen und die Erwerbsfähigkeit von Ordensleuten beschränken, erübrigt sich auch die Übernahme der „Entsagung überhaupt“ aus dem bisherigen § 538.

Die Erbfähigkeit soll als Teil der allgemeinen Rechtsfähigkeit definiert werden. Damit ist die absolute Erbfähigkeit erfasst. Relativ erbfähig ist dagegen eine Person, die erbwürdig ist. Die Erbnunwürdigkeitsgründe sind in §§ 539 ff. geregelt.

Die Erwähnung des Verzichts auf das Erbrecht kann unterbleiben, weil der Verzicht nur einen Berufungsgrund, nicht aber die Erbfähigkeit beseitigt (vgl. *Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ § 538 Rz 6; RIS-Justiz RS0012321).

Zur Aufhebung des bisherigen § 539 ABGB:

Der bisherige § 539, der auf „die politischen Vorschriften“ verweist, die bestimmen, „inwiefern geistliche Gemeinden oder deren Glieder erbfähig sind“, kann mangels Anwendungsbereichs in seiner bisherigen Fassung ebenfalls entfallen.

Zu den §§ 539 bis 541 ABGB:

Die §§ 539 bis 541 des Entwurfs regeln die Erbnunwürdigkeit. Die §§ 539 und 540 erklären unabhängig von der Möglichkeit des Erblassers, jemanden zu enterben oder in seiner Erbenstellung zu beschränken, eine Person unter bestimmten Umständen für erbnunwürdig. Nach § 541 soll eine Person nur dann erbnunwürdig sein, wenn der Erblasser keine Möglichkeit gehabt hat, ihre Erbenstellung zu beschränken und sie insbesondere zu enterben, sei es, weil er nicht mehr testierfähig war oder er aus faktischen Gründen, etwa aus Unkenntnis, eine Beschränkung unterlassen hat.

Zu § 539 ABGB:

§ 539 des Entwurfs entspricht weitgehend dem bisherigen § 540 und regelt die Erbuwüridigkeit auf Grund einer gerichtlich strafbaren Handlung gegen den Erblasser und – neu – auch gegen den Nachlass. Damit sollen strafbare Handlungen, wie etwa die Unterschlagung, die Zerstörung oder der Diebstahl von nachlasszugehörigen Sachen zur Erbuwüridigkeit führen, weil auch dadurch der letzte Wille des Erblassers oder die gesetzliche Erbfolge faktisch vereitelt wird. Die mit dem ErbRÄG 1989 eingeführte Erbuwüridigkeit auf Grund der Verletzung familienrechtlicher Pflichten findet sich nunmehr in § 541 des Entwurfs wieder.

Zu § 540 ABGB:

Aus systematischen Gründen soll der bisherige § 542 dem § 539 des Entwurfs direkt nachgestellt werden. Darüber hinaus soll – die herrschende Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0112469; RS0014978; OGH 6 Ob 264/11h) aufgreifend – nur die absichtliche Vereitelung des Willens erbuwüridig machen. Es muss daher dem auf den Erblasser Einwirkenden darauf ankommen, dass er den letzten Willen vereitelt. Ausdrücklich erwähnt werden soll auch die versuchte Vereitelung des letzten Willens. Die bisherigen Tatbestände, nach denen der Erblasser zur Erklärung des letzten Willens gezwungen oder in betrügerischer Weise verleitet wurde, er an der Erklärung oder Abänderung des letzten Willens gehindert wurde oder ein von ihm bereits errichteter letzter Willen unterdrückt wurde, sollen weiterhin erfasst sein. Auch soll klargestellt werden, dass die Verzeihung auch diesen Erbuwüridigkeitsgrund beseitigt (OGH 1 Ob 281/06i; *Welser in Rummel*⁴ § 542 Rz 6).

Zu § 541 ABGB:

Die in § 541 geregelten Erbuwüridigkeitsgründe sind nur dann heranzuziehen, wenn der Erblasser keine Beschränkung der Erbenstellung vornehmen konnte.

Nach ständiger Rechtsprechung muss sich nach dem bisherigen § 540 das die Erbuwüridigkeit begründende strafbare Verhalten gegen die Person des Erblassers richten und nicht etwa nur gegen eine ihm nahestehende Person; sie muss auch noch zu dessen Lebzeiten begangen worden sein. Ein Angriff gegen die Rechtssphäre des Erblassers genügt nicht (RIS-Justiz RS0014988). Dagegen vertritt die Lehre, dass nach dem bisherigen § 540 auch Taten gegen bestimmte nahe Angehörige umfasst sein sollen (*Welser, Die Reform des österreichischen Erbrechts* 17 mit weiteren Nachweisen).

In seiner ursprünglichen Fassung war § 540 weiter gefasst und erfasste auch vorsätzliche Offizial- und Privatanklagedelikte gegen Kinder, Eltern oder Gatten des Erblassers. Mit der dritten Teilnovelle (RGBI. Nr. 69/1916) wurde die Bestimmung auf strafbare Handlungen gegen den Erblasser selbst eingeschränkt, weil es der Gesetzgeber als unhaltbar erachtete, dass jede Ehrenbeleidigung etwa des Kindes oder des Vaters des Erblassers zur Erbuwüridigkeit führte und selbst die Verzeihung durch den direkt Verletzten (eben etwa des Kindes oder des Vaters des Erblassers) nicht genügte (siehe *B. Jud.*, NZ 2006, 70 [71]).

Die Erbuwüridigkeit soll keinen Strafcharakter haben, also nicht aus general- oder spezialpräventiven Gründen (vermögensrechtlicher) Teil der gerichtlichen Strafe sein, sondern den (mutmaßlichen) Willen des Erblassers möglichst genau umsetzen. Das ergibt sich schon aus der Tatsache, dass der Erblasser dem Straftäter verzeihen und derart die Erbuwüridigkeit aufheben kann. Der Erblasser kann zwar den künftigen Erben enterben, sofern ein Enterbungsgrund gegeben ist (§ 770 Z 1 des Entwurfs), was prima facie dafür spräche, die Erbuwüridigkeit nicht auf Straftaten gegen Angehörige auszuweiten. Da aber der Wille des Erblassers möglichst weitgehend verwirklicht werden soll (siehe auch den vorgeschlagenen § 553) und davon auszugehen ist, dass ein Erblasser einen Straftäter, der gegen bestimmte nahe Angehörige strafrechtlich tätig geworden ist, nicht zum Erben haben möchte, erscheint es geboten, die Bestimmung mit der vorgeschlagenen **Z 1** moderat – in Richtung ihrer ursprünglichen Fassung – auszudehnen. Dabei soll der Personenkreis eher eng gezogen, also auf nächste Angehörige beschränkt werden. Abgestellt wird sinngemäß auf den Personenkreis, wie er mit dem SWRÄG 2006 in § 284c im Rahmen der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger geschaffen wurde, nämlich auf die Angehörigen in gerader Linie (Eltern und Kinder im weiten Sinn, also auch Großeltern und Enkeln erfassend), den Ehegatten bzw. eingetragenen Partner und auf den Lebensgefährten. Sollen auch Angriffe gegen andere dem Erblasser nahestehende Personen, etwa gegen seinen besten Freund oder seine Lieblingsnichte, erbrechtlich erfasst sein, so muss der Erblasser selbst tätig werden. Ein allgemeines Abstellen auf Angriffe gegen dem Erblasser gefühlsmäßig nahestehende Personen wäre der Rechtssicherheit abträglich. In Kauf genommen werden damit einzelne Fälle, in denen der Angriff gegen derartige Personen nicht (mehr) vom Erblasser durch Enterbung geahndet werden könnte, weil er etwa bereits testierunfähig war. Der Strafrahmen, der zur Erbuwüridigkeit führt, soll im Vergleich zu jenem, der gegenüber dem Erblasser heranzuziehen ist, höher sein. Nur eine strafbare Handlung, die mit einer mehr als zweijährigen Freiheitsstrafe bedroht ist, soll zur Erbuwüridigkeit führen. Eine schwere Sachbeschädigung nach § 126

Abs.1 StGB, die eine Sache eines Angehörigen des Erblassers betrifft, soll also nicht zur Erbnunwürdigkeit führen.

In der vorgeschlagenen **Z 2** wird darauf abgestellt, dass dem Erblasser durch den Erben schweres seelisches Leid widerfahren ist. Dieses Leid kann darin liegen, dass der Erbe unabhängig von der Verletzung familiärer Pflichten (siehe dazu Z 3), den Erblasser in einer Notsituation im Stich gelassen hat, verächtlich gemacht hat oder sonst durch ein verpöntes Verhalten in eine sehr missliche Lage gebracht hat. In Betracht kommen dabei Verletzungen in der Rechtssphäre des Erblassers außerhalb des Strafrechts nach den §§ 1325 ff. Nicht erfasst sein sollen Schmerzen oder Leiden, die sich nur aus gesetzlich zulässigen und menschlich verständlichen Handlungen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind. Erforderlich ist eine gewisse Intensität der psychischen Beeinträchtigung, wie sie auch bei § 49 EheG verlangt wird. In Betracht kommen wiederholte Beschimpfungen, Psychoterror, aber auch die lang dauernde, gezielte Ausübung subtilen psychischen Drucks (ErlRV 1653 BlgNR 20. GP 23). Bei einem gelegentlichen Streit oder einer gelegentlichen verbalen Kränkung wird es hingegen im Allgemeinen an der geforderten Schwere des seelischen Leides fehlen (*Hopf/Stabentheiner*, ÖJZ 1999, 863).

In **Z 3** wird darauf abgestellt, ob der Erbe seine Pflichten aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern dem Erblasser gegenüber besonders gröblich vernachlässigt hat. Nicht erfasst ist damit weiterhin die Verletzung der Beistandspflicht gegenüber dem Ehegatten bzw. eingetragenen Partner. Anders als nach bisherigem Recht soll es auch auf eine besonders gröbliche Vernachlässigung der familiären Pflichten ankommen, weil nur besonders schwerwiegende Verstöße einen Erbnunwürdigkeitsgrund darstellen sollen. Weniger schwere Verstöße sollen bloß einen Enterbungsgrund bilden (siehe dazu näher die Erläuterungen zu § 772 des Entwurfs). Eine besonders gröbliche Vernachlässigung kann etwa die grundlose Ablehnung jeglichen Kontakts eines Kindes oder Elternteils über einen sehr langen Zeitraum sein.

Zu § 542 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem bisherigen § 541. Eingefügt wird die Überschrift. Der bisherige § 542 findet sich in § 540 des Entwurfs wieder.

Zu § 543 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht in den ersten beiden Sätzen dem bisherigen § 545 und im letzten Satz dem bisherigen § 546. Gestrichen wird das im bisherigen § 545 erwähnte Zitat (§ 703); dafür soll eine allgemeine Formulierung eingefügt werden, wonach die Erbfähigkeit zum Zeitpunkt des Tod des Erblassers zu beurteilen ist, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. So kann nach § 540 des Entwurfs die Erbnunwürdigkeit nach dem Tod des Erblassers eintreten, wenn etwa eine letztwillige Verfügung nach dem Tod des Erblassers unterdrückt wird. Die übrigen Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zur Aufhebung des bisherigen § 544 ABGB:

Der bisherige § 544 regelt, dass „die politischen Verordnungen bestimmen“, „inwiefern Landeseingeborne, die ihr Vaterland oder die Kriegsdienste ohne ordentliche Erlaubnis verlassen haben, des Erbrechtes verlustig werden.“ Derartige Normen bestehen nicht; § 544 soll daher als überholt aufgehoben werden.

Zur Aufhebung des bisherigen § 545 ABGB:

Der bisherige § 545 wird in § 543 des Entwurfs integriert.

Zu § 546 ABGB:

Der bisherige § 546 wird in § 543 des Entwurfs integriert.

§ 546 des Entwurfs definiert den ruhenden Nachlass entsprechend der ganz überwiegenden Lehre (*Apathy* in KBB⁴ § 547 Rz 1) und Rechtsprechung (vgl. OGH 3 Ob 84/09p) als juristische Person.

Zu § 547 ABGB:

Diese Bestimmung wird sprachlich neu gefasst und regelt das Schicksal der Verlassenschaft, nämlich den Eintritt der Erben als Universalrechtsnachfolger. Ausdrücklich zu erwähnen ist auch die Aneignung durch den Bund, die wie die Einantwortung die Existenz des ruhenden Nachlasses durch Gesamtrechtsnachfolge beendet.

Zu § 548 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlich bedingt. Der zweite Satz geht anderen spezielleren Regelungen nach (vgl. § 411 StPO).

Zu § 549 ABGB:

Die Änderungen sind im Wesentlichen sprachlicher Natur.

Zu § 550 ABGB:

Diese Bestimmung enthält Regelungen zur Erbengemeinschaft, was auch durch die neue Überschrift hervorgehoben werden soll. Gesetzlich festgeschrieben werden soll der Standpunkt der herrschenden Lehre, wonach sich der Anteil des einzelnen Erben nach seiner Erbquote bestimmt (vgl. *Welser in Rummel*⁴ § 550 Rz 1). Ansonsten werden nur sprachliche Änderungen vorgenommen.

Zu § 551 ABGB:

Geregelt werden soll, dass die Aufhebung des Vertrags über den Erbverzicht nicht formlos erfolgen kann (so die Rechtsprechung; vgl. OGH 8 Ob 158/66), sondern der Schriftform (§ 886) bedarf. Damit sollen insbesondere Beweisprobleme hintangestellt werden.

Im Sinn der herrschenden Meinung zum geltenden Recht (vgl. etwa *Werkusch-Christ in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 551 Rz 2) schließt ein bloßer Erbverzicht im Zweifel einen Pflichtteilsverzicht mit ein. Im Zweifel erstreckt sich die Verzichtswirkung auf die Nachkommen, soweit nichts anderes vereinbart wurde. Für den Pflichtteilsverzicht ergibt sich das auch aus § 758 Abs. 2 des Entwurfs.

Die sonstigen Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 552 ABGB:

Abs. 1 entspricht dem bisherigen § 552, Abs. 2 dem bisherigen § 553; die übrigen Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 553 ABGB:

Das bisherige Recht enthält keine allgemeine Norm über die Auslegung letztwilliger Verfügungen. Nach Lehre und Rechtsprechung ist zur Lückenfüllung auf die in § 655 enthaltenen Auslegungsregeln für Vermächtnisse zurückzugreifen (RIS-Justiz RS0012348; *Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ § 655 Rz 1). Das soll sich auch (systematisch) im Gesetz niederschlagen. Dabei sollen auch die Maßgeblichkeit des wahren Willens (RIS-Justiz RS0012342) und die herrschende Andeutungstheorie (RIS-Justiz RS0012372; *Stangl*, Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten – Die Andeutungstheorie im Testamentsrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz [2003]) gesetzlich verankert werden. Der Verweis auf §§ 681 bis 683 soll klarstellen, dass diese Auslegungsregeln allgemein für letztwillige Verfügungen gelten.

Zu §§ 554 bis 558 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur. Die beiden letzten Sätze des bisherigen § 558 können entfallen. Der zweite Satz ist auf Grund des ersten Satzes entbehrlich. Der dritte Satz ist Ausdruck der allgemeinen Auslegungsregel (vgl. § 553 des Entwurfs), wonach der Wille des Erblassers möglichst zu erfüllen ist. Das gilt auch dann, wenn sich der Erblasser verrechnet hat.

Zu § 559 ABGB:

Die Änderungen sind klarstellender und sprachlicher Natur. Die Überschrift soll deutlicher zum Ausdruck bringen, dass § 559 des Entwurfs eine Regel zur Auslegung bei Erbeinsetzung mehrerer Personen zu unbestimmten Anteilen ist. Durch den Entfall des Wortes „immer“ im letzten Satz der Bestimmung soll verdeutlicht werden, dass nur vermutet wird, dass der Erblasser bei einer Personenmehrheit nur eine Person gezählt haben möchte (vgl. in diesem Sinn *Welser in Rummel*⁴ § 559 Rz 3). Statt dem Wort „Körper“ soll der gebräuchlichere und zeitgemäße Begriff „Körperschaft“ verwendet werden.

Zu § 560 ABGB und zur Aufhebung der bisherigen §§ 561 und 562 ABGB:

Die bisherigen Regeln über die Anwachsung stoßen in der Praxis zum Teil auf Unverständnis. Die im bisherigen § 562 aufgestellte Vermutung, dass bei bestimmter Einsetzung keine Anwachsung stattfindet, dürfte bei Verfügung über den gesamten Nachlass nicht dem typischen mutmaßlichen Erblasserwillen entsprechen. Vielmehr ist gerade nicht davon auszugehen, dass eine genannte Quote als Höchstanteil zu verstehen ist (vgl. *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts 53 ff).

Aus diesem Grund soll nun in § 560 des Entwurfs vorgesehen werden, dass im Zweifel bei der – bestimmten oder unbestimmten – Einsetzung mehrerer Erben der nicht erledigte Teil den übrigen eingesetzten Erben anwachsen soll, sofern der Erblasser über den gesamten Nachlass verfügt hat. Die Anwachsung hat im Verhältnis der Erbeile zu erfolgen. Im letzten Satz wird klargestellt, dass es mangels Anwachsung zur gesetzlichen Erbfolge kommt.

§ 561 in der derzeitigen Fassung ist entbehrlich und kann entfallen. Für § 562 bleibt nach dem vorgeschlagenen Konzept kein Anwendungsbereich; er ist daher aufzuheben.

Zu § 563 ABGB:

Die Änderungen sind im Wesentlichen sprachlicher Natur. Klargestellt werden soll aber, dass höchstpersönliche Rechte und Pflichten nicht der Anwachsung unterliegen (vgl. *Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 563 Rz 2).

Zu § 564 ABGB:

Mit der vorgeschlagenen Überschrift soll der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit betont werden: Der letzte Wille und die Erbeinsetzung müssen höchstpersönlich erklärt und können nicht einer anderen Person vorbehalten werden. Eine Bevollmächtigung in diesen Angelegenheiten scheidet daher aus. Dass die Bejahung eines dem Erblasser gemachten Vorschlags auch nicht ausreicht, soll in § 564 und nicht wie bisher im § 565 geregelt werden.

Zu § 565 ABGB:

Abgesehen von der Verschiebung der unzureichenden „bloßen Bejahung eines ihm gemachten Vorschlags“ in § 564 des Entwurfs und der wegen § 566 des Entwurfs gegebenen Entbehrlichkeit des Abstellens auf den „Zustande der vollen Besonnenheit“ sind die Änderungen nur sprachlicher Natur.

Zu § 566 ABGB:

In § 566 soll die Testierfähigkeit definiert werden. Der Erblasser muss verstehen, dass mit der letztwilligen Verfügung das Schicksal seines künftigen Nachlasses im Falle seines Todes geregelt wird.

Zu § 567 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht weitgehend dem bisherigen § 566.

Zur Aufhebung des bisherigen § 568 ABGB:

Nach dem bisherigen § 568 kann eine Person, für die ein Sachwalter bestellt ist, sofern dies gerichtlich angeordnet ist, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren. Im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention und ihres überaus Autonomie freundlichen Ansatzes ist diese in der Praxis recht undifferenziert angewandte Einschränkung der Handlungsfähigkeit kritisch zu sehen. Zudem bewirkt sie eine sachlich nicht zu rechtfertigende Schlechterstellung von Menschen, für die ein Sachwalter bestellt ist, im Vergleich zu anderen geistig beeinträchtigten Menschen, für die kein Sachwalter bestellt worden ist. Daher soll diese „exklusiv“ für unter Sachwalterschaft stehende psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen geltende Beschränkung auf bestimmte Testamentsformen entfallen.

Zu § 568 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen § 567. Sie regelt unverändert, aber sprachlich vereinfacht, dass den lichten Augenblick (*lucidum intervallum*) einer sonst testierunfähigen Person derjenige zu beweisen hat, der sich darauf beruft.

Zu § 569 ABGB:

Diese Bestimmung soll sprachlich angepasst und mit einer Überschrift versehen werden.

Zu § 570 ABGB:

Klarestellt werden soll einerseits, dass ein Irrtum des Erblassers eine letztwillige Verfügung nur anfechtbar, aber nicht von vornherein ungültig und unwirksam macht. Andererseits sollen Fehlvorstellungen über die bedachte Person und den vermachten Gegenstand nur beispielhaft für einen wesentlichen Irrtum angeführt werden. Ansonsten soll diese Bestimmung nur geringfügig sprachlich adaptiert werden.

Zu § 571 ABGB:

Neben der Einfügung einer Überschrift wird diese Bestimmung nur geringfügig sprachlich angepasst.

Zu § 572 ABGB:

Diese Bestimmung regelt die Beachtlichkeit des Motivirrtums. Inhaltlich soll klargestellt werden, dass der Beweggrund nicht in der Verfügung „angegeben“ sein muss, um beachtlich zu sein (siehe OGH 10 Ob 2/06a). Darüber hinaus soll es nicht mehr darauf ankommen, dass der Wille des Erblassers „einzig und allein“ auf einem irrigen Beweggrund beruht hat; einfache Kausalität soll im Sinn der überwiegenden Lehre genügen (vgl. *Eccher* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 572 Rz 3). Die übrigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zur Aufhebung des bisherigen § 573 ABGB:

Im Hinblick auf die Reskripte des Heiligen Stuhles vom 8. 7. 1974, 9. 1. 1984 und 5. 6. 1990 sind alle Ordenspersonen in Österreich voll eigentumserwerbs- und testierfähig sowie fähig, sich vermögensrechtlich zu verpflichten und zu haften. Auf Grund der Ordenszugehörigkeit nach Kirchenrecht bestehende Beschränkungen sind daher im staatlichen Bereich nicht mehr wirksam (OGH 10 ObS 137/93). Der bisherige § 573 hat keinen Anwendungsbereich mehr, sodass er aufzuheben ist (*Welser in Rummel*⁴ § 573 Rz 2).

Zu § 575 ABGB:

Diese Bestimmung hält weiterhin, inhaltlich unverändert und nur sprachlich angepasst, fest, dass die Gültigkeitsvoraussetzungen bei Erklärung des letzten Willens vorliegen müssen. Dies betrifft insbesondere die Testierabsicht, die Testierfähigkeit, die Form, die Fähigkeit der Zeugen, die Freiheit von Willensmängeln sowie die Möglichkeit und Erlaubtheit. Der Hinweis, dass nachträgliche Änderungen nicht schaden, kann als Selbstverständlichkeit unterbleiben.

Zu § 576 ABGB:

Diese Bestimmung soll nur sprachlich vereinfacht werden.

Zu § 577 ABGB:

Die Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu § 578 ABGB:

Neben der Einfügung einer Überschrift sind die Änderungen rein sprachlicher Natur.

Zu § 579 ABGB:

Die fremdhändige Verfügung soll klarer definiert werden, nämlich als ein letzter Wille, der nicht vom Erblasser eigenhändig geschrieben wurde. Damit soll klar aus dem Gesetz hervorgehen, dass auch mit Hilfe technischer Geräte, etwa eines Computers und eines Druckers, erstellte Verfügungen nicht eigenhändig, sondern fremdhändig im Sinn des Gesetzes sind, auch wenn sie der Erblasser selbst verfasst und eingegeben hat.

Um einerseits Missbrauch zu verhindern und andererseits formungültige oder fehlerbehaftete letztwillige Verfügungen möglichst zu vermeiden, wird vorgeschlagen, die Form der fremdhändigen Verfügungen in wenigen Punkten neu zu regeln.

Unklar ist nach bisheriger Rechtslage, wann die Zeugen auf der Urkunde mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden Zusatz zu unterschreiben haben. Nach der Rechtsprechung hat dies in zeitlicher Nähe zum Testierakt zu erfolgen (OGH 6 Ob 321/98v). Um hier Rechtsklarheit zu schaffen, wird vorgeschlagen, dass alle drei Zeugen gleichzeitig anwesend sein müssen, wenn er die Urkunde unterschreibt und bekräftigt, dass sie seinen letzten Willen enthält. Um die Zeugen identifizierbar und damit ihre Eignung überprüfbar zu machen, muss aus der letztwilligen Verfügung jeweils deren Vor- und Familienname und das Geburtsdatum hervorgehen. Diese Angaben können fremdhändig oder etwa auch vom Erblasser oder von den Zeugen eigenhändig geschrieben worden sein, sie müssen aber in jedem Fall von den Zeugen unterschrieben werden.

Darüber hinaus soll das Erfordernis der „nuncupatio“, nämlich der Bekräftigung des Erblassers vor den Zeugen, dass die Verfügung seinem letzten Willen entspricht, geändert werden. Auch wenn die Zeugen gewöhnlich wissen (insbesondere wenn die Errichtung unter notarieller oder anwaltlicher Beteiligung geschieht), dass der Erblasser einen letzten Willen errichten will und dass dieser in der Urkunde niedergeschrieben ist, die sie unterschreiben sollen (vgl. *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts 43), soll die Bekräftigung beibehalten werden. Der Erblasser muss eigenhändig den Zusatz schreiben, dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält. Das soll die Fälschungssicherheit erhöhen. Alleine die eigenhändige Unterschrift des Erblassers kann nicht dieselbe Gewähr dafür bieten, dass der Erblasser weiß, dass er seinen letzten Willen errichtet. Die schriftliche Bekräftigung wird auch weniger Beweisschwierigkeiten und mehr Rechtssicherheit zur Folge haben, als es bei der mündlichen Bestärkung der Fall ist. Wie nach bisherigem Recht müssen die Zeugen den Inhalt der letztwilligen Verfügung nicht kennen, sondern nur wissen, dass der Erblasser seinen letzten Willen errichtet.

Zu § 580 ABGB:

Abs. 1 entspricht dem bisherigen § 580; die Änderungen sind rein sprachlicher Natur. Abs. 2 entspricht dem bisherigen § 581. Der letzte Satz der bisherigen Regelung findet sich aus systematischen Gründen in § 590 des Entwurfs. Die übrigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu § 581 ABGB:

Abs. 1 entspricht dem bisherigen § 587, Abs. 2 dem bisherigen § 588. Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 582 ABGB:

Der bisherige § 582 ist aus systematischen Gründen nunmehr in § 585 des Entwurfs geregelt.

Abs. 1 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 589, wobei es auf die Ernennung des Richters am Ort der Erklärung nicht mehr ankommen soll. Die übrigen Änderungen sind nur sprachlicher Natur. Abs. 2 entspricht dem bisherigen § 590.

Zu § 583 ABGB:

Der Inhalt des bisherigen § 583 wird in § 586 Abs. 1 des Entwurfs übernommen.

§ 583 des Entwurfs regelt ausdrücklich das notarielle Testament und ist im Wesentlichen § 581 des Entwurfs nachgebildet. Die §§ 70 ff. NO knüpfen an die Vorschriften über die Testamentserrichtung des ABGB an und führen sie näher aus.

Zu § 584 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 597.

Ein Nottestament soll wie bisher fremdhändig oder mündlich vor nur zwei Zeugen errichtet werden können (Abs. 1), wobei auch mündige Minderjährige nach § 587 des Entwurfs die Errichtung eines Nottestaments bezeugen können.

Abs. 2 erster Satz bleibt unverändert. Darüber hinaus soll der neue zweite Satz in Abs. 2 klarstellen, dass der Wegfall des Nottestaments im Zweifel nicht den durch das Nottestament erfolgten Widerruf einer früheren letztwilligen Verfügung berührt (§ 713). Das ist in der Lehre strittig (vgl. *Knechtel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.01 § 597 Rz 8). Im Allgemeinen wird der Erblasser durch ein Nottestament zu verstehen geben, dass er mit allfälligen früheren letztwilligen Verfügungen, soweit sie nicht im Einklang mit dem Nottestament stehen, nicht mehr einverstanden ist; daher soll der Widerruf insoweit aufrecht bleiben und es zur gesetzlichen Erbfolge kommen (*Spitzer*, NZ 2006, 79).

Zu § 585 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen § 582. Neben der Einfügung der Überschrift sind die Änderungen nur sprachlicher Natur.

Zu § 586 ABGB:

Abs. 1 entspricht dem bisherigen § 583 und regelt die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments und soll – ausgenommen die neue Überschrift – nur sprachlich angepasst werden. Abs. 2 entspricht dem bisherigen § 1248 und soll ebenfalls nur sprachlich angepasst werden.

Zu § 587 ABGB:

Der Inhalt des bisherigen § 587 wird in § 581 Abs. 1 des Entwurfs geregelt.

§ 587 des Entwurfs, die im Wesentlichen dem bisherigen § 591 entspricht, soll zunächst eine Überschrift vorangestellt werden. Weiters soll bei der Errichtung eines Nottestaments das Mindestalter von möglichen Testamentszeugen von 18 auf 14 Jahre gesenkt werden. Diese Altersgrenze spielt bei Minderjährigen rechtlich im Erb- und Familienrecht auch sonst eine entscheidende Rolle. So wird etwa nach § 173 im Zweifel das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit für Einwilligungen in medizinische Behandlungen bei mündigen Minderjährigen vermutet. Mündige Minderjährige können nach § 104 AußStrG in Verfahren über Pflege und Erziehung oder über das Recht auf Kontakte selbstständig vor Gericht handeln. Im Bereich des Erbrechts sind mündige Minderjährige insofern beschränkt testierfähig, als sie (außer im Notfall) nur gerichtlich oder notariell testieren können (§ 569). Die in der Literatur vereinzelt genannte Altersgrenze von 16 Jahren (*Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts 44) findet demgegenüber keine sonstigen Anknüpfungspunkte.

Ein Testamentszeuge soll insbesondere den Beweis sichern und vor Missbrauch schützen. Den Inhalt des Testaments muss er in der Regel nicht kennen (§ 579 des Entwurfs; anderes gilt nur für das Nottestament).

Zu § 588 ABGB:

Der Inhalt des bisherigen § 588 wird in § 581 Abs. 2 des Entwurfs geregelt.

§ 588 des Entwurfs entspricht weitgehend dem bisherigen § 594. Die Befangenheitsregeln für Zeugen sind aber zum Teil veraltet. Einerseits sind der Lebensgefährte und dessen Angehörige, gesetzliche Vertreter und Vorsorgebevollmächtigte bedachter natürlicher Personen und die vertretungsbefugten

Organe und Gesellschafter sowie Machthaber bedachter juristischer Personen und anderer Gesellschaften zu berücksichtigen. Andererseits sollen die „besoldeten Hausgenossen“ nicht mehr zum ausgeschlossenen Personenkreis zählen (*Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts 45). Ausdrücklich erwähnt sind nunmehr eingetragene Partner (vgl. die Erläuterungen zur Aufhebung des bisherigen § 537a).

Der letzte Satz des bisherigen § 594 zur Sanierung der Befangenheit eines Zeugen ist entbehrlich, weil er Selbstverständliches regelt; er kann daher entfallen.

Zu § 589 ABGB:

Der Inhalt des bisherigen § 589 wird in § 582 Abs. 1 des Entwurfs geregelt.

Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen § 596. Die Regeln für Zeugen sollen auch auf die Gerichtspersonen und Notare, die den letzten Willen aufnehmen, anzuwenden sein. Der Verweis in § 70 NO auf § 596 kann dementsprechend entfallen.

Zu § 590 ABGB:

Der Inhalt des bisherigen § 590 wird in § 582 Abs. 2 des Entwurfs geregelt.

§ 590 des Entwurfs entspricht dem letzten Satz des bisherigen § 581. Unter dem Verfasser des letzten Willens wird diejenige Person verstanden, die den Text – eventuell mit technischen Hilfsmitteln – schreibt.

Zu § 591 ABGB:

Der Inhalt des bisherigen § 591 wird in § 588 des Entwurfs geregelt. Die – dem bisherigen § 595 entsprechenden – Regeln für Testamentszeugen sollen auch auf den Verfasser der letztwilligen Verfügung, also die Person, die den letzten Willen niederschreibt, anzuwenden sein.

Zur Aufhebung der bisherigen §§ 594 bis 597 ABGB:

Die Inhalte der bisherigen §§ 594, 595, 596 und 597 werden in den §§ 588, 591, 589 und 584 des Entwurfs geregelt.

Zu § 601 ABGB:

Die Änderungen sind ausschließlich sprachlich bedingt; nicht zwingende Formvorschriften sind etwa solche, deren Einhaltung „ratsam“ sein soll (siehe §§ 578 und 580 des Entwurfs).

Zu § 602 ABGB:

Die Änderungen berücksichtigen die eingetragenen Partner im Zusammenhang mit der Aufhebung des bisherigen § 537a.

Zu § 603 ABGB:

Die Schenkung auf den Todesfall wird in § 956 geregelt; das soll auch im Verweis zum Ausdruck kommen. Näheres siehe zu den Erläuterungen dort. Die sonstigen Änderungen sind nur sprachlich bedingt.

Zu § 604 ABGB:

Der letzte Satz des bisherigen § 604 kann entfallen, weil es selbstverständlich ist, dass „der in der Reihe zunächst Berufene“ Erbe wird. Die übrigen Änderungen sind ausschließlich sprachlicher Natur.

Zur Aufhebung des bisherigen § 605 ABGB:

Die Auslegungsregel, wonach der Erblasser „aus den bestimmten Fällen, dass der ernannte Erbe nicht Erbe sein kann, oder, dass er nicht Erbe sein will, nur einen [ergänze: „Fall“] ausgedrückt hat,“ der andere Fall ausgeschlossen sein soll, ist missverständlich; in der Tat bedenkt ein Erblasser oftmals nur einen Fall und will den anderen aber gar nicht ausschließen (siehe *Welser* in *Rummel*⁴ § 605 Rz 2). Da auf den wahren Willen des Erblassers abzustellen ist, kann diese Bestimmung ersatzlos entfallen.

Zu §§ 606 bis 609 ABGB:

Neben der Einfügung der Überschriften sind die Änderungen rein sprachlicher Natur.

Zu § 610 ABGB:

Diese Bestimmung regelt die Umdeutung von Testiergeboten und -verboten in eine Nacherbschaft. Die Erweiterung der Umdeutungsvorschrift auf Gebote entspricht der herrschenden Rechtsprechung und Lehre (RIS-Justiz RS0012351; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 610 Rz 4). In Abs. 2 wird betont, dass es sich dabei um eine Zweifelsregel handelt.

Zu § 611 ABGB:

Klargestellt werden soll, wer Zeitgenosse ist, nämlich keine juristische, sondern nur jede natürliche bereits gezeugte (§ 22) oder geborene Person. Aus dem Sinn der Bestimmung, lange Bindungen von Vermögen zu verhindern, ergibt sich, dass nur jene bereits gezeugten Personen erfasst sind, die wie nach einer – zeitlich gesehen – üblichen Schwangerschaft das Licht der Welt erblicken. Es kommt also darauf an, ob die Leibesfrucht bereits vorhanden ist. Bereits gezeugte, aber kryokonservierte entwicklungsfähige Zellen sollen dementsprechend nicht darunter fallen.

Zu § 612 ABGB:

Die Änderungen sind klarstellender und sprachlicher Natur.

Zu § 613 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 614 ABGB:

Hier soll klargestellt werden, dass die Zweifelsregel auch auf die Frage anzuwenden ist, ob überhaupt eine Ersatz- oder Nacherbschaft und nicht etwa eine bloße Bedingung angeordnet wurde (vgl. RIS-Justiz RS0012555). Dementsprechend soll auch die Überschrift leicht abgeändert werden.

Zu § 615 ABGB:

Durch die Einfügung des Wortes „insbesondere“ im ersten Satz soll klargestellt werden dass die Ersatzerbschaft nicht nur durch die Annahme durch den eingesetzten Erben erlischt, sondern auch, wenn der Ersatzerbe vorverstorben oder erbunfähig ist, das Wirksamwerden des Substitutionsfalles nicht erlebt, die Ersatzerbschaft ausschlägt oder der Ersatzerbfall nicht mehr eintreten kann (vgl. *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 615 Rz 1). Die sonstigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu § 616 ABGB:

Die Änderungen sind primär sprachlicher Natur. Der vertyppte Irrtum soll nur dann zum Wegfall der Nacherbschaft führen, wenn der Grund für die Nacherbschaft die vermeintliche Testierunfähigkeit des Vorerben war.

Zu § 617 ABGB:

Die Änderungen sind in erster Linie sprachlich bedingt. Klargestellt werden soll, dass es sich nur um eine Zweifelsregel handelt und dass auch Adoptivkinder erfasst sein sollen. Daher wird der Begriff „Kinder“ anstatt wie bisher „Nachkommenschaft“ gewählt.

Zur Aufhebung des bisherigen § 646 ABGB:

Diese Bestimmung behandelt den „Unterschied eines Fideicommisses von Stiftungen“, erschöpft sich aber auf den wenig aussagekräftigen Hinweis auf Stiftungen an sich. Mangels normativen Gehalts kann sie entfallen.

Zu § 647 ABGB:

Nicht nur durch eine letztwillige Verfügung oder Erbvertrag, sondern auch durch das Gesetz (vgl. den bisherigen § 758 bzw. nunmehr § 745 des Entwurfs) oder einen Vermächtnisvertrag, das ist der von der Lehre und der Rechtsprechung anerkannte Vertrag über Vermächtnisse ohne Erbeinsetzung zwischen Parteien des Erbvertrags (vgl. *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 1249 ABGB Rz 4; RIS-Justiz RS0007606), kann ein Vermächtnis begründet werden. Das soll auch im Gesetz Niederschlag finden. Die übrigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu § 648 ABGB:

§ 648 regelt, wie der Fall zu behandeln ist, wenn einem oder mehreren Erben ein Vermächtnis hinterlassen wird. Nach Abs. 1 haben sich im Zweifel alle Erben das Vermächtnis abziehen zu lassen, der Vermächtnisnehmer erhält das Vermächtnis neben seiner Erbportion (so genanntes Vorausvermächtnis). Beim so genannten Hineinvermächtnis (Abs. 2) dagegen muss sich der Erbe das Vermächtnis auf den Erbteil anrechnen lassen und eine Erbantrittserklärung abgeben, um Anspruch auf das Vermächtnis zu erhalten.

Die neue Bestimmung berücksichtigt auch ein in der Praxis mitunter vorkommendes Problem, nämlich den Widerspruch zwischen den vom Erblasser angeordneten Erbquoten und den von ihm vorgenommenen Sachzuweisungen oder Teilungsanordnungen (siehe dazu und zum Folgenden *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts 47 ff.).

Der Erblasser kann seinen Nachlass bestimmten Personen nach Bruchteilen zuwenden oder ihnen bestimmte Sachen zuordnen. Die Hinterlassung nach Quoten ist eine Erbeinsetzung, die Hinterlassung

bestimmter Sachen gewöhnlich ein Vermächtnis. Was gemeint ist, ist eine Frage der Auslegung. Vielfach ist aus den Umständen zu schließen, dass der Erblasser die Bedachten eigentlich zu Erben berufen wollte; in diesem Fall sind die Vermächtnisnehmer im Verhältnis der zugewendeten Werte Erben.

Wenn der Erblasser die Zuteilung bestimmter Erbquoten mit der Zuordnung bestimmter Sachen an dieselben Personen verbindet, also beide Arten der Zuwendung gleichzeitig verwirklichen will, so kann es zu Diskrepanzen kommen. Als Hauptregel gilt dann, dass die Bedachten zu den angeordneten Quoten Erben werden und die Zuweisung der Sachen ein so genanntes Vorausvermächtnis ist (Abs. 1), das den Erben neben ihren Erbquoten zusteht. Diese Auslegung bereitet dann keine Schwierigkeiten, wenn die Werte der zugewendeten Sachen jeweils den Erbquoten entsprechen bzw. wenn die eingesetzten zugewendeten Sachen jeweils weniger wert sind als deren Erbteile und genügend sonstige Nachlasswerte vorhanden sind, die (zur Herstellung der Wertverhältnisse nach Quoten) einen Ausgleich ermöglichen. In beiden Fällen konkretisiert der Erblasser seine quotenmäßige Einsetzung (teilweise) durch bestimmte Sachzuwendungen. Wie aber vorzugehen ist, wenn die angeordneten Quoten zum Wert der ausdrücklich zugeordneten Sachen im Widerspruch stehen und ein Ausgleich nicht oder nur unzureichend möglich ist, bleibt nach derzeitiger Gesetzeslage offen. In solchen Fällen sollen bei den übermäßig Bedachten Vorausvermächtnisse unter Aufrechterhaltung der Quoten anzunehmen sein (**Abs. 1**), sodass der Begünstigte die Sachzuwendung als Vorausvermächtnis und die Quote am verbleibenden Nachlass als Erbe bekommt.

Wenn die Anrechnung auf den Erbteil angeordnet wurde oder sich dies aus der Auslegung des letztens Willens ergibt, liegt ein Hineinvermächtnis vor, also eine Teilungsanordnung (**Abs. 2**).

Liegt ein Hineinvermächtnis vor und übersteigt der Wert des Hineinvermächtnisses den letztwillig zugedachten Erbteil, so wird mit **Abs. 3** eine Regelung vorgeschlagen, wonach von Gesetzes wegen vermutet wird, dass sich der Erblasser bei der Bestimmung der Erbteile geirrt hat. Der Erbteil des begünstigten Erben soll in einem solchen Fall entsprechend erhöht werden, sodass er dem Verhältnis des Vermächtnisses zum Nachlass entspricht.

Zu § 649 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 650 ABGB:

Diese Bestimmung regelt das Schicksal des Untervermächtnisses. Die Änderungen sind sprachlicher und klarstellender Natur.

Zu § 651 ABGB:

Das Verteilungsvermächtnis ist ein Vermächtnis zugunsten einer unbestimmten Personengruppe. Es sollen neben der Einfügung der Überschrift nur sprachliche Anpassungen (in Einklang mit § 683 des Entwurfs) erfolgen.

Zu § 652 ABGB:

Die Anpassung folgt der Terminologie des Zehnten Hauptstücks. Inhaltlich sind damit keine Änderungen verbunden.

Zu 653 ABGB:

Nach herrschender Lehre muss die vermachte Sache verkehrsfähig, vererblich und den Inhalt einer selbstständigen Schuldforderung bilden können (vgl. *Eccher* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 653 Rz 1). Der Zusatz, dass die Sache „einen Wert haben“ muss, kann allerdings entfallen. Nach herrschender Ansicht (*Welser* in *Rummel*⁴ § 647 Rz 4) muss es sich dabei nicht um einen Vermögensvorteil für den Vermächtnisnehmer handeln, auch ein ideeller Vorteil genügt. Damit hinge aber die rechtliche Qualifikation eines Vermächtnisses von rein subjektiven, gar nicht überprüfbaren Komponenten ab. Dies würde zur Rechtsunsicherheit führen. Daher soll es nicht auf einen materiellen, messbaren Vorteil ankommen.

Zu § 654 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zur Aufhebung des bisherigen § 655 ABGB:

Der Inhalt des bisherigen § 655 ist nunmehr in § 553 des Entwurfs allgemein geregelt.

Zu § 656 ABGB:

Die Änderungen sind bis auf eine Erweiterung sprachlicher Natur. Es ist herrschende Lehre, dass der Beschwerte, sofern ihm das Wahlrecht eingeräumt ist, ein Stück wählen muss, das „unter Beachtung des

letzten Willens“ den Verwendungsmöglichkeiten des Vermächtnisnehmers entspricht (OGH 5 Ob 284/65; *Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ Vor §§ 656-661 Rz 4). Das soll im Gesetz klargestellt werden.

Zu § 657 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu §§ 658 bis 662 ABGB:

Die Änderungen sind in erster Linie sprachlicher Natur. Aus Gründen der Übersichtlichkeit sollen zudem die §§ 658 und 662 in zwei Absätze untergliedert werden. Die Berücksichtigung des „Standes des Vermächtnisnehmers“ in den §§ 658 und 659 des Entwurfs kann unterbleiben. In § 660 wird mit dem neu eingefügten Abs. 2 ausdrücklich das Wahlvermächtnis bei Speziessachen geregelt (vgl. dazu *Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ Vor §§ 656-661 Rz 2).

Zu § 663 ABGB:

Das so genannte Befreiungsvermächtnis (*legatum liberationis*) soll den Vermächtnisnehmer von einer Verbindlichkeit befreien. Nach herrschender Meinung wirkt das Vermächtnis nicht als Schulderlass mit dem Tod des Erblassers, sondern verpflichtet den Erben, den Erlass vorzunehmen (*Welser in Rummel*³ § 663 Rz 1). Dieser Umstand soll auch im Gesetz zum Ausdruck kommen. Auf welche Art die Schuld zu erlassen ist, ist nicht weiter zu regeln, ebenso wenig wie die Rückstellung des Schuldscheins oder die Ausstellung der Befreiungsurkunde, die nach derzeitiger Rechtslage überdies nur deklarativ wirken (*Welser in Rummel*⁴ § 663 Rz 3).

Zu § 664 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur; die Einfügung des Klammerausdrucks „(Forderungsvermächtnis)“ dient der besseren Zuordenbarkeit.

Zu § 665 ABGB:

Auf Grund der ausdrücklichen Regelung von Ansprüchen aus Vermächtnissen im Verlassenschaftsinsolvenzverfahren (§ 58 Z 3 IO) kann der letzte Satz entfallen. Die sonstigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu §§ 666 bis 668 ABGB:

Klargestellt werden soll, dass die §§ 666 und 668 nur Zweifelsregeln darstellen. In § 668 soll die Terminologie angepasst werden; auch die übrigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu §§ 672, 673 ABGB:

Hier wird zunächst betont, dass § 672 des Entwurfs eine Zweifelsregel darstellt, und zwar sowohl was den Umfang des Unterhaltsvermächtnisses als auch was dessen Dauer angeht. Darüber hinaus wird die Terminologie angepasst. Die Ausbildung endet oftmals erst nach Volljährigkeit, weshalb nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen auf die Selbsterhaltungsfähigkeit abgestellt werden soll. Darüber hinaus ist der wahre bzw. mutmaßliche Wille des Erblassers maßgeblich. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze, wonach der Unterhalt, der einer nicht selbsterhaltungsfähigen Person vermacht wird, im Zweifel mit der Selbsterhaltungsfähigkeit endet, hingegen der einem Erwachsenen (einer selbsterhaltungsfähigen Person) vermachte Unterhalt lebenslänglich gilt, können nach wie vor angewendet werden. Das Vermächtnis der „Erziehung“ ist nicht mehr zeitgemäß und kann daher entfallen (vgl. *Apathy in KBB*⁴ §§ 672, 673 Rz 1; *Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ §§ 672, 673 Rz 1).

Die Änderungen in § 673 des Entwurfs sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 674 ABGB:

Entsprechend der Rechtsprechung soll klargestellt werden, dass unter Möbeln oder Einrichtung nur die zum gewöhnlichen Gebrauch der Wohnung erforderlichen Sachen verstanden werden (RIS-Justiz RS0038297). Die übrigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu §§ 675 bis 676 ABGB:

Die Änderungen sind überwiegend sprachlicher Natur. Klargestellt wird, dass § 676 des Entwurfs nur eine Zweifelsregel darstellt. Im Einzelnen kann sich durchaus ergeben, dass etwa die vermachte Schmuckschatulle samt Inhalt dem Vermächtnisnehmer zukommen soll (*Spruzina in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 676 Rz 4).

Zur Aufhebung der bisherigen §§ 677 bis 680 ABGB:

Diese Bestimmungen regeln die Auslegung der Vermächtnisse „des Schrankes, eines Kastens oder einer Lade mit allen darin befindlichen Sachen“ (§ 677); der Juwelen, des Schmuckes und Putzes (§ 678); des Goldes oder Silbers, der Wäsche, Equipage (§ 679) oder der „Barschaft“ (§ 680). Sie sind nicht mehr

zeitgemäß und sollen daher aufgehoben werden (vgl. auch *Schauer*, JBl 2012, 23 [27]; *B. Jud*, Reformbedarf im Erbrecht, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 242; *Welser* in *Rummel*⁴ Vor § 672 Rz 1).

Zu §§ 681 bis 684 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 685 ABGB:

Zunächst soll klargestellt werden, dass alle Vermächtnisse – so nichts anderes vereinbart oder angeordnet ist – mit ihrem Anfalltag fällig sind. Die Erfüllung von Geldvermächtnissen und Vermächtnissen von Sachen (körperlich wie unkörperlich), die sich nicht in der Verlassenschaft befinden, kann aber erst ein Jahr danach gefordert werden. Im Ergebnis entspricht dies einer – freilich bereits von Anfang an gesetzlich vorgesehenen – „reinen Stundung“, was bedeutet, dass ab Anfalltag geleistet werden kann und sonst Verzugszinsen anfallen.

Zu §§ 686 bis 694 ABGB:

§ 689 wird an § 560 des Entwurfs angepasst. Der letzte Satz des § 688 wird aus systematischen Gründen § 684 angefügt. § 687 regelt das unvererbliche Rentenvermächtnis; davon zu unterscheiden ist das vererbliche Ratenvermächtnis, also ein Gesamtbetrag, der in Raten zu zahlen ist (vgl. *Eccher* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 687 Rz 1). In § 691 wird entsprechend der herrschenden Lehre nunmehr auf den Erbfall und nicht auf den Erbanfall abgestellt (vgl. *Eccher* in *Schwimmann/Kodek*⁴ §§ 672, 673 Rz 6). Aus systematischen Gründen soll der bisherige § 693 in die §§ 693 und 694 des Entwurfs aufgespalten werden.

Zur Aufhebung des bisherigen § 694 ABGB:

§ 694 in der bisherigen Fassung zu den gesetzlichen Beiträgen zu öffentlichen Anstalten ist gegenstandslos und kann daher ersatzlos entfallen.

Zu § 695 ABGB:

Die Bestimmung soll samt Überschrift sprachlich angepasst werden. Auch soll klargestellt werden, dass die Arten, wie der letzte Wille vom Erblasser einschränkend gestaltet werden kann, nur beispielhaft ausgeführt werden (*Gschnitzer* in *Klang* III² 642).

Zu § 696 ABGB:

Diese Bestimmung regelt die Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen. Auf Grund der Ergänzung, dass es sich bei der Bedingung um ein „ungewisses“ Ereignis handelt, kann der bisherige § 704 entfallen. Die Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu § 697 ABGB:

Nach herrschender Lehre gelten gänzlich unverständliche, völlig unbestimmte oder bloß schikanöse Bedingungen als nicht beigesetzt (vgl. *Eccher* in *Schwimmann/Kodek*⁴ § 697 Rz 2). Dies soll auch im Gesetz Wiederhall finden.

Zu §§ 698 und 699 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zur Aufhebung des bisherigen § 700 ABGB:

Nach § 700 ist „die Bedingung, dass der Erbe oder der Vermächtnisnehmer sich, selbst nach erreichter Volljährigkeit, nicht verehelichen solle, (...) als nicht beigesetzt anzusehen“. Eine verwitwete Person muss aber – so die Bestimmung weiter –, „wenn sie ein oder mehrere Kinder hat, die Bedingung erfüllen“. Auch kann die „Bedingung, dass der Erbe oder Vermächtnisnehmer eine bestimmte Person nicht heirate, gültig auferlegt werden“. Diese Regelung wird wegen der mit ihr verbundenen Einschränkungen des höchstpersönlichen Lebensbereichs in der Literatur mehrfach kritisiert (vgl. etwa *B. Jud*, Reformbedarf im Erbrecht, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 242). Sie ist in der Tat nicht mehr zeitgemäß. Daher soll sie aufgehoben werden. Die Bedingung der Nichtverehelichung ist nach § 698 des Entwurfs als sittenwidrig unerlaubt und daher als nicht beigesetzt anzusehen.

Zu §§ 701 bis 703 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zur Aufhebung des bisherigen § 704:

Auf Grund der Ergänzung des § 696 des Entwurfs um ein „ungewisses“ Ereignis, kann § 704 entfallen.

Zu § 705 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 706 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur (vgl. auch *Welser* in *Rummel*⁴ § 704 – 706 Rz 5).

Zu §§ 707 und 708 ABGB:

Geregelt wird in diesen Bestimmungen die so genannte „konstruktive Erbfolge“ (1 Ob 630/94; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*⁴ §§ 707, 708 Rz 1). Die rein sprachlichen Anpassungen folgen der Terminologie des Zehnten Hauptstücks.

Zu §§ 709 und 710 ABGB:

Die Änderungen sind überwiegend sprachlicher Natur. Betont wird die Erfüllungspflicht, deren Verletzung nur im Zweifel und bei Verschulden des Belasteten wie eine auflösende Bedingung wirkt. Statt dem Wort „Auftrag“ soll der gängigere Begriff „Auflage“ verwendet werden.

Zu § 711 ABGB:

§ 711 regelt, dass durch Auslegung zu ermitteln ist, ob der Erblasser in seiner Verfügung eine bindende Erfüllungspflicht erklärt hat oder die Erklärung nur Rat, Wunsch oder eine Bitte ist, deren Nichteinhaltung mit keinem Nachteil verbunden ist (vgl. *Welser* in *Rummel*⁴ § 711 Rz 1). Die Änderungen sind klarstellender Natur.

Zu § 712 ABGB:

Abs. 1 entspricht dem bisherigen § 712 und regelt das so genannte Strafvermächtnis (*Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 712 Rz 1), was auch in der eingefügten Überschrift Niederschlag finden soll. Statt auf die „Handlung“ soll nunmehr auf die Auflage abgestellt werden, um auch eine Unterlassungspflicht zu erfassen. Die sonstigen Änderungen sind sprachlich bedingt.

Abs. 2 entspricht dem bisherigen § 720. Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 713 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 714 ABGB:

Entbehrlich ist der selbstverständliche Hinweis, dass mehrere Kodizille und Vermächtnisse nebeneinander bestehen können. Ansonsten erfolgen nur sprachliche Änderungen.

Zu §§ 715 bis 719 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zum Entfall des bisherigen § 720 ABGB:

Aus systematischen Gründen soll diese Bestimmung in § 712 Abs. 2 des Entwurfs geregelt werden.

Zu §§ 721 und 722 ABGB:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 723 ABGB:

Ausdrücklich klargestellt werden soll, dass ein früheres mündliches gerichtliches oder notarielles Testament wieder auflebt, wenn ein späterer schriftlicher letzter Wille vernichtet wird (vgl. *Eccher* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 723 Rz 1).

Zu § 724 ABGB:

Die Gründe für die Widerrufsvermutung sollen übersichtlich gegliedert und sprachlich modernisiert werden. Außerdem soll auch klargestellt werden, dass jedes Handeln des Erblasser, das zum Erlöschen einer Forderung geführt hat, im Zweifel als Widerruf des Vermächtnisses zu deuten ist (vgl. *Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 724 Rz 4).

In Abs. 2, der dem bisherigen § 725 entspricht, soll entsprechend der herrschenden Meinung auch die Verwaltungsexekution erfasst sein (*Welser* in *Rummel*⁴ §§ 724, 725 Rz 6); dementsprechend soll das Vermächtnis im Zweifel wirksam bleiben, wenn die Veräußerung des Vermächtnisses auf „behördliche“ (und nicht nur auf „gerichtliche“) Anordnung erfolgte.

Zu § 725 ABGB:

Neben sprachlichen Änderungen wird das außerordentliche Erbrecht der Vermächtnisnehmer an dieser Stelle gestrichen und in § 749 des Entwurfs festgeschrieben; dabei soll nunmehr darauf abgestellt werden,

dass die gesetzlichen Erben – aus welchem Grund auch immer – nicht zum Nachlass gelangen (RIS-Justiz RS0012811), also nicht nur darauf, dass sie die Erbschaft ausschlagen. Für testamentarische Erben, die sich auf das gesetzliche Erbrecht berufen möchten, enthält § 808 eine Sonderregel (siehe dazu dort).

Zu § 726 ABGB:

Die neu eingefügte Bestimmung sieht einen vermuteten stillschweigenden Widerruf jener letztwilliger Verfügungen vor, die vor der – zu Lebzeiten des Erblassers erfolgten – Auflösung der Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft zugunsten des früheren Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten errichtet wurden. Erfasst sein sollen auch Verfügungen, die vor der Aufhebung der Abstammung oder dem Widerruf oder der Aufhebung einer Annahme an Kindesstatt zugunsten des früheren Angehörigen errichtet wurden. Diese letztwilligen Verfügungen sollen aber im Zweifel nur insoweit aufgehoben sein, als sie den früheren Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten bzw. den früheren Angehörigen betreffen.

Üblicherweise spiegelt diese Vorschrift wohl den mutmaßlichen Willen eines Erblassers wider: Ein früherer Ehegatte, eingetragener Partner oder Lebensgefährte wird gerade nicht wollen, dass der andere frühere Ehegatte, eingetragene Partner oder Lebensgefährte nach ihm erbt (vgl. *Welser*, NZ 2012, 4). Dasselbe gilt für Änderungen in der Abstammung, etwa wenn festgestellt wird, dass der Erblasser nicht der Vater des Erben ist oder die Wahlkindschaft widerrufen bzw. aufgehoben wird. Will der Erblasser diese Rechtsfolge vermeiden, so kann er letztwillig ausdrücklich das Gegenteil vorsehen.

Die Vermutung erfasst nach **Abs. 2** auch jene Fälle, in denen der Erblasser das gerichtliche Verfahren zur Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft oder zur Aufhebung oder zum Widerruf der Adoption eingeleitet hat. Anderes gilt im Zweifel bei Einleitung des Abstammungsverfahrens, weil daraus nicht ohne Weiteres zu schließen ist, dass der Erblasser den Nachkommen auch dann nicht letztwillig bedenken wollte, wenn die Abstammung vom Erblasser im Verfahren bestätigt wird (etwa weil neue Informationen hervorkommen, die dem Erblasser unbekannt waren). Als eingeleitet soll das gerichtliche Verfahren dann gelten, wenn das verfahrenseinleitende Schriftstück bei Gericht eingelangt ist oder das jeweilige Begehren zu Protokoll gegeben wurde.

Zu § 727 ABGB:

Diese Bestimmung soll sprachlich modernisiert werden. Darüber hinaus soll darauf Bedacht genommen werden, dass das Pflichtteilsrecht kein gesetzliches Erbrecht im technischen Sinn ist (vgl. *Eccher* in *Schwimann/Kodek*⁴ §§ 727-729 Rz 3), sodass der Ausdruck „wenn er die Personen, denen er kraft des Gesetzes einen Erbteil zu hinterlassen schuldig war, nicht gehörig bedacht hat“ gestrichen werden soll.

Zu § 728 ABGB:

Klargestellt werden soll, dass den gesetzlichen Erben derjenige Erbteil zukommt, über den nicht gültig verfügt wurde. Die übrigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu § 729 ABGB:

Abs. 1, der dem bisherigen § 729 entspricht, wurde nur sprachlich angepasst.

In **Abs. 2** wird die gesetzliche Vermutung aufgestellt, dass der Erblasser der pflichtteilsberechtigten Person, die er zu enterben beabsichtigte, auch deren gesetzlichen Erbteil entziehen wollte. Dies gilt selbst dann, wenn er über das Vorliegen eines Enterbungsgrundes irrte (siehe § 775 Abs. 2 des Entwurfs).

In § 764 Abs. 2 ist nunmehr geregelt, dass den Nachkommen einer im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bereits verstorbenen oder enterbten abstrakt pflichtteilsberechtigten Person ein Pflichtteil zusteht, wenn sie ihrerseits die Voraussetzungen des § 764 Abs. 1 erfüllen. **Abs. 3** knüpft hier an, wenn ergänzend und im Einklang mit § 543 geregelt ist, dass die Nachkommen der enterbten Person bei gesetzlicher Erbfolge an deren Stelle erben, auch wenn diese den Erblasser überlebt hat.

Zu §§ 730 bis 735 ABGB:

Es handelt sich nur um sprachliche Änderungen.

Zu § 736 ABGB:

Neben sprachlichen Änderungen soll nicht mehr auf gemeinsam „gezeugte“ Kinder, sondern auf gemeinsame Kinder abgestellt werden. Damit sind auch Kinder erfasst, die – unabhängig von einer Zeugung – rechtlich von den Eltern abstammen oder von (zumindest) einem Elternteil adoptiert wurden.

Zu §§ 737 bis 741 ABGB:

Es handelt sich nur um sprachliche Änderungen.

Zu §§ 742 und 743 ABGB:

Diese Bestimmungen entsprechen den bisherigen §§ 750 und 751 und sollen nur sprachlich angepasst werden.

Zu § 744 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen § 757. Neben sprachlichen Anpassungen und der Erwähnung der eingetragenen Partner sieht **Abs. 1** eine weitere Stärkung des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten oder eingetragenen Partners neben Geschwistern und Großeltern des Erblassers vor. So soll der Ehegatte des kinder- und elternlosen Erblassers dessen Geschwister und Großeltern verdrängen und den gesamten Nachlass erhalten.

Zu § 745 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem bisherigen § 758, erweitert um die eingetragene Partnerschaft.

Zu § 746 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen § 759. Allgemein soll nun klargestellt werden, dass die (rechtskräftige und zu Lebzeiten des Erblassers erfolgte) Auflösung einer Ehe bzw. eingetragenen Partnerschaft das gesetzliche Erbrecht und das gesetzliche Vorausvermächtnis des (ehemaligen) Ehegatten bzw. eingetragenen Partners beseitigt, unabhängig vom Verschulden an dieser Auflösung. Keine Relevanz mehr soll die Bestimmung für die Scheidung von Tisch und Bett haben, sie ist nicht mehr gebräuchlich.

Nach bisherigem Recht verliert der überlebende Ehegatte oder eingetragene Partner im Fall der erst drohenden, bei Tod des Erblassers aber noch nicht erfolgten Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft dann sein gesetzliches Erbrecht, wenn sich das noch zu Lebzeiten des Erblassers erhobene Scheidungs- oder Aufhebungsbegehren bzw. Auflösungsbegehren als berechtigt erweist und der überlebende Ehepartner oder eingetragene Partner als schuldig anzusehen ist. In der Literatur wurde eine analoge Anwendung auf sämtliche Scheidungsverfahren vertreten, wonach das gesetzliche Erbrecht des Ehepartners bereits beim Nachweis, dass die Ehe geschieden worden wäre, erlöschen soll (vgl. *Spitzer*, JBl 2003, 837). Vorgeschlagen wird in diesem Sinn nun mit **Abs. 2** eine Regelung, wonach bereits die Einleitung des Verfahrens zur Auflösung einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft zum Erlöschen des Erbrechts führt, wenn das Verfahren ergeben hätte, dass die Auflösung ausgesprochen wird. Auf ein Verschulden soll es nicht ankommen.

Nach **Abs. 3** soll das Erbrecht des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners auch dann erlöschen, wenn der Erblasser im Verfahren über die Scheidung oder Auflösung im Einvernehmen vor Rechtskraft des bereits ergangenen Scheidungs- oder Auflösungsbeschlusses stirbt. Auch in diesem Fall wäre es unbillig, würde der Ehegatte oder eingetragene Partner erben, weshalb ihm das gesetzliche Erbrecht und das gesetzliche Vorausvermächtnis versagt sein sollen. Nach allgemeinen Regeln würde auch eine bereits abgeschlossene Vereinbarung über die Folgen der einvernehmlichen Scheidung bzw. Auflösung nach § 55a EheG oder § 15 Abs. 5 EPG, auch über die Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse, dahin fallen. Diese Vereinbarung soll aber aufrecht bleiben, weil es sonst zu einem unbilligen vermögensrechtlichen Verlust des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners kommen könnte.

Zu § 747 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem bisherigen § 796, soll aber aus systematischen Gründen an dieser Stelle geregelt werden.

Zu § 748 ABGB:

Zunächst ist davon auszugehen, dass ein Erblasser dem Lebensgefährten, den er nicht letztwillig bedacht hat, in aller Regel auch nichts aus seinem Nachlass zukommen lassen wollte. Dem mutmaßlichen Erblasserwillen wird es aber regelmäßig mehr entsprechen, dass dessen Lebensgefährte dann zum Zug kommt, wenn weder Ehegatte oder eingetragener Partner noch Kinder vorhanden sind und daher der Nachlass den Vermächtnisnehmern oder dem Staat zufallen würde. Das außerordentliche Erbrecht des Lebensgefährten besteht nur dann vor Auflösung einer im Todeszeitpunkt des Erblassers aufrechten Ehe oder eingetragenen Partnerschaft, wenn ein Auflösungsverfahren eingeleitet wurde (siehe §§ 726 und 746 Abs. 2).

Voraussetzung für das Erbrecht ist die aufrechte Lebensgemeinschaft mit dem Erblasser zum Todeszeitpunkt, und dass die Lebensgemeinschaft zumindest die letzten drei Jahre vor dessen Tod bestanden hat. Damit wird ähnlich wie in § 284c zur Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger auf einen

gefestigten Bestand und eine Dauerhaftigkeit abgestellt. Allerdings soll es nicht darauf ankommen, dass die Lebensgefährten mindestens drei Jahre im gemeinsamen Haushalt gelebt haben. Die Wohngemeinschaft stellt schon allein für sich ein Wesenselement der Lebensgemeinschaft dar. Gerade im hohen Alter lebt aber oft ein Lebensgefährte (wie auch ein Ehegatte oder eingetragener Partner) aus gesundheitlichen oder sonstigen Gründen getrennt in einem Heim. Trotz dieser Haushaltsaufhebung kann aber die Lebensgemeinschaft fortbestehen, sodass auch in diesen Fällen der Lebensgefährte erben soll.

Darauf, dass aus der Lebensgemeinschaft Kinder hervor gegangen sind, soll es nicht ankommen. Gemeinsame Kinder sind zwar ein starkes Indiz für eine Lebensgemeinschaft, aber auch kein unstrittiger Beweis dafür, dass die Lebensgemeinschaft zum Todeszeitpunkt (noch) bestanden hat.

Zu § 749 ABGB:

Diese Bestimmung regelt das außerordentliche Erbrecht der Vermächtnisnehmer und entspricht weitgehend dem bisherigen § 726 letzter Halbsatz.

Zu § 750 ABGB:

Der erste Satz entspricht dem bisherigen § 760 und regelt den bisherigen „Heimfall des Staates“. Von diesem Begriff soll allerdings abgegangen werden und ähnlich wie in Art. 33 EuErbVO von der Aneignung des Bundes an einem erbenlosen Vermögen gesprochen werden; auch bei den übrigen Änderungen handelt es sich nur um sprachliche Anpassungen.

Nach Art. 33 EuErbVO können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass erbenloser Nachlass auf ihrem Gebiet an sie fällt, auch wenn er nach dem Erbstatut auf einen fremden Staat oder eine Institution übergehen würde. Damit sich an der bisher bestehenden Rechtslage im Ergebnis nichts ändert und sich der Bund weiterhin den in Österreich gelegenen Nachlass bei Erbenlosigkeit aneignen kann, ist ausdrücklich vorzusehen, dass dieses Recht unabhängig vom Erbstatut bestehen soll.

Zu § 751 ABGB:

Diese Bestimmung entspricht weitgehend dem bisherigen § 761. Der Hinweis auf die Verlassenschaft geistlicher Personen soll jedoch entfallen: Die für die Erbfolge nach römisch-katholischen Weltgeistlichen und griechisch-unierten Geistlichen geltenden Hofdekrete wurden durch das 1. Bundesrechtsbereinigungsgesetz mit 1. 1. 2000 aufgehoben. Dadurch wurde die Sondererbfolge nach diesen Personen beseitigt; hier kommt daher das allgemeine gesetzliche Erbrecht zur Anwendung (vgl. *Welser in Rummel*³ § 761 Rz 2; *Scheuba in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 761 Rz 3).

Zu § 752 ABGB:

Abs. 1 ist weitgehend dem bisherigen § 790 erster Satz und dem ersten Satz des bisherigen § 792 nachgebildet. Die Anrechnung von Schenkungen (im Sinn des § 782 des Entwurfs) oder sonstigen Beträgen (die nicht unbedingt mit einer unentgeltlichen Zuwendung zu tun haben müssen) auf den Erbteil kann der Erblasser im Rahmen der Testierfreiheit (also unter Wahrung der Pflichtteilsrechte) – auch bei gesetzlicher Erbfolge – beliebig letztwillig anordnen. Geregelt wird auch die Form der Anrechnung oder ihres Erlasses: Das muss in einer letztwilligen Verfügung geschehen. Der Erblasser und der Geschenknehmer können die Anrechnung auf den Erbteil und deren Erlass aber auch schriftlich vereinbaren; dabei soll die einfache Schriftform – soweit damit nicht die Anrechnung auf den Pflichtteil verbunden ist – ausreichen.

Abs. 2 entspricht dem letzten Satz des bisherigen § 790 dritter Satz.

Zu § 753 ABGB:

Der erste Satz entspricht weitgehend § 790 zweiter Satz und regelt, dass sich ein Kind auf Verlangen eines Erben – das kann ein letztwillig eingesetzter Erbe, aber auch der Ehegatte bzw. eingetragene Partner oder ein anderes Kind im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge sein (vgl. dazu *Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ §§ 790-792 Rz 2) – die in Form der Ausstattung erhaltene Zuwendung auf den Erbteil anrechnen lassen muss. Die Anrechnung wirkt nicht nur zu Gunsten und zu Lasten der Kinder, sondern betrifft alle Erben. Andere Zuwendungen als die Ausstattung sind, anders als nach dem bisherigen § 790 in Verbindung mit dem bisherigen § 788, von der Anrechnungspflicht dieser Bestimmung nicht umfasst (siehe aber zur Anrechnung von Vorschüssen § 754 des Entwurfs). Die Rechtfertigung der unterschiedlichen anrechnungsrechtlichen Behandlung der Ausstattung von unentgeltlichen Zuwendungen liegt darin, dass der Erblasser zur Leistung der Ausstattung gesetzlich verpflichtet ist.

Der zweite Satz stellt klar, dass sich auch Nachkommen die Ausstattung eines Vorfahren auf Verlangen eines anderen Erben anrechnen lassen müssen. .

Der bisherige § 791, wonach andere unentgeltliche Zuwendungen als die Ausstattung nicht angerechnet werden, sofern nicht die Rückforderung ausdrücklich ausbedungen war, hat im Hinblick auf § 754 des Entwurfs zu entfallen.

Zu § 754 ABGB:

Auch ohne ausdrückliche Anordnung des Erblassers sollen grundsätzlich bei der gesetzlichen Erbfolge der Kinder neben der Ausstattung auch Schenkungen des Erblassers als Vorschuss auf den Erbteil (vgl. auch § 782 Abs. 1 Z 2 des Entwurfs zum Vorschuss auf den Pflichtteil) anzurechnen sein, wenn die Schenkung an ein Kind innerhalb der letzten zehn Lebensjahre des Erblassers erfolgt ist („vorweggenommene Erbfolge“). Allgemein ist im Zweifel davon auszugehen, dass ein Erblasser die Nachkommen gleich behandeln möchte und er Schenkungen an ein Kind durch Schenkungen an die anderen Kinder ausgleicht. Häufig erfolgt ein derartiger Ausgleich nicht zeitgleich, aber doch innerhalb eines längeren Zeitraums. Aus diesem Grund soll die Frist von zehn Jahren als Grenze dienen, die für eine Vermutung spricht, dass der Erblasser einen derartigen Ausgleich vornehmen möchte. Der Entwurf folgt im Hinblick auf die Anrechnungsgemeinschaft jener Meinung, die nur die Kinder des Erblassers erfasst, nicht aber auch dessen Ehegatten oder eingetragenen Partner (vgl. *Apathy* in KBB⁴ § 790 Rz 2).

Die Beschränkung der Zulässigkeit eines Anrechnungserlasses im Hinblick auf ein unterhaltsbedürftiges Kind nach dem bisherigen § 792 ist wegen der Vererblichkeit des Unterhaltsanspruchs (§ 233) weitgehend funktionslos und kann daher entfallen (vgl. *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht [2001] 59).

Zu § 755 ABGB:

Die Rechenmethode und Bewertung entspricht im Wesentlichen jener im Pflichtteilsrecht (siehe dazu ausführlich die Erläuterungen zu §§ 787 und 788 des Entwurfs).

Zu § 756 ABGB:

Der Regelungsgehalt des geltenden § 764 soll aus systematischen Gründen vorgezogen werden. Trotz des – im allgemeinen Sprachgebrauch stark verankerten – Begriffs des „Noterben“ soll im Sinn der herrschenden Meinung (OGH 7 Ob 202/00g; *Welser* in *Rummel*⁴ Vor § 762 Rz 3; *Giller* in *Gruber et al.* [Hrsg.], Erbrecht und Vermögensnachfolge [2010] 540 f.) deutlich gemacht werden, dass es sich beim Pflichtteilsanspruch grundsätzlich um einen Anspruch auf Zahlung in Geld und somit nicht um ein „echtes Noterbrecht“ handelt. Daher wird durchgehend der Begriff „Pflichtteilsberechtigter“ verwendet. Der Erblasser kann nach § 761 des Entwurfs freilich eine andere Erfüllungsart als jene des Geldpflichtteils vorsehen.

Die sonstigen Änderungen im Vergleich zu § 758 sind rein sprachlicher Natur. So soll nicht mehr darauf abgestellt werden, dass der Erblasser bestimmte Personen „bedenken muss“; vielmehr wird der gesetzliche Anspruch der pflichtteilsberechtigten Personen betont.

Zur (teilweise) neuen Terminologie im Pflichtteilsrecht:

Der Pflichtteil ist der Anteil am Vermögen des Erblassers, der dem Pflichtteilsberechtigten zukommen soll (§ 756).

Pflichtteilsberechtigter ist, wem ein Pflichtteil – sei dies durch Pflichtteilsdeckung (§ 761 Abs. 1) oder in Geld (§ 761 Abs. 2) – zusteht, wobei allenfalls (etwa im Anrechnungsrecht) zwischen abstrakter (§ 757) und konkreter (§ 758) Pflichtteilsberechtigung zu unterscheiden ist.

Einen Pflichtteilsanspruch hat nur, wessen Pflichtteil nicht (ausreichend) gedeckt ist. Richten kann sich dieser Anspruch auf den Geldpflichtteil als Ganzes (wenn der Pflichtteil ansonsten gar nicht gedeckt ist – § 761 Abs. 2) oder auf die Ergänzung des nicht vollständig gedeckten Pflichtteils in Geld (§ 763). Erfolgt die Pflichtteilsdeckung durch belastete Zuwendungen, so kann sich der Pflichtteilsanspruch auf die Freistellung von diesen richten (§ 762).

Zur Aufhebung der bisherigen §§ 757 bis 761 ABGB:

Die bisherigen §§ 757 bis 761 entsprechen den §§ 744 und 745 Abs. 1 sowie den §§ 746, 750 und 751 des Entwurfs.

Zu § 757 ABGB:

§ 757 des Entwurfs (eine neue Bestimmung) ist zu entnehmen, wer grundsätzlich, also abstrakt pflichtteilsberechtigter ist: außer dem Ehegatten oder dem eingetragenen Partner sind dies „Nachkommen“, also die Kinder (dazu zählen nach § 197 Abs. 1 auch Wahlkinder) und – im Sinn des § 42 – die Kindeskinde (insbesondere Enkeln und Urenkeln).

Eltern, Großeltern und Urgroßeltern des Erblassers sollen dagegen nicht mehr abstrakt pflichtteilsberechtigt sein. Das Pflichtteilsrecht der Eltern hat kaum praktische Bedeutung, weil Kinder im Regelfall nicht vor ihren Eltern sterben (*B. Jud in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 252). Dies gilt umso mehr für die Großeltern und Urgroßeltern des Erblassers (vgl. auch *Hoffmann in FS Welser* [2004] 291). Auch sind die Eltern in der Regel wohlhabender als die Kinder. Vor allem aber erwerben sich die Kinder im Laufe ihres Lebens einen Großteil des Vermögens selbst; die „Starthilfe“ ihrer Eltern steht zum Zeitpunkt ihres – normaler Weise späten – Todes nicht mehr im Vordergrund. Alles das spricht dagegen, dass Vorfahren – sollten sie noch leben – als Pflichtteilsberechtigte zum Zug kommen.

Zu § 758 ABGB:

Abs. 1 regelt, wer unter den abstrakt Pflichtteilsberechtigten tatsächlich als Pflichtteilsberechtigter zum Zug kommt, also konkret pflichtteilsberechtigt ist. Zwar soll den Nachkommen und dem Ehegatten bzw. eingetragenen Partner des Erblassers im Grundsatz der Pflichtteil weiterhin dann zukommen, wenn sie mangels gültiger letztwilliger Verfügung oder mangels Erbvertrags gesetzliche Erben wären. Dabei wird aber eine etwas abgeänderte Regelungstechnik als nach geltendem Recht angewandt:

Das hypothetische Vorliegen der gesetzlichen Erbberichtigung setzt voraus, dass der abstrakt Pflichtteilsberechtigte im Zeitpunkt des Todes des Erblassers lebt und erbfähig (§ 538) ist. Dies soll nun in **Abs. 1 Z 1** eigens angeführt sein. Durch die Ablösung vom „hypothetischen“ gesetzlichen Erbrecht kann zudem besser verdeutlicht werden, dass ein Pflichtteilsanspruch unter Umständen (vor allem bei sehr umfassenden Schenkungen zu Lebzeiten) neben einem gesetzlichen Erbrecht zum Tragen kommen kann. Weitere Voraussetzung für die Erlangung des Pflichtteils ist, dass keine gültige Enterbung vorliegt (**Z 2**). Das Pflichtteilsrecht geht nach **Z 3** letztlich auch durch Verzicht (im Verbund mit einem umfassenden Erbverzicht im Sinn des § 551 oder gesondert, nicht aber durch bloßen Erbverzicht) oder durch Ausschlagung (ohne Vorbehalt des Pflichtteils) verloren (was aber nicht eigens im Gesetz zu erwähnen ist).

In **Abs. 2** werden die Rechte der Nachkommen eines weggefallenen Pflichtteilsberechtigten geregelt. Im Einklang mit der herrschenden Meinung zum geltenden Recht (siehe *Eccher*, Erbrecht⁵ Rz 11/14 f) wird zunächst vorgeschlagen, Nachkommen vorverstorbenen, erbunwürdiger oder enterbter hypothetisch konkret pflichtteilsberechtigter Personen einen Pflichtteilsanspruch einzuräumen, wenn sie ihrerseits gegenüber dem Erblasser nicht vom Erbrecht ausgeschlossen (z. B. erbunwürdig) sind.

Dies gilt auch im Fall der Pflichtteilsverkürzung. Nur wenn das mangelnde Naheverhältnis, das zur Pflichtteilsminderung legitimiert, die Nachkommen ebenso betrifft, können auch diese nur den geminderten Pflichtteil verlangen.

Dagegen erstreckt sich die Wirkung eines Pflichtteilsverzichts auch auf die Nachkommen. Da er in aller Regel nämlich „gegen Abfindung“ erfolgt, soll der Erblasser grundsätzlich nicht zwei Mal pflichtteilsrechtlich belastet werden (*Welser*, Reform des Erbrechts, 17. ÖJT Band II/2, 30). Es handelt sich aber um eine Zweifelsregel (die aber aus Gründen der Rechtsklarheit nicht an den Nachweis einer Abfindung geknüpft sein soll): Nachkommen eines pflichtteilsberechtigten Kindes können begünstigt sein, wenn vereinbart ist, dass die Verzichtleistung nicht auf sie wirken soll und sie daher ihren Elternteil trotzdem repräsentieren können.

Vorgeschlagen wird, dass auch die Ausschlagung im Zweifel auf die Nachkommen wirkt (so zur geltenden – insoweit umstrittenen – Rechtslage bereits *Eccher*, Erbrecht⁵ Rz 2/36).

In **Abs. 3** wird – im Sinn der herrschenden Rechtsprechung und Lehre (RIS-Justiz RS0012882; *Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer* [Hrsg.], Erbrecht [2007] 338) – festgehalten, dass sich auch ein letztwillig oder kraft Gesetzes berufener Erbe auf sein Pflichtteilsrecht stützen und somit etwa die Hinzurechnung von Schenkungen gemäß § 782 des Entwurfs begehren kann. Kein Anspruch steht aber einem Pflichtteilsberechtigten zu, der vom Erblasser letztwillig Zuwendungen erhalten hat, die den Pflichtteil samt der gemäß § 784 Abs. 1 des Entwurfs errechneten Erhöhung decken (vgl. zur bisherigen Rechtslage *Welser in Rummel*⁴ § 785 Rz 29).

Zu § 759 ABGB:

In dieser Bestimmung, die den Inhalt des bisherigen § 765 übernimmt, werden nur geringfügige sprachliche Adaptierungen vorgeschlagen. § 766 kann entfallen, weil Verwandten in aufsteigender Linie kein Pflichtteilsrecht mehr zukommt (siehe Erläut. zu § 757).

Zu § 760 ABGB:

§ 760 des Entwurfs soll an die Stelle des bisherigen § 767 treten. In **Abs. 1** soll klargestellt werden, dass sich die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten nicht erhöhen, wenn einem

Pflichtteilsberechtigten infolge Pflichtteilsverzichts oder Ausschlagung kein oder nur ein verminderter Pflichtteil (§ 776 des Entwurfs) zusteht. Der Pflichtteilsverzicht – sei es auch im Verbund mit einem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht – und die Ausschlagung sollen mangels anderer Vereinbarung die Testierfreiheit des Erblassers erweitern, und zwar hier unabhängig davon, ob der Erblasser den Verzichtenden oder Ausschlagenden abgefunden hat. Daher wächst die frei werdende Quote nicht den anderen Pflichtteilsberechtigten an (vgl. *Welser*, Reform des Erbrechts 30).

Sachlich gerechtfertigt ist der Zuwachs an die übrigen Pflichtteilsberechtigten dagegen, wenn der Entfall des einen auf objektive Umstände wie Vortod, Erbunfähigkeit oder Enterbung bzw. Pflichtteilsminderung zurückzuführen ist (**Abs. 2**). Die Gründe, die zum Ausschluss eines Pflichtteilsberechtigten bzw. zur Reduktion seines Pflichtteils führen, legen eine Erweiterung der Testierfreiheit nicht nahe.

Im Fall der Pflichtteilsminderung um die Hälfte wächst die halbe Quote des betroffenen Pflichtteilsberechtigten den anderen an.

Zu § 761 ABGB:

§ 761 des Entwurfs tritt an die Stelle des § 774 erster Satz.

In **Abs. 1** soll zunächst – ganz im Sinn der herrschenden Meinung (*Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer* [Hrsg.], Erbrecht [2007] 351 f.) – klargestellt werden, dass der Erblasser in seiner Freiheit, den Pflichtteil in anderer Form als in Geld zu hinterlassen, nicht eingeschränkt ist: Der Pflichtteil kann nach **Z 1** als nach § 780 einzurechnende Zuwendung, also als Erbteil, Vermächtnis, Schenkung auf den Todesfall oder als sonstige Zuwendung nach dem Tod des Erblassers aus dessen Vermögen oder durch die Einräumung einer Begünstigtenstellung aus einer vom Erblasser errichteten Privatstiftung, hinterlassen werden. Der Pflichtteil ist weiter aber auch dann gedeckt, wenn der Erblasser absichtlich nicht über den ganzen Nachlass testiert hat, damit dem Pflichtteilsberechtigten ein – hier gesetzlicher – Erbteil zukommt.

Der Pflichtteil kann dem Pflichtteilsberechtigten aber dadurch zugekommen sein, dass dieser vom Erblasser zu dessen Lebzeiten eine nach den Vorschriften der § 781 ff. des Entwurfs anzurechnende Schenkung erhalten hat (**Z 2**). Dazu kann etwa auch die zu Lebzeiten des Erblassers erfolgte Einräumung einer Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung zählen. Die Pflichtteilsdeckung durch Einräumung einer Begünstigtenstellung ist von deren Bewertung abhängig. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob dem Begünstigten Einfluss auf die Stiftungsorgane (etwa durch Bestellungs- und Abberufungskompetenzen) und Ausschüttungsentscheidungen zukommt, welche Erträge zu erwarten sind und welchen Einfluss der Begünstigte auf die Ausschüttungen hat.

In **Abs. 2** wird zudem klargestellt, dass im Zweifel nicht von einem Vermächtnis der dem Geldpflichtteil entsprechenden Summe auszugehen ist, wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten auf den Pflichtteil setzt bzw. verweist (vgl. *Eccher*, Erbrecht⁵ Rz 11/30).

Zu §§ 762 und 763 ABGB:

Sind Zuwendungen belastet, so bleibt es dem Pflichtteilsberechtigten – wie nach bisherigem Recht (vgl. nur *Welser in Rummel*⁴ § 774 Rz 8) – unbenommen, die Zuwendung mit ihrer Belastung zu übernehmen. Die §§ 762 f räumen dem Pflichtteilsberechtigten einen Anfechtungs- oder Ergänzungsanspruch ein; er muss diesen aber natürlich nicht geltend machen.

Will der Pflichtteilsberechtigte dagegen die Beschränkung nicht auf sich nehmen, so kann er die in §§ 762 und 763 vorgesehenen Instrumente nützen. Diese Mittel, die das Ergebnis eines Ausgleichs zwischen dem Pflichtteilsschutz und der Testierfreiheit des Erblassers sind, stehen dem Pflichtteilsberechtigten nicht nebeneinander, sondern alternativ zur Verfügung, abhängig davon, welche Folgen die Belastung für ihn hat. Dabei steht zunächst im Vordergrund, ob eine Last (auch) die freie Verfügbarkeit über den Wert beschränkt oder bloß den Wert der Zuwendung mindert.

Zu § 762 ABGB:

Die § 762 des Entwurfs soll den Regelungsgehalt des bisherigen § 774 zweiter und dritter Satz aufnehmen und ihn ergänzen.

Abs. 1 ist zu entnehmen, dass Bedingungen und Belastungen, also Auflagen, Befristungen, Vermächtnissen, Belastungs- und Veräußerungsverboten und Anordnungen der Testamentsvollstreckung, einer Nacherbschaft vom Pflichtteilsberechtigten (unter bestimmten Voraussetzungen) angefochten werden können. Dieser Anspruch auf Anfechtung von Bedingungen und Belastungen ist eine – neben dem Geldpflichtteilsanspruch – weitere Unterform des Pflichtteilsanspruchs (*Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 361).

Soweit dagegen eine Sache trotz (dinglicher) Belastungen am Markt verwerten werden kann, wie etwa bei Belastungen mit Servituten, liegen keine Bedingungen und Belastungen im Sinn des § 762 des Entwurfs

vor, die vom Pflichtteilsberechtigten angefochten werden könnten (vgl. *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 774 Rz 3).

Liegt eine Belastung im Sinn des Abs. 1 vor und ist diese teilbar, z. B. bei Hinterlassung einer bestimmten Sache in Verbindung mit einem nur den Pflichtteilsberechtigten belastenden Geldvermächtnis zugunsten eines Dritten, so kann sie der Pflichtteilsberechtigte nach **Abs. 2** nur insoweit anfechten, als die Pflichtteilsdeckung betroffen ist. Er erhält diese dann lastenfrei. Die Mehrzuwendung kann er ausschlagen (Abs. 2 zweiter Satz), sonst bekommt er sie nur – hier mit dem Geldvermächtnis – belastet. War die Beschränkung von vornherein nur auf die Mehrzuwendung bezogen, so muss dies der Pflichtteilsberechtigte ebenfalls hinnehmen oder aber die Mehrzuwendung ausschlagen, eine Anfechtung scheidet in diesem Fall aus.

Ist die Beschränkung dagegen nicht teilbar, so soll sie der Pflichtteilsberechtigte grundsätzlich zur Gänze anfechten können. Dies kann etwa bei Belastungen des Pflichtteils durch die Betrauung eines Testamentsvollstreckers mit der Nachlassverwaltung (soweit nicht ein Widerrufsrecht besteht) oder durch Veräußerungs- und Belastungsverbote (jedenfalls bei Unzulässigkeit der Vermietung) der Fall sein. Die Anfechtung führt hier dazu, dass der Pflichtteilsberechtigte mehr als seinen Pflichtteil und wohl auch mehr erhält, als ihm der Erblasser zugestehen wollte. Als Korrektiv wird – unter Vorwegnahme einer Anfechtung der gesamten Zuwendung wegen Irrtums durch die Erben – in **Abs. 3** erster Satz vorgeschlagen, dem Pflichtteilsberechtigten dann keine Anfechtungsmöglichkeit einzuräumen, wenn durch seine Bedenkung über den Wert des Pflichtteils hinaus der vom Erblasser verfolgte Zweck der letztwilligen Verfügung zunichte gemacht wird (so grundlegend bereits *Schauer*, RdW 1987, 149 [151 f]). Dies ist etwa – worauf in Abs. 3 zweiter Satz ausdrücklich hingewiesen wird – dann der Fall, wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten in der genannten „sozinischen Kautel“ dazu bewegen will, die Belastung auch im Hinblick auf den Pflichtteil zu akzeptieren, weil er dadurch einen größeren Erbteil bzw. ein umfangreicheres Vermächtnis erhält. Fehlt eine erblasserische Anordnung, ist auf dessen hypothetischen Willen abzustellen. Es muss also gefragt werden, welche Anordnung dieser getroffen hätte, wenn ihm die fehlende Pflichtteilsdeckung bekannt gewesen wäre. Wenn die Zuwendung etwa durch Veräußerungs- und Belastungsverbote belastet ist oder der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe (bzw. auch als Vorerbe, wenn es dem Erblasser darum ging, dass die Nacherben den gesamten Nachlass bekommen) eingesetzt ist, wird die Auslegung der letztwilligen Verfügung oftmals ergeben, dass eine Anfechtung der Bedingung oder Belastung nicht in Frage kommt (illustrativ auf Basis des bisherigen Rechts *Giller* in *Gruber et al.*, Erbrecht und Vermögensnachfolge 567 ff; siehe auch *Schauer*, RdW 1987, 152). In solchen Fällen soll der Pflichtteilsberechtigte berechtigt sein, die Erbschaft bzw. das Vermächtnis oder die Schenkung auf den Todesfall auszuschlagen und dafür den Pflichtteil in Geld zu fordern (Abs. 3 dritter Satz).

Zu § 763 ABGB:

§ 763 des Entwurfs tritt an die Stelle des § 775.

Soweit der Pflichtteil nicht durch Zuwendungen im Sinn des § 761 Abs. 1 gedeckt ist, hat der Pflichtteilsberechtigte einen Anspruch auf Zahlung in Geld, also in herkömmlicher Terminologie (*Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 336 und 359; *Eccher*, Erbrecht⁵ Rz 11/1) einen Pflichtteilsanspruch. In **Abs. 2** soll zunächst bloß der Fall geregelt werden, in dem keine Zuwendung im Sinn des Abs. 1 vorliegt. Hier steht der Geldpflichtteil in voller Höhe zu und hier soll vom „Geldpflichtteilsanspruch“ – als Unterform des Pflichtteilsanspruchs – die Rede sein.

§ 763 räumt darüber hinaus einen Pflichtteilsergänzungsanspruch (der – neben dem Geldpflichtteilsanspruch und dem Anfechtungsanspruch nach § 762 – eine weitere Unterform des Pflichtteilsanspruchs darstellt) immer dann ein, wenn der Pflichtteilsberechtigte zu wenig aus dem Nachlass erhalten hat. Dies ist der Fall, wenn dem Pflichtteilsberechtigten durch seinen Erbteil (gesetzlich oder testamentarisch), durch ein ihm zugedachtes Vermächtnis oder eine Schenkung auf den Todesfall, durch die Begünstigung aus einer Privatstiftung oder durch eine im Sinn des § 781 anzurechnende Schenkung unter Lebenden weniger zukommt als dem Wert seines Pflichtteils entspricht. Hier sind unterschiedliche Fallkonstellationen denkbar:

Zu einem Pflichtteilsergänzungsanspruch kann es kommen, weil die dem Pflichtteilsberechtigten zugedachte „Portion“ aus dem Nachlass von Anfang an zu knapp bemessen war.

Aus dem Zusammenspiel mit § 762 Abs. 3 erster Satz ergibt sich, dass die letztwillige Belastung einer Zuwendung, die zwar zu einer Wertminderung derselben führt, dann nicht angefochten werden kann, wenn die Zuwendung – wie bei Belastungen mit Servituten der Fall – für den Pflichtteilsberechtigten dennoch verwertbar ist. Dem typischen Erblasserwillen wird es nämlich nicht entsprechen, dass der Pflichtteilsberechtigte – etwa nach Anfechtung der Servitut – eine unbelastete Liegenschaft erhält und der

Servitutsberechtigte völlig leer ausgeht (so schon *Schauer*, RdW 1987, 151). Dem Pflichtteilsschutz ist wiederum durch den gesetzlichen Anspruch auf Pflichtteilsergänzung Genüge getan.

Ein Anfechtungsrecht steht dem Pflichtteilsberechtigten weiters dann nicht zu, wenn der Pflichtteil von seinem Wesen her nicht frei verfügbar ist. Diese Form der Pflichtteilsdeckung ist nach § 780 Abs. 1 nämlich zulässig. Die Zuwendung ist nach § 780 Abs. 2 zu bewerten. Erreicht sie den Wert des Pflichtteils nicht, so steht ebenfalls ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zu.

Zu § 764 ABGB:

§ 764 Abs. 1 ist neu, § 764 Abs. 2 nimmt den Regelungsgehalt des § 783 auf.

In **Abs. 1** soll nunmehr die Frage, gegen wen der Pflichtteilsberechtigte seinen Pflichtteilsanspruch (i. e. Geldpflichtteilsanspruch und Pflichtteilsergänzungsanspruch im Sinn des § 763, Anfechtungsanspruch nach § 762) zu richten hat, ausdrücklich geregelt werden. Im Sinn der zum bisherigen Recht herrschenden Ansicht (*Samek*, Pflichtteilsrecht 58 f.) wird die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs zunächst vom Nachlass und nach der Einantwortung vom Rechtsnachfolger des Erblassers, also von den Erben, geschuldet. Nur diese schulden die Pflichtteilsanspruchserfüllung nach außen (und zwar auch in allen Fällen des Abs. 2).

Da **Abs. 2** keine Änderungen des bisherigen § 783 herbeiführen will, bleibt der Meinungsstand zu dieser Bestimmung – etwa was die Berechnung der Beitragslasten anbelangt – unangetastet.

Zu § 765 ABGB:

Dem Pflichtteilsberechtigten fällt sein Recht auf den Pflichtteil grundsätzlich (wenn er etwa nicht rechtmäßig enterbt worden ist) mit dem Tod des Erblassers an. Ab diesem Zeitpunkt kann er sein Pflichtteilsrecht vererben. Damit ist in **Abs. 1** im Sinn der herrschenden Meinung zum bisherigen Recht (siehe *Welser* in *Rummel*⁴ § 537 Rz 3) klargelegt, dass die (gerichtliche) Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs vor dem Tod des Pflichtteilsberechtigten nicht Voraussetzung für seine Vererblichkeit ist.

Nach bisherigem Recht wird der Pflichtteilsanspruch – also der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Zahlung in Geld – grundsätzlich mit Errichtung des Übernahmeprotokolls über eine letztwillige Verfügung durch den Gerichtskommissär fällig (siehe *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 764 Rz 5). Tritt mangels letztwilliger Verfügung die gesetzliche Erbfolge ein und entstehen ausnahmsweise (z. B. auf Grund umfangreicher Schenkungen) dennoch Pflichtteilsansprüche, so sind diese sogar bereits mit dem Tod des Erblassers fällig (*Welser* in *Rummel*³ §§ 762 – 764 Rz 16). Nach **Abs. 1** soll der Pflichtteil nun generell mit dem Tod des Erblassers zu entrichten sein. Im Fall der Pflichtteilsdeckung nach § 761 Abs. 1 bedeutet dies, dass der Pflichtteilsberechtigte über die Zuwendung in diesem Zeitpunkt bereits frei verfügen können muss. Ist der Pflichtteil nicht auf diese Art und Weise gedeckt, so ist der dem Pflichtteilsberechtigten nach § 763 zustehende Anspruch auf den Geldpflichtteil ebenfalls mit dem Tod des Erblassers fällig.

Unmittelbar nach dem Tod kann der Schuldner allerdings noch keinen Überblick über den Nachlass und eine zweckmäßige Beschaffung der Mittel für die Erfüllung haben. Auch ist die Höhe des Pflichtteils erst durch Schätzungen und manchmal schwierige Berechnungen zu ermitteln. Die Entrichtung des Geldpflichtteils ist zu diesem frühen Zeitpunkt daher noch völlig unrealistisch. Der Zeitpunkt der Möglichkeit zur Geltendmachung des Geldpflichtteilsanspruchs ist daher später anzusetzen, Vorschlägen *Welsers* (Reform des Erbrechts, 118) folgend (vgl. auch schon *Kralik*, *Erbrecht*³ [1983] 315) ein Jahr nach dem Tod des Erblassers (bei einer Todeserklärung ein Jahr nach Rechtskraft des Beschlusses, mit dem der Todeszeitpunkt festgestellt wird).

Die bis dato bestehende systemwidrige „Quasi-Erbengemeinschaft“ zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten bis zur „wirklichen Zuteilung“ des Pflichtteils (die den Pflichtteilsberechtigten gewissermaßen an der Wertentwicklung der Verlassenschaft partizipieren lässt) soll zu Gunsten einer an die Fälligkeit anknüpfenden Verzugszinsenregelung aufgegeben werden. Im Ergebnis verfolgt der Gesetzesvorschlag damit das Konzept der sog. „reinen Stundung“, die nur die Möglichkeit der Geltendmachung, nicht aber die Fälligkeit hinausschiebt (vgl. *Dullinger* in *Apathy*, Schadenersatzrecht AT Rz 2/42). Dem Pflichtteilsberechtigten stehen nach § 778 Abs. 2 des Entwurfs vom Fälligkeitstag an die gesetzlichen Zinsen im Sinn des § 1000 in Verbindung mit § 1333 Abs. 1 zu (vgl. so schon *Welser* in *Rummel*⁴ § 786 Rz 4). Dies wird für den Nachlass oder den Erben verkräftbar sein, da das dem Pflichtteilsberechtigten zustehende Vermögen Teil des Nachlasses bzw. des dem Erben eingeworteten Vermögens ist und damit auch Erträge erwirtschaftet werden können.

§ 765 Abs. 2 zweiter Satz kann nicht zum Tragen kommen, wenn der Pflichtteil dem Pflichtteilsberechtigten als Erbteil, Vermächtnis, Schenkung auf den Todesfall, Begünstigung aus einer

Privatstiftung oder als im Sinn des § 781 des Entwurfs anzurechnende Schenkung unter Lebenden zukommt. Für einen allfälligen Pflichtteilsergänzungsanspruch ist die Vorschrift dagegen anzuwenden.

Soweit die Pflichtteilsdeckung nicht in Geld, sondern insbesondere durch ein Vermächtnis oder eine Schenkung auf den Todesfall oder durch eine im Sinn des § 781 des Entwurfs anzurechnende Schenkung unter Lebenden erfolgt, kann der Pflichtteil nach **Abs. 2** – etwa in Gestalt eines Wohnrechtes bzw. eines Rentenvermächtnisses – auch „sukzessiv“ zukommen.

Bei Bemessung des Ergänzungsanspruchs im Fall der sukzessiven Pflichtteilsdeckung (Abs. 2 zweiter Satz) wird freilich zu prüfen sein, welchen Wert die Einräumung einer Zuwendung für den Pflichtteilsberechtigten hatte (in den Worten des § 766 des Entwurfs: inwieweit ihm der Pflichtteil tatsächlich „allmählich zukommen muss“). Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Zuwendung für den Pflichtteilsberechtigten auf Grund seiner persönlichen Umstände bei objektiver Betrachtung einen verwertbaren Vermögensfluss darstellt (vgl. *Umlauf*, Das zur Pflichtteilsdeckung geeignete Vermögen, in FS Woschnak [2010] 600), was etwa im Fall eines persönlichen Wohnungsgebrauchsrechts für einen in Australien lebenden Pflichtteilsberechtigten in Abrede zu stellen ist (so schon OGH 5 Ob 14/02y). Eine darüber hinausgehende „Zumutbarkeitsprüfung“ durch das Gericht (für diese *Umlauf*, Reform des Erbrechts, 17. ÖJT Band II/2 [2009], 179) soll aber nicht vorgesehen werden, weil dann immer im Einzelfall zu entscheiden wäre, ob die konkrete Form der Pflichtteilsdeckung zumutbar ist oder nicht. Das wäre wieder mit einem beträchtlichen Aufwand für die Gerichte und großer Rechtsunsicherheit auf Seiten der Bevölkerung verbunden (kritisch auch *B. Jud* in 17. ÖJT Band II/2 [2009], 186).

Zu § 766 ABGB:

In **Abs. 1** wird vorgeschlagen, dem Erblasser die Möglichkeit einer (reinen) Stundung oder Ratenzahlung einzuräumen. Der Erblasser kann aber die Möglichkeit zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs auf höchstens fünf Jahre nach seinem Tod hinausschieben und ihnen auch höchstens für diesen Zeitraum die Möglichkeit der Ratenzahlung einräumen.

Zeitlich (allenfalls) weitergehende Beschränkungen des Verfügungsrechts etwa bis zur Vollendung des 25. Lebensjahrs, sollten vom Erblasser nicht angeordnet werden können (so *Umlauf*, Reform des Erbrechts 180). Sie können aber indirekt im Wege der so genannten „sozinischen Klausel“ erfolgen (siehe dazu die Erläut. zu § 762). Will der jüngere Pflichtteilsberechtigte in solchen Fällen nämlich über seinen Anspruch gleich mit Erreichen der Volljährigkeit verfügen, so muss er auf die Mehrzuwendung verzichten. Dies mag Anreiz sein, damit bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres zu warten.

Nach **Abs. 2** kann das Gericht auf Verlangen des Pflichtteilsberechtigten die angeordnete Stundung einer Billigkeitsprüfung unterziehen und die Regelung entsprechend abändern oder aufheben. Für die Entscheidung sind die Interessen des Pflichtteilsschuldners, des Pflichtteilsberechtigten und der Wille des Erblassers maßgebend. Eine Stundung ist etwa dann für den Pflichtteilsberechtigten unbillig, wenn er den Pflichtteil zur Sicherung oder Bestreitung seiner Existenz oder jener seiner nächsten Angehörigen dringend benötigt. Auf der anderen Seite sind auch die Interessen des Schuldners und dessen finanziellen Verhältnisse angemessen zu berücksichtigen (§ 767 Abs. 1). Bei etwa gleicher Interessenslage des Pflichtteilsberechtigten und des Pflichtteilsschuldners soll der Wille des Erblassers ausschlaggebend sein.

Eine Abänderung der Stundungsanordnung kann etwa darin bestehen, die Dauer der Stundung zu verkürzen bzw. den gestundeten Betrag entsprechend zu vermindern, sodass ein Teil des Pflichtteils früher als angeordnet zu leisten ist. Eine weitere Änderung kann durch die Regelung einer angemessenen Verzinsung erfolgen (abweichend von § 778 Abs. 2).

Zu § 767 ABGB:

Allgemein wird gefordert, dass die – in Sondergesetzen (§ 14 WEG, vgl. auch § 12 f. AnerbG) bereits bestehende – Möglichkeit von Stundungen und Ratenzahlungen geschaffen werden sollte, um eine Vernichtung von Unternehmen oder anderer wirtschaftlicher Grundlagen des bzw. der Erben zu verhindern (siehe *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht [2006]; *Welser*, Reform des Erbrechts [2009] 112 und 115). Mit folgendem Regelungsvorschlag (der Anregungen beider Autoren aufgreift) soll diesem Anliegen entsprochen werden.

Der Zeitpunkt der Geltendmachung des Geldpflichtteilsanspruchs (§ 763) und auch des Pflichtteilsergänzungsanspruchs (§ 763) – ein Jahr nach dem Tod des Erblassers – kann auf Verlangen des Pflichtteilsschuldners durch das Gericht hinausgeschoben werden, „soweit ihn die Erfüllung nach Fälligkeit unter Berücksichtigung aller Umstände unbillig hart träfe“. Die Formulierung ist an die Vorschriften richterlicher Mäßigung der Haftung von mit der Obsorge betrauten Personen und Sachwaltern (§§ 228 und 277) angelehnt, die Stundung gründet also auf Billigkeitserwägungen, wobei die Situation des Pflichtteilsberechtigten mit jener des Verpflichteten abzuwägen ist. Beispielhafte Erwähnung finden in **Abs. 1** diejenigen Fälle, in denen der Erbe mangels ausreichenden anderen

Vermögens die im Nachlass befindliche Wohnung, die ihm zur Befriedigung seines dringenden Wohnbedürfnisses dient, oder ein Unternehmen, das seine wirtschaftliche Lebensgrundlage darstellt, veräußern müsste. Der Begriff „Unternehmen“ ist weit zu verstehen: Es könnte sich etwa auch um Gesellschaftsanteile handeln, die nicht bloß der Wertanlage dienen, sondern dem Erben einen Einfluss auf die Unternehmensführung sichern (vgl. *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht 15). Unbillig ist die Belastung des Pflichtteilsschuldners aber nur, wenn die Stundung dem Pflichtteilsberechtigten auf Grund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse zugemutet werden kann. Allenfalls kann die „unbillige Härte“ für den Schuldner auch durch eine bloß teilweise Stundung gemildert werden (arg. „soweit“). Der Geldpflichtteilsanspruch ist auch zu stunden, wenn ein Unternehmen bei sofortiger Erfüllung der Pflichtteilsansprüche in seinem Fortbestand erheblich gefährdet wäre. In jedem Fall sind auch die Interessen des Pflichtteilsberechtigten zu berücksichtigen, etwa seine angespannte, existenzbedrohende finanzielle Lage oder seine Unterhaltspflichten.

Das Gericht (zuständig ist jenes, bei dem auch der Pflichtteilsanspruch geltend zu machen ist) hat nach **Abs. 2** mangels einer anders lautenden Vereinbarung den Zeitpunkt der Geltendmachung bis zu einer Frist von höchstens fünf Jahren hinauszuschieben (zur Verlängerung der Frist siehe Abs. 3) oder die Zahlung in Teilbeträgen (die z. B. aus den Früchten des Nachlasses beglichen werden können) innerhalb dieses Zeitraums zu bewilligen. Eine Verzinsung des gestundeten Anspruchs ist dabei nicht festzusetzen, da ab Fälligkeit der gesetzliche Zinssatz zusteht (§§ 765 und 778 Abs. 2 zweiter Satz). Die Stundungsregelung ist an jene in § 14 Abs. 3 WEG angelehnt.

Abs. 3 regelt, dass unter besonderen Umständen – wenn die Erfüllung des Geldpflichtteilsanspruchs den Verpflichteten selbst nach fünf Jahren sehr hart treffen würde – das Gericht die Stundung des Anspruchs um höchstens weitere fünf Jahre anordnen kann. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Gericht – eine wesentliche Änderung der Umstände jeweils vorausgesetzt – mehrfach die Stundungsregelung verlängert (etwa zuerst um zwei Jahre, später um ein weiteres Jahr etc.). Der letzte Halbsatz stellt aber klar, dass die Fälligkeit insgesamt nicht um mehr als zehn Jahre hinausgeschoben werden kann.

Gegenüber Forderungen von Vermächtnisnehmern, die nicht pflichtteilsberechtigt sind, soll es dagegen keinen Schutz geben. Personen, seien sie pflichtteilsberechtigt oder nicht, die vom Erblasser zu dessen Lebzeiten etwa ein Unternehmen geschenkt bekommen haben und nun allenfalls nach § 789 des Entwurfs zur Herausgabe verpflichtet sind, sollen nach § 790 Abs. 2 des Entwurfs die Stundung verlangen können.

Zu § 768 ABGB:

Wird das Gericht zur Regelung der Stundung angerufen oder wurde die Stundung letztwillig angeordnet, so kann das Gericht dem Erben auf Antrag des Pflichtteilsberechtigten eine Sicherheitsleistung auferlegen, damit der Pflichtteilsberechtigte nicht ganz oder zum Teil um seine Forderung gebracht wird. Kann die Sicherheitsleistung nicht erbracht werden, sollte auch die Stundung unzulässig sein (*Welser*, Reform des Erbrechts 116).

Ändern sich die Umstände, die zur Stundungsregelung geführt haben, so kann das Gericht auf Antrag des Pflichtteilsberechtigten oder des Erben die Stundungsregelung anpassen. Entfällt der Stundungszweck ganz oder zum Teil, weil etwa der Erbe vor Ablauf der Frist durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden über die Wohnung, das Unternehmen bzw. das sonstige in Abs. 2 privilegierte Wirtschaftsgut rechtsgeschäftlich verfügt, so kann der Pflichtteilsberechtigte – der vom Erben unverzüglich zu informieren ist – nach Maßgabe der Umstände des Falles berechtigt sein, den gesamten noch offenen Pflichtteilsanspruch sofort geltend zu machen. Diese Bestimmung folgt insofern im Wesentlichen dem in § 12 Abs. 1 AnerbenG enthaltenen Vorbild. Im Hinblick darauf, dass eine Stundung vielfach nur angeordnet werden wird, wenn eine Sicherstellung geleistet wird, muss eine Terminverlustregelung nicht vorgesehen werden. Umgekehrt können sich auch die Umstände auf Seiten des Pflichtteilsberechtigten insoweit ändern, sodass die Stundung aufgehoben oder geändert werden kann. Über eine derartige Änderung hat der Berechtigte den Verpflichteten zu informieren.

Zu § 769 ABGB:

Den Bestimmungen über die Enterbung soll zur besseren Verständlichkeit eine allgemeine Definition der Enterbung vorangestellt werden (vgl. *Welser in Rummel*⁴ Vor § 768 Rz 1). Die Entziehung des Pflichtteils schließt nach § 729 Abs. 2 die Entziehung des gesetzlichen Erbrechts, die – für sich genommen – nicht an die Voraussetzungen der §§ 770 ff. des Entwurfs gebunden ist, im Zweifel mit ein.

Zu § 770 ABGB:

In den §§ 770 und 771 des Entwurfs sollen die Enterbungsgründe abschließend – ohne Verweis auf Erbunwürdigkeitsgründe – geregelt sein.

§ 770 des Entwurfs enthält die allgemeinen Enterbungsgründe. In **Z 1** ist nunmehr der Erbunwürdigkeitsgrund des § 539 des Entwurfs enthalten.

In **Z 2** ist der Erbunwürdigkeitsgrund des § 541 Z 1 des Entwurfs mit einem erweiterten Angehörigenbegriff vorgesehen.

Z 3 entspricht dem Erbunwürdigkeitsgrund des § 540 des Entwurfs und stellt ebenfalls auf die Vorsatzform der Absicht ab (vgl. RIS-Justiz RS0112469, RS0012273 u.a.). Die bisher im Gesetz enthaltenen Beispiele für die Vereitelung des letzten Willens („... etwa den Erblasser zur Erklärung des letzten Willens gezwungen, oder betrügerischer Weise verleitet, an der Erklärung, oder Abänderung des letzten Willens gehindert, oder einen von diesem bereits errichteten letzten Willen unterdrückt hat ...“) kann zu Gunsten eines Verweises auf § 540 des Entwurfs entfallen. Als Enterbungsgründe sind die Erbunwürdigkeitsgründe nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen des § 773 Abs. 2 des Entwurfs einer Verzeihung zugänglich, weshalb ihre Doppelfunktion weiterhin gerechtfertigt ist. Die zu den Erbunwürdigkeitsgründen vorgeschlagenen Änderungen werden auch an dieser Stelle übernommen (siehe dazu näher die Erläuterungen bei §§ 540 und 541 des Entwurfs).

Z 4 entspricht dem § 541 Z 2 des Entwurfs, der den Tatbestand des bisherigen § 768 Z 2 miteinschließt, sofern mit dem hilflos Lassen im Notstand ein schweres seelisches Leid verbunden ist.

Z 5 enthält für Eltern und Kinder auf der einen Seite und Ehegatten (eingetragene Partner) auf der anderen Seite einen besonderen, an die jeweiligen familiären Pflichten anknüpfenden Enterbungsgrund. Die Bestimmung entspricht dabei dem Erbunwürdigkeitsgrund des § 541 Z 3 des Entwurfs (auf den bislang mit dem bisherigen § 770 verwiesen wurde) – wobei es nicht auf eine besonders gröbliche Vernachlässigung der Pflichten ankommt – und dem bisherigen § 769 zweite Variante.

Der im bisherigen § 768 Z 4 vorgesehene Tatbestand „der beharrlichen Führung einer gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößigen Lebensart“ ist nicht mehr zeitgemäß und soll daher entfallen (*Welser*, Reform des Erbrechts 29).

Zu § 771 ABGB:

Diese Bestimmung soll eine Überschrift erhalten, sprachlich angepasst und im Anschluss an die anderen Enterbungsgründe angeführt werden.

Zu § 772 ABGB:

Abs. 1 normiert nunmehr ausdrücklich die Formfreiheit der Enterbungsanordnung, was bislang insbesondere aus den bisherigen §§ 771 und § 782 abgeleitet wurde. Die im bisherigen § 771 ebenfalls behandelte Beweislastfrage soll in § 774 des Entwurfs geregelt sein.

Nach **Abs. 2** soll es – in Weiterentwicklung des geltenden Rechts (vgl. *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 390 f.) – für eine wirksame Enterbung nicht mehr genügen, dass irgendein Tatbestand eines Enterbungsgrundes erfüllt ist. Vielmehr muss der Enterbungsgrund für die Enterbung durch den Erblasser ursächlich gewesen sein (vgl. *Kralik*, Erbrecht 284) und zum Zeitpunkt der Enterbung bereits vorliegen (vgl. *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 768 Rz 6).

Zu § 773 ABGB:

Der bisherige § 772 soll mit **Abs. 1** zum einen sprachlich etwas moderner gefasst werden. Zum anderen soll im Sinn der herrschenden Meinung (vgl. etwa *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 772 Rz 2) deutlicher hervorgehoben werden, dass der Widerruf auch stillschweigend erfolgen kann und zwar durch nachträgliche Bedenkung des vorher Enterbten oder durch Widerruf der letztwilligen Verfügung, die die Enterbung anordnet.

Darüber hinaus soll mit **Abs. 2** eine Verzeihung die Enterbung unwirksam machen, sofern der Erblasser nicht mehr testierfähig und daher seine letztwillige Verfügung nicht widerrufen kann. Die Verzeihung setzt somit ein gemindertes Maß an Einsichts- und Urteilsfähigkeit voraus als die Testierfähigkeit. Ähnlich wie beim Widerruf einer Patientenverfügung (§ 10 Abs. 2 PatVG) oder dem Widerspruch gegen die Vertretungsbefugnis eines nächsten Angehörigen (§ 284d Abs. 2) soll ein „natürlicher“ Wille zu beachten sein. Aus dem Verhalten des Erblassers soll aber zweifelsfrei hervorgehen, dass seine frühere Entscheidung, eine Person zu enterben, überholt ist. Zu denken ist etwa daran, dass sich im Zuge der Pflege des Erblassers durch die enterbte Person eine Beziehung zwischen den beiden entwickelt, die (nunmehr) von Vertrauen und Zuneigung geprägt ist. In diesem Fall wäre die Aufrechterhaltung der Enterbung, die nicht mehr widerrufen werden kann, unbillig.

Zu den §§ 774 und 775 ABGB:

Diese Bestimmungen fassen die in den bisherigen §§ 771 und 775 bis 782 enthaltenen besonderen Beweislastregeln zusammen. § 774 Abs. 2 und § 775 des Entwurfs enthalten gesetzliche Tatsachenvermutungen und damit Beweislastregeln, die zur Beweislastumkehr führen (vgl. *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² § 270 ZPO Rz 2). Der Gegner des Begünstigten muss den Beweis des Gegenteils,

also einen Hauptbeweis erbringen, der darauf gerichtet ist, dass trotz Vorliegens der Vermutungsbasis die vermutete Tatsache nicht eingetreten ist (vgl. *Fasching*, Lehrbuch² Rz 867).

Zu § 774 ABGB:

Abs. 1 nimmt den Regelungsgehalt des bisherigen § 771 auf.

Abs. 2 entspricht weitgehend dem bisherigen § 782. Ergänzend wird aber klargestellt, dass die Vermutung, dass der Erblasser den mit Stillschweigen übergangenen Pflichtteilsberechtigten enterben wollte, nur dann gültig ist, wenn die letztwillige Verfügung – aus der sich die Enterbung ergeben soll – errichtet wurde, nachdem der Enterbungsgrund gesetzt worden ist.

Zu § 775 ABGB:

Abs. 1 ist die gesetzliche Vermutung zu entnehmen, dass ein irrtümlich enterbter Pflichtteilsberechtigter im Zweifel vom Erblasser nicht mit einem Erbteil ausgestattet werden sollte. Der Pflichtteilsberechtigte muss sich vielmehr mit dem Pflichtteil begnügen. Durch diese Vermutungsregel wird ihm aber immerhin die Anfechtung des Testaments wegen Irrtums erspart. Damit soll dieselbe Rechtslage hergestellt werden, die der bisherige § 775 vorsieht. Durch die Neuformulierung in Abs. 3 soll darüber hinaus aber auch der Regelungsgehalt des bisherigen § 781 erfasst sein, wonach Ehegatten, eingetragene Partner und Eltern, die im Testament nicht erwähnt werden, im Zweifel nur den Pflichtteil verlangen können, selbst wenn der Erblasser über ihre Existenz in Unkenntnis war.

Abs. 2 entspricht im Wesentlichen den bisherigen §§ 777 und 778. Allerdings sollen die hier zugunsten dem Erblasser unbekannter Kinder vorgesehenen gesetzlichen Vermutungsregeln nur dann zur Anwendung kommen, wenn dieser bis zu seinem Ableben nichts von ihnen wusste. Erfährt er zu Lebzeiten, dass er ein (weiteres) Kind hat, so muss angenommen werden, dass er ein davor errichtetes Testament abgeändert hätte, wenn ihm dies ein Anliegen gewesen wäre. Wenn auch die allgemeine Lebenserfahrung unter diesen Umständen die Vermutung nicht nahe legt, er hätte das Kind bedenken wollen, so bleibt es diesem freilich unbenommen, das Testament wegen Motivirrtums anzufechten.

Nach § 729 Abs. 3 des Entwurfs erben die Nachkommen der enterbten Person bei gesetzlicher Erbfolge an deren Stelle, auch wenn diese den Erblasser überlebt hat, was dem Regelungsgehalt des bisherigen § 779 Abs. 1 nahekommt. Der bisherige § 779 Abs. 2, wonach Nachkommen eines vorverstorbenen Pflichtteilsberechtigten, dessen Pflichtteil gemindert worden ist, nur den geminderten Pflichtteil verlangen können, findet sich – allerdings abgeändert – in § 758 Abs. 2 des Entwurfs wieder. In § 758 Abs. 2 des Entwurfs ist außerdem in Anlehnung an den bisherigen § 780 geregelt, dass den Nachkommen einer im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bereits verstorbenen oder enterbten abstrakt pflichtteilsberechtigten Person ein Pflichtteil zusteht, wenn sie ihrerseits die Voraussetzungen des § 758 Abs. 1 des Entwurfs erfüllen. Damit können die bisherigen §§ 779 und 780 entfallen.

Auf die im bisherigen § 776 geregelte Konstellation der stillschweigenden Übergehung eines Kindes findet § 775 Abs. 1 (bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes ist dem Kind der Pflichtteil entzogen) oder Abs. 2 des Entwurfs (liegt kein Enterbungsgrund vor, so steht dem Kind der Pflichtteil zu) Anwendung. Eine eigene Bestimmung erübrigt sich hier.

Zum Entfall der bisherigen §§ 775 bis 783:

Diese Bestimmungen sind überwiegend in § 775 des Entwurfs enthalten, so sie nicht – ausnahmsweise – überholt sind und daher entfallen konnten (siehe die Erläuterungen zu § 775).

Zu § 776 ABGB:

Im Vergleich zum bisherigen § 773a werden folgende Neuerungen vorgeschlagen:

Voraussetzung für die Pflichtteilsminderung ist nach bisherigem Recht, dass zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten niemals ein „Naheverhältnis“ bestanden hat, wie es zwischen solchen Verwandten üblich wäre. Diese Reduktionsmöglichkeit – die mit dem ErbRÄG 1989 eingeführt wurde, in dem auch die Gleichstellung unehelicher Kinder mit ehelichen hinsichtlich des Erbrechts nach ihrem Vater erfolgte – erscheint heute zu restriktiv. Sie soll nach **Abs. 1** dem Erblasser – Vorschlägen aus der Lehre folgend (siehe insbesondere *Schauer*, NZ 2001, 75; *B. Jud* in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer*, ABGB 2011, 246 f und *Welser* in FS Hopf [2007] 251 f) – auch dann eingeräumt werden, wenn das gemeinsame Familienleben bereits seit längerer Zeit vor dem Tod des Erblassers geendet hat. Im Allgemeinen wird eine solche nachhaltige die Pflichtteilsminderung rechtfertigende Entfremdung gegeben sein, wenn zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigten seit wenigstens einem Jahrzehnt kein Kontakt mehr bestanden hat, wie er zwischen solchen Angehörigen üblich ist. Ein bloßes „Gefühl der Entfremdung“ reicht nicht aus, vielmehr ist für den Ausschluss eines „Naheverhältnisses“ zwischen den beiden weiterhin darauf abzustellen, ob sie ein Mindestmaß an menschlichem Kontakt (vgl. *Welser* in *Rummel*⁴ § 773a Rz 2) hatten. Dieses ist auch bei Familien zu

fordern, die durch eine Scheidung bzw. Trennung der Eltern „auseinander gerissen“ wurden. Im Zeitpunkt des Todes des Erblassers muss diese Form des Naheverhältnisses für den längeren Zeitraum beendet gewesen sein. Im Sinn des § 772 Abs. 2 des Entwurfs muss bereits bei Anordnung der Pflichtteils minderung eine Entfremdung zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigtem eingetreten gewesen sein. Die Pflichtteils minderung kann unter den erwähnten Voraussetzungen auch gegenüber einem Ehegatten oder eingetragenen Partner angeordnet werden.

Die Erweiterung der Möglichkeit zur Pflichtteils minderung bringt die Notwendigkeit mit sich, das in **Abs. 2** enthaltene „Korrektiv“ anzupassen. Da es nämlich dann vermehrt auf das Verhältnis zwischen erwachsenen Personen ankommt, kann nicht mehr ausschließlich darauf abgestellt werden, ob der Erblasser des Pflichtteilsberechtigten „Recht auf persönlichen Verkehr“ verletzt hat, das wohl auf minderjährige Kinder zugeschnitten ist (*Welser*, Reform des Erbrechts, 114; *Hawel*, EF-Z 2012, 59; vgl. OGH 4 Ob 98/11g iFamZ 2012/33). Vorgeschlagen wird, dass allgemein nicht mehr auf das vom Erblasser grundlos abgelehnte Recht „auf persönliche Kontakte“ mit dem Pflichtteilsberechtigten abgestellt wird. Vielmehr soll das Recht auf Pflichtteils minderung dann nicht zustehen, wenn der Erblasser den Kontakt grundlos gemieden oder er berechtigten Anlass für den fehlenden Kontakt gegeben hat. Entscheidend ist, warum die Kontakte nicht stattgefunden haben und wessen Verhalten letztlich dafür ursächlich war.

Nach **Abs. 3** muss der Erblasser den Willen haben, den Pflichtteil des Pflichtteilsberechtigten zu diesem zu mindern; dieser kann explizit geäußert werden, er kann aber auch durch schlichte Übergang in der letztwilligen Verfügung zum Ausdruck kommen (damit soll eine zum bisherigen Recht bestehende Streitfrage gelöst werden: vgl. *Hawel*, EF-Z 2012, 59 FN 52). Darüber hinaus soll es objektiv auf das Verhältnis zwischen dem Erblasser und dem Pflichtteilsberechtigten während des längeren Zeitraums (rund 10 Jahre) vor dem Tod des Erblassers ankommen.

Etwa von *Welser* (Reform des Erbrechts 114 f) geäußerten Bedenken, wonach das Pflichtteilsrecht hauptsächlich auf Familie und Verwandtschaft beruht und nicht so sehr auf dem Vorliegen einer „Verantwortungsgemeinschaft“, sollte ausreichend dadurch Rechnung getragen werden, dass der Pflichtteil bei bloßem Fehlen eines Naheverhältnisses ja nicht zur Gänze entzogen, sondern nur um die Hälfte gemindert werden kann.

Zu § 777 ABGB:

Der bisherige § 795 soll nur systematisch und sprachlich angepasst werden. Inhaltlich ergeben sich dadurch keine Änderungen.

Zu § 778 ABGB:

Abs. 1, der zum Teil den Regelungsinhalt des bisherigen § 784 übernimmt, soll auf den im materiellen Recht notwendigen Regelungsgehalt reduziert werden. § 165 AußStrG regelt die Errichtung des Inventars; in dessen Abs. 1 Z 6 wird der „berechtigten Person“ die Möglichkeit eingeräumt, die Inventarisierung zu beantragen. Wer berechtigt ist, ergibt sich aus dem materiellen Recht. In diesem Sinn ist in § 778 des Entwurfs den Pflichtteilsberechtigten dieses Recht einzuräumen. Ansonsten ist es Sache des AußStrG, nähere Vorschriften über die Vorgangsweise bei der Schätzung des Nachlasses vorzusehen. Der letzte Satz des bisherigen § 784 soll Gegenstand des – allfällige Abzugsposten vom reinen Nachlass regelnden – § 779 des Entwurfs sein.

Ehegüterrechtliche Erwägungen, wie sie etwa bei der Ehescheidung eine Rolle spielen, sollen weiterhin außer Betracht bleiben.

Zu **Abs. 2**: Auch nach bisherigem Recht ist der Nachlasspflichtteil nach dem Wert des Nachlasses am Todestag des Erblassers zu berechnen. Da aber die Verlassenschaft nach dem bisherigen § 786 zweiter Satz bis zur „wirklichen Zuteilung“ als ein den „Haupt- und Pflichtteilsberechtigten verhältnismäßig gemeinschaftliches Gut“ anzusehen ist, nehmen die Pflichtteilsberechtigten bis dahin an deren wirtschaftlicher Entwicklung teil. Im Ergebnis bestimmt sich die Höhe des Pflichtteils daher nach bisherigem Recht nach dem Wert der Verlassenschaft zum Zeitpunkt der Zuteilung (RIS-Justiz RS0012933; vgl. etwa 6 Ob 109/03b NZ 2004, 147; *Apathy* in KBB⁴ § 786 ABGB Rz 2).

Die Annahme und Konstruktion einer „Rechtsgemeinschaft“ zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten bis zur „wirklichen Zuteilung“ des Pflichtteils ist systemwidrig, da Pflichtteilsberechtigten bloß einen Geldanspruch gegen die Erben haben (*Welser*, NZ 1994, 269). Diese „Rechtsgemeinschaft“ soll nun zugunsten einer an den Todestag als Fälligkeitszeitpunkt (§ 765 zweiter Satz erster Halbsatz des Entwurfs) – anknüpfenden Zinsenregelung aufgegeben werden. Der Pflichtteil ist als Summe von dem für den Todeszeitpunkt ermittelten Gesamtwert des Nachlasses zuzüglich der gesetzlichen Verzugszinsen von 4 % festzustellen. Dadurch partizipiert der Pflichtteilsberechtigte bis zur erst ein Jahr nach dem Tod

des Erblassers möglichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs (§ 765 Abs. 2 zweiter Satz des Entwurfs) an der Wertentwicklung der Verlassenschaft seit dem Erbfall.

Zu § 779 ABGB:

Der Pflichtteil ist vom „reinen Nachlass“ zu entrichten, sodass alle auf dem Nachlass ruhenden Verpflichtungen abzuziehen sind. Für die Beurteilung, welche Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sind, kann als Richtschnur gelten, dass alle Lasten abzuziehen sind, welche den Pflichtteilsberechtigten – als gesetzlichen Erben – auch dann getroffen hätten, wenn der Erblasser ohne Hinterlassung einer letztwilligen Anordnung gestorben wäre (*Weiß in Klang III*²903). Bei der Berechnung des Pflichtteils sind von den Aktiva einerseits die „Erblasserschulden“, also, in den Worten des (insoweit unveränderten) Gesetzes, Belastungen, abzuziehen, die „schon bei Lebzeiten des Erblassers auf dem Vermögen hafteten“, andererseits die so genannten „Erbgangsschulden“ (auch „Erbfallschulden“ genannt), also diejenige Belastungen, die unmittelbar mit dem Erbfall zusammenhängen. Im Sinn der Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre (RIS-Justiz RS0012217; OGH 9 Ob 57/07h; *Welser*, JBl 1993, 573 f; *Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ § 784 Rz 8, § 801 Rz 2; *Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 784 Rz 2) soll hier aber auch klargestellt werden, dass solche nach dem Erbfall und vor der Einantwortung entstanden und mit der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses verbundenen Kosten von vornherein zu den Passiva gehören, die nicht bloß die Berechnungsbasis als Verlust im Sinn des bisherigen § 786 zweiter Satz mindern. Zu diesen Lasten zählen vor allem die Begräbniskosten (§ 549 des Entwurfs), die mit der Verlassenschaftsabhandlung verbundenen Gebühren, die Kosten eines Verlassenschaftskurators oder eines von diesem beauftragten Rechtsvertreters, die Gebühren für die Nachlassverwaltung und die Prozesskosten für einen vom Nachlass geführten Prozess.

Mit **Abs. 2** wird vorgeschlagen, die Regel, wonach aus dem letzten Willen entspringende Lasten nicht abgezogen werden, auf Grund ihres engen inhaltlichen Zusammenhangs mit den anderen Lasten aus dem bisherigen § 786 vorzuziehen. Für Schenkungen auf den Todesfall ist nunmehr (vgl. schon OGH 7 Ob 2373/96p) klargestellt, dass auch sie als Nachlassaktiva anzusetzen sind.

Zu § 780 ABGB:

Alles, was die Pflichtteilsberechtigten als Erbteil, Vermächtnis, Schenkung auf den Todesfall oder als Begünstigte aus einer Privatstiftung erhalten, ist bei der Bestimmung ihres Pflichtteils in Rechnung zu bringen (ähnlich der bisherige § 787 Abs. 1). Der rechnerische Abzug der Zuwendungen, die einem Pflichtteilsberechtigten anlässlich des Todes des Erblassers aus dessen Vermögen zukommen (also nicht die Schenkung unter Lebenden), soll – Vorschlägen aus der Lehre folgend (*Umlauf*, Reform des Erbrechts [2009] 153; *derselbe*, iFamZ 2011, 284; *Eccher*, Erbrecht⁵ Rz 7/13) – als „Einrechnung“ bezeichnet werden.

Entgegen einem Teil der Lehre (*Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ § 774 Rz 2; *Samek*, Pflichtteilsrecht [2004] 42 f.; *Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 354 f) muss der Pflichtteilsberechtigte nicht über die Zuwendung oder über ihren Substanzwert frei verfügen können, damit die Zuwendung zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist. Der Rechtsprechung (OGH 6 Ob 189/98g) und Teilen der Lehre (*Apathy in KBB*⁴ § 774 Rz 2; *Giller in Gruber et al.*, Erbrecht und Vermögensnachfolge 540 f sowie *Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 774 Rz 2) folgend soll es vielmehr genügen, dass der Pflichtteilsberechtigte bloß wertmäßig so viel Vermögen erhält, wie es seinem Pflichtteil entspricht.

Ist eine Zuwendung für den Pflichtteilsberechtigten allerdings nicht verwertbar, so hast dieser Umstand in die Bewertung – die zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu erfolgen hat – einzufließen. Zu denken ist etwa an ein Vermächtnis der Unterbeteiligung, an vinkulierte Gesellschaftsanteile von Unternehmen oder ein persönliches Wohnrecht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass nicht sofort „versilberbare“ Zuwendungen mit dem ihnen inwohnenden Wert zur Pflichtteilsdeckung beitragen.

Vom Pflichtteil abzuziehen sind zudem jene letztwilligen Zuwendungen des Erblassers, welche, obwohl sie zur Pflichtteilsdeckung ungeeignet sind, vom Pflichtteilsberechtigten dennoch angenommen werden.

Zu § 781 ABGB:

Von der „Einrechnung“, die Zuwendungen von Todes wegen erfasst, sind die „Hinzurechnung“ und die „Anrechnung“ zu unterscheiden, die bei Zuwendungen zu Lebzeiten des Erblassers zur Anwendung kommen sollen. Auch hier folgt der Gesetzesvorschlag *Umlauf*s Empfehlungen (Reform des Erbrechts 153; *derselbe*, iFamZ 2011, 285), da so jedenfalls begriffliche Klarheit herrscht. Demnach ist unter Hinzurechnung die rechnerische Addition des Werts der Schenkung zum Nachlass zu verstehen. Anrechnung bedeutet wiederum, dass die Schenkung von dem infolge Hinzurechnung der Schenkung zum Nachlass erhöhten Pflichtteil in Abzug zu bringen ist. Jede im zweipersonalen Verhältnis anzurechnende Schenkung (was voraussetzt, dass es sich um die Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten handelt) ist davor immer auch „hinzuzurechnen“. Daher wird – in Abweichung

von *Umlauf* (Reform des Erbrechts 154 f.; *derselbe*, iFamZ 2011, 285 f.) – vorgeschlagen, im Gesetzestext zunächst die Hinzurechnung und dann die Anrechnung zu regeln.

Die Hinzu- und Anrechnung einer Zuwendung des Erblassers kann im Allgemeinen nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Empfänger für diese keine Gegenleistung erbracht hat. Ausgangspunkt des Regelungskonzepts ist daher in **Abs. 1** die Schenkung gemäß §§ 938 ff.

In **Abs. 2** wird der Anwendungsbereich der §§ 781 ff. des Entwurfs ausgeweitet:

Nach **Z 1** soll – in Anlehnung an den bisherigen § 788 – die Ausstattung im zweipersonalen Verhältnis angerechnet werden. Dies gilt, trotzdem auf sie ein Rechtsanspruch besteht (§ 1220), weil sonst immer erhoben werden müsste, wie hoch das Einkommen des Erblassers im Zuwendungszeitpunkt war, um festzustellen, in welchem Ausmaß die anrechnungsfreie Ausstattung von der Zuwendung in Abzug zu bringen ist und also dadurch das Verlassenschaftsverfahren unnötig (Zuwendungen an Kinder werden in der Regel nicht so differenziert betrachtet) verkompliziert würde.

Wie nach dem bisherigen § 789 soll ein Vorschuss auf den Pflichtteil anzurechnen sein, und zwar auch dann, wenn der Erblasser und der Geschenknehmer dies nicht ausdrücklich vereinbart haben (**Z 2**).

Weiters soll nach **Z 3** auch die Abfindung für einen Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht erfasst sein, weil sie in der Regel dazu dient, dem Erb- bzw. Pflichtteilsrecht des Verzichtenden vorzeitig zu entsprechen und daher – jedenfalls bei erbrechtlicher Betrachtung – nicht als entgeltliches Geschäft aufgefasst werden kann (vgl. *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 301; *Umlauf*, Anrechnung [2001] 293 f.).

Schließlich gibt es auch unentgeltliche Vermögensverschiebungen, die nicht als „Schenkungen“ im technischen Sinn betrachtet werden und dennoch – bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise – den Zuwendungsempfänger einseitig begünstigen (**Z 5**). Dazu können etwa einseitig begünstigende Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen zählen (*Umlauf*, Reform des Erbrechts 139).

Aufgrund ihrer besonderen Bedeutung im Gesetzesvorschlag explizit erwähnt sind in **Z 4** die Vermögenswidmung an eine – in- oder ausländische – Stiftung, insbesondere an eine Privatstiftung, oder an eine vergleichbare Vermögensmasse (etwa an einen Trust), und die Einräumung der Stellung als Begünstigter einer vom Erblasser errichteten Stiftung oder vergleichbaren Vermögensmasse. Eine doppelte Berücksichtigung, einerseits als Schenkung an die Stiftung und andererseits als Einräumung der Begünstigtenstellung, die auch den Wert bisheriger und künftig zu erwartender Ausschüttungen an den Begünstigten umfasst, scheidet aber aus (*B. Jud* in FS Welser 380).

Vorbehaltlich anderer Vereinbarung zwischen Erblasser und beschenkter Person nicht hinzu- und anzurechnen sind nach **Abs. 3** Schenkungen, die der Erblasser früher als zehn Jahre vor seinem Tod gemacht hat. Diese Beschränkung der Hinzu- und Anrechnung erfolgt um der Rechtssicherheit willen. Es ist nicht leicht, sehr lange zurück liegenden Schenkungen nachzugehen. Die zehn Jahre vor einem – nicht allzu frühen – Tod erfolgenden Zuwendungen folgen in aller Regel bereits einem erblasserischen ordnenden Kalkül. Hier ist es – anders als bei Schenkungen, die schon lange zurück liegen und z. B. den Charakter einer „Starthilfe“ haben konnten – gerechtfertigt, eine Umgehung des Pflichtteilsrechts hintanzuhalten und einen gewissen gesetzgeberischen Ausgleich zum Tragen kommen zu lassen. Dabei soll es für den Beginn des Fristenlaufs in Anlehnung an die „Vermögensopfertheorie“ (*Welser*, Reform des Erbrechts 153 f.) darauf ankommen, wann der Erblasser das Vermögensopfer in Bezug auf die Zuwendung endgültig erbracht hat, der Schenkungsvertrag also ohne Widerrufsvorbehalt oder Nutzungsrecht des Zuwendenden in Bezug auf die zugewendete Sache erfüllt worden ist (*Umlauf*, Anrechnung 211 f.).

Bei Zuwendungen an eine Privatstiftung oder an den Begünstigten einer Privatstiftung beginnt diese Frist nicht zu laufen, solange der Erblasser Stifter der Privatstiftung bzw. er oder einer seiner abstrakt Pflichtteilsberechtigten zum Kreis der Begünstigten der Privatstiftung gehört, weil in diesem Fall das Vermögensopfer noch nicht endgültig erbracht worden ist (*Umlauf*, Reform des Erbrechts 144). Ausschüttungen einer Privatstiftung können außerdem dann unter Heranziehung der Zehn-Jahres-Frist anrechnungspflichtig sein, wenn die Ausschüttung der Umgehung des Pflichtteilsrechtes dient, weil die Stiftung nur zwischen den Geschenkgeber und den Pflichtteilsberechtigten zwischengeschaltet wird, um die kurze Frist auszunützen, wodurch Ansprüche anderer Pflichtteilsberechtigter beschränkt würden (vgl. 6 Ob 180/01s; *V. Hügel*, ZfS 2008, 108).

Zu § 782 ABGB:

Die Hinzurechnung, also die rechnerische Einbeziehung von Schenkungen unter Lebenden in die Pflichtteilsbemessungsgrundlage, damit also die Vergrößerung der Pflichtteile, sollen nur pflichtteilsberechtigten Nachkommen und der pflichtteilsberechtigten Ehegatte bzw. eingetragene Partner verlangen können. Die bloße Hinzurechnung, die im zweipersonalen Verhältnis zwischen Erblasser und Beschenktem – sei dies ausnahmsweise auch ein Pflichtteilsberechtigter – anrechnungsfrei bleibt, ist für

die Erben oder Vermächtnisnehmer von Nachteil, weil ihre „Portionen“ kleiner werden, zudem schränkt sie die Testierfreiheit ein. Wie nach bisherigen Recht (§ 785 Abs. 2) wird vorausgesetzt, dass der Erblasser die Schenkung zu einem Zeitpunkt gemacht hat, zu dem er entweder ein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte bzw. bereits mit dem konkreten Ehegatten verheiratet oder mit dem konkreten eingetragenen Partner verpartnert war und zu dem er daher mit Pflichtteilsansprüchen dieser Personen im Falle seines Ablebens rechnen musste.

Zu § 783 ABGB:

Die Anrechnung auf den Pflichtteil soll jeder, der zur Leistung des Pflichtteils verpflichtet ist, verlangen können. Dies sind einerseits die Erben und Vermächtnisnehmer, letztere aber nur, soweit sie gemäß § 764 Abs. 2 des Entwurfs zur Pflichtteilsanspruchserfüllung beizutragen haben oder vom Kürzungsrecht nach § 692 des Entwurfs betroffen sind. Andererseits soll auch jeder der übrigen Pflichtteilsberechtigten die Anrechnung begehren können, da es für ihn von Vorteil sein kann, wenn sich Pflichtteilsberechtigte weniger aus dem Nachlass befriedigen müssen. Die Wahrscheinlichkeit, den Pflichtteil zur Gänze aus dem Nachlass gedeckt zu erhalten, steigt damit nämlich und die Beschreitung des beschwerlicheren Weges der Schenkungsanfechtung nach § 789 des Entwurfs kann auf diese Weise vermieden werden (*Umlauf*, Reform des Erbrechts 135).

Wenn der die Hinzurechnung und Anrechnung verlangende Pflichtteilsberechtigte selbst auch Schenkungen erhalten hat, diese aber bei der Nachlassberechnung nicht angibt, so kann das normalerweise dadurch ausgeglichen werden, dass die anderen Pflichtteilsberechtigten ihrerseits die Hinzu- und Anrechnung dieser Zuwendung verlangen können. Problematisch wird dies, wenn die anderen Pflichtteilsberechtigten auf den Pflichtteil verzichtet haben. Müsste der die Hinzu- und Anrechnung verlangende Pflichtteilsberechtigte stets konkret pflichtteilsberechtigt sein, dann würde der die Hinzu- und Anrechnung Verlangende selbst einer Anrechnung entgehen und könnte unter Umständen trotzdem von den übrigen Beschenkten die Herausgabe nach § 789 verlangen. Um dem entgegen zu wirken, wird vorgeschlagen, dass auch ein Geschenknehmer, der im Zeitpunkt der Schenkung allgemein zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörte (§ 757) und dem deshalb kein Pflichtteil zukommt, weil er auf seinen Pflichtteil verzichtet hat, die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte verlangen kann.

Wie erwähnt, setzt die Anrechnung immer auch die Hinzurechnung voraus. Das heißt, dass bei Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte der Kreis jener, die die Hinzurechnung verlangen können, größer ist als bei Schenkungen an Dritte (§ 782 Abs. 1 des Entwurfs).

Wenn der Schenkungsempfänger durch Tod oder aus einem anderen Grund als Pflichtteilsberechtigter wegfällt und dies unmittelbar zum Entstehen des Pflichtteilsrechts (§ 758 Abs. 2 des Entwurfs) oder zur Erhöhung der Pflichtteilsquote einer anderen Person (§ 760 Abs. 2 des Entwurfs) führt, so geht die Anrechnungspflicht auf diese Person über. Dies soll durch die Wendung im letzten Satz „Person, die an deren Stelle tritt“ deutlich gemacht werden.

Zu § 784 ABGB:

In Anlehnung an den bisherigen § 785 Abs. 3 erster Satz sollen nach **Abs. 1** jene Zuwendungen weder hinzu- noch angerechnet werden, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung seines Stammvermögens gemacht hat. Das Gleiche soll für Zuwendungen gelten, die der Erblasser in Entsprechung einer sittlichen Pflicht, aus Rücksicht des Anstandes oder zu gemeinnützigen Zwecken gemacht hat.

Diese Zuwendungen sollen im zweipersonalen Verhältnis zwischen Erblasser und Geschenknehmer wie auch im Verhältnis zu den übrigen Pflichtteilsberechtigten nur hinzu- bzw. angerechnet werden, wenn dies zwischen dem Erblasser und dem Geschenknehmer vereinbart wird. Kleinere Schenkungen oder solche, die aus sittlicher Pflicht oder aus Gründen des Anstandes gemacht werden, werden von den Beteiligten nämlich üblicherweise nicht als Vorschuss auf den Pflichtteil angesehen. Der Erblasser soll hingegen nicht einseitig anordnen können, dass Zuwendungen ohne Schmälerung des Stammvermögens doch anrechnungspflichtig sind, und damit einseitig in den Pflichtteil eingreifen (*Umlauf*, Reform des Erbrechts 135).

Zu § 785 ABGB:

Nach dem hier vorgeschlagenen Konzept der Berücksichtigung von Zuwendungen bei der Pflichtteilsermittlung ist nicht mehr zwischen Vorempfang und Vorschuss einerseits und Schenkung andererseits zu unterscheiden. An dem Grundgedanken, dem Erblasser die Möglichkeit zu geben, Vermögensgüter unter Lebzeiten so zuzuwenden, dass sie auf den Pflichtteil nicht anzurechnen sind, wird aber festgehalten (*Umlauf*, Reform des Erbrechts 133 f). Der Erblasser soll daher weiterhin die Anrechnung von Schenkungen an einen Pflichtteilsberechtigten erlassen können. Eine solche

anrechnungsfreie Zuwendung soll aber dann auch nicht zu einer Pflichtteilerhöhung – und damit zu einer weiteren Begünstigung – dieses Pflichtteilsberechtigten führen. Dies ist gemeint, wenn in § 785 zweiter Satz davon die Rede ist, dass „in einem solchen Fall“ die von der Anrechnung befreite Zuwendung bei der Ermittlung des Pflichtteils des betreffenden Pflichtteilsberechtigten nicht hinzuzurechnen ist.

Zu § 786 ABGB:

Nach bisherigem Recht ist unklar, ob der Pflichtteilsberechtigte einen Auskunftsanspruch auch gegenüber dem Beschenkten hat. Dies soll nun – und zwar für alle, die nach §§ 781 f. des Entwurfs die Hinzurechnung von Schenkungen verlangen können – klargestellt werden.

Zu § 787 ABGB:

In Anlehnung an die Entscheidung JB 114 (OGH 5.2.1884 GIU 9872), der sich die herrschende Lehre angeschlossen hat (vgl. *Welser* in *Rummel*⁴ §§ 788, 789 Rz 5; *Eccher* in *Schwimmann/Kodek*⁴ §§ 788, 789 Rz 9; *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 410), soll die Durchführung der Anrechnung in der Form durchgeführt werden, dass zunächst die zu berücksichtigenden Zuwendungen rechnerisch dem Nachlass hinzuzuschlagen und davon die Werte der Pflichtteile zu ermitteln sind. In einem weiteren Schritt ist vom vergrößerten Pflichtteil des Geschenknehmers seine eigene im zweipersonalen Verhältnis anzurechnende Zuwendung in Abzug zu bringen.

Zu § 788 ABGB:

Nach der Bewertungsvorschrift des bisherigen § 794 sind unbewegliche Sachen nach dem Zeitpunkt des Empfangs, bewegliche Sachen nach dem Zeitpunkt des Erbanfalls zu bewerten. Diese Regelung führt nach einhelliger Meinung zu unbilligen Ergebnissen (siehe näher *Welser*, Reform des Erbrechts 144). Für die Bewertung von Bargeldzuwendungen lässt das bisherige Recht überhaupt jede Regelung vermissen. § 788 des Entwurfs soll daher umgestaltet werden.

Teilen der Lehre folgend (siehe *Schauer*, NZ 1998, 28) soll der Wert der zugewendeten Sache im Empfangszeitpunkt zu ermitteln sein. Dieser Wert soll sodann auf den Todeszeitpunkt anzupassen sein, und zwar nach dem von der Statistik Austria verlautbarten Verbraucherpreisindex. Dies gilt auch für einen zugewendeten Geldbetrag. Hingegen sollen alle anderen wertverändernden Umstände, die zwischen dem Zuwendungs- und dem Todeszeitpunkt eintreten (seien sie vom Zuwendungsempfänger zu vertreten oder nicht), wie etwa Änderungen der Flächenwidmung, eine verkehrsmäßige Erschließung von Liegenschaften, Schadensereignisse, die auch bei unterbliebener Zuwendung eingetreten wären, oder Preisänderungen infolge erhöhter oder gesunkener Nachfrage außer Betracht bleiben (für die Berücksichtigung letzterer *Umlauf*, Reform des Erbrechts 148). Durch diese Bewertungsmethode soll erreicht werden, dass die zu Lebzeiten vom Erblasser zugewendeten Werte möglichst gleichmäßig an die Verhältnisse im Zeitpunkt von dessen Tod herangeführt werden.

Zu den §§ 789 bis 792 ABGB:

Um den systematischen Zusammenhang besser herzustellen, sollen die bisherigen §§ 951 und 952 über die Herausgabe von Schenkungen im Anschluss an die Ermittlung des Pflichtteils geregelt werden.

Zu § 789 ABGB:

In **Abs. 1** ist zunächst – sozusagen als Grundregel – festgehalten, dass der Geschenknehmer vom Pflichtteilsberechtigten direkt belangt werden kann, wenn bei Bestimmung der Pflichtteile Schenkungen hinzugerechnet oder auch angerechnet werden, der Nachlass aber zur Deckung der Pflichtteile nicht ausreicht. Im Sinn der herrschenden Ansicht (siehe etwa OGH 8 Ob 608/88 JBl 1989, 377; *Welser* in *Rummel*⁴ § 785 Rz 31) soll nun in **Abs. 1** deutlicher als bisher zum Ausdruck kommen, dass der verkürzte Pflichtteilsberechtigte nicht nur im Falle von Geldschenkungen, sondern bei allen Schenkungen nicht auf Herausgabe des Geschenkes, sondern vielmehr auf Zahlung des Ausfalls am Pflichtteil zu klagen hat. Exekution kann der Pflichtteilsberechtigte aber nach **Abs. 3** grundsätzlich (siehe § 790) nur in die geschenkte Sache führen (Sachhaftung).

Nach **Abs. 1** letzter Halbsatz ist die Ausstattung (§ 1220) weiterhin (vgl. die bisherigen §§ 785 und 788) von der Herausgabepflicht ausgenommen sein, soweit der Empfänger auf die Ausstattung einen Rechtsanspruch hatte.

Da die zeitliche Reihenfolge von Schenkungen zu Lebzeiten oft zufällig ist, wird in **Abs. 2** vorgeschlagen, dass mehrere zur Herausgabe Verpflichtete verhältnismäßig nach dem Wert der empfangenen Geschenke haften (*Welser*, Reform des Erbrechts 142 f).

Zu § 790 ABGB:

Der Geschenknehmer haftet weiterhin für die Herausgabe, soweit die Zuwendung selbst oder deren Wert nicht mehr vorhanden ist und er diesen Vermögensverlust in „unredlicher Weise“ zugelassen hat. Im Sinn

des bisherigen § 952 soll es nach **Abs. 1** weiterhin auf die Unredlichkeit des Geschenknehmers ankommen. Unredlich ist ein Geschenknehmer etwa dann nicht, wenn er eine geschenkte Liegenschaft verkaufen muss, um mit dem Erlös aus dem Grundstück sein Unternehmen zu retten (vgl. *Umlauf*, Reform des Erbrechts 142). Im Anwendungsbereich des § 790 des Entwurfs ist eine Beschränkung auf die Exekution in die geschenkte Sache selbstverständlich nicht vorgesehen, weil sich diese ja nicht mehr im Besitz des Geschenknehmers befindet.

Der Gesetzesvorschlag sieht demgegenüber keine Haftung jenes Dritten vor, an den die geschenkte Sache weiterveräußert bzw. -geschenkt worden ist. *Umlauf* (Reform des Erbrechts 143) folgend ist in solchen Fällen mit dem allgemeinen Instrumentarium des Anfechtungsrechts das Auslangen zu finden. Auch ein Verkäufer, der gegen den Käufer für eine gelieferte Sache eine Kaufpreisforderung hat, ist auf dieses Instrument verwiesen, wenn der Käufer sein Vermögen zum Beispiel durch Schenkungen vermindert. Eine Privilegierung des Pflichtteilsberechtigten wäre insofern unsachlich, als dieser – anders als etwa der Verkäufer – keine Gegenleistung erbracht hat.

Ist eine Zuwendung an eine Privatstiftung erfolgt und wurde dieser Vermögenswert in der Folge Begünstigten zugewendet, was letztlich dazu führt, dass Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung geschmälert werden, dann können diese Gläubiger, und als solche auch die Pflichtteilsberechtigten, ihre Ansprüche nicht nur gegen den (§ 17 Abs. 2 zweiter Satz PSG verletzenden) Stiftungsvorstand geltend machen, sondern auch gegenüber dem insoweit Begünstigten, soweit sich dieser in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis eines Verstoßes gegen diese Zuwendungssperre befunden hat (*Arnold*, Privatstiftungsgesetz² § 17 Rz 68).

Abs. 2 sieht vor, dass §§ 766 bis 768 sinngemäß auf die Stundung des Herausgabeanspruchs anzuwendenden sind. Damit kann der Erblasser die Stundung des Herausgabeanspruchs anordnen oder der Geschenknehmer die Stundung verlangen. Schließlich ist die Schutzwürdigkeit bei der vorweggenommenen Erbfolge nicht geringer (vgl. BeckOK BGB/J. Mayer BGB § 2331a Rn 3).

Zur Aufhebung des bisherigen § 791 ABGB:

Siehe dazu die Erläuterungen zu § 753 des Entwurfs.

Zu § 791 ABGB:

Abs. 1 regelt die Herausgabepflicht für jene Geschenknehmer, die im Zeitpunkt der Schenkung im Sinn des § 757 des Entwurfs zum abstrakt pflichtteilsberechtigten Personenkreis nach dem Erblasser (Geschenkgeber) gehören. Wendet der Erblasser diesen nächsten Angehörigen (*Kralik* spricht – in Erbrecht³ 303 f – von der „familia suspecta“) zu seinen Lebzeiten etwas unentgeltlich zu, so soll ihm klar sein, dass er dadurch nicht die Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigen kann und dass die Schenkung daher allenfalls wieder herauszugeben ist. Daher sind auch jene Personen von Abs. 1 nicht erfasst, die die Schenkung erhalten haben, bevor sie zum Kreis der abstrakt pflichtteilsberechtigten Personen gehörten, z. B. weil erst danach die Ehe begründet wurde. Von der Herausgabepflicht können freilich von vornherein nur jene Schenkungen erfasst sein, die nach den §§ 781 bis 785 des Entwurfs hinzuzurechnen sind. Schenkungen, die der Erblasser früher als zehn Jahre vor seinem Tod gemacht hat, sind nach § 781 Abs. 3 des Entwurfs nicht hinzu- und anzurechnen und sind daher keinesfalls herauszugeben.

In Höhe des eigenen Pflichtteils ist der – hier konkret – Pflichtteilsberechtigte allerdings von der Herausgabe der Zuwendung befreit (**Abs. 2**). Damit wird – so überzeugend *Welser* (in FS *Kralik* [1986] 588 ff) – eine gewisse „Reziprozität“, also ein vermögensmäßiger Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten geschaffen.

Nach **Abs. 3** erster Satz soll der Herausgabepflichtige im Fall eines Pflichtteilsverzichts die Herausgabe der Zuwendung ablehnen können, soweit er einen hypothetischen Pflichtteilsanspruch hätte, wenn man den Verzicht wegdenkt. Es wäre nämlich unbillig, wenn eine Person, die für einen Verzicht eine Zuwendung erhalten hat, diese sodann wieder herausgeben müsste (siehe *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 418). Damit zwischen Zuwendung und hypothetischem Pflichtteil Reziprozität besteht, soll für die Höhe des hypothetischen Pflichtteils der Zeitpunkt des Verzichts relevant sein. Nach allgemeinen Beweisregeln ist für die Höhe des Pflichtteils der Verzichtende beweispflichtig.

Ist dem Pflichtteilsberechtigten die Anrechnung auf den Erbteil vom Erblasser erlassen worden, so ist die Schenkung nach Abs. 2 zweiter Satz bei der Ermittlung des (hypothetischen) Pflichtteils dennoch hinzuzurechnen, was dazu führt, dass sich der Pflichtteil erhöht und der Pflichtteilsberechtigte in noch größerem Ausmaß von der Herausgabepflicht befreit ist.

Um der Einfachheit der Regelung willen wurde vorerst von der gesetzlichen Regelung weiterer Fälle Abstand genommen, in denen die Geschenknehmer selbst dann von der Herausgabe der Schenkung befreit sind (in Höhe des fiktiven Pflichtteils), wenn ihnen kein Pflichtteilsanspruch zukommt. Die

Notwendigkeit weiterer Ausnahmen (in Ergänzung des Abs. 2) soll aber hier zur Diskussion gestellt werden (siehe dazu insbesondere *Umlauf*, Anrechnung 193 ff). Abs. 2 könnte dann etwa wie folgt lauten:

„Dies gilt auch, wenn dem Beschenkten kein Pflichtteilsanspruch zukommt, weil

1. er rechtmäßig enterbt worden oder erbunwürdig ist,
2. er vor dem Erblasser verstorben ist und daher statt ihm sein Rechtsnachfolger dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten haftet (Abs. 1)
3. sein die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnder Vorfahre noch lebt oder
4. er beim Tod des Erblassers nicht mehr zu den allgemein pflichtteilsberechtigten Personen gehört.

Bei der Ermittlung des (hypothetischen) Pflichtteils ist die Schenkung selbst dann hinzuzurechnen, wenn der Erblasser die Anrechnung auf den Pflichtteil erlassen hat.“

ad Z 1: Um Wertungswidersprüche zu § 948 zu vermeiden, muss dasselbe Recht, die Herausgabe der Zuwendung in Höhe des eigenen fiktiven Pflichtteils abzulehnen, auch einem Enterbten und einem Erbunwürdigen zugestanden werden. Will der Erblasser nämlich die Schenkung widerrufen (und die unbefristete Verpflichtung des Enterbten oder Erbunwürdigen zur Herausgabe käme dem gleich), soll er sich auf die Widerrufsgründe des § 948 beschränken müssen und nicht „über die Hintertür des § 789 des Entwurfs“ eine über § 948 hinausgehende Pönalisierung vornehmen können (so *Umlauf*, Reform des Erbrechts 141). Daher soll derjenige, dem kein Pflichtteil zukommt, weil er enterbt worden oder erbunwürdig ist, dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten nur insoweit haftet, als er infolge der Schenkung mehr als den ihm bei Berücksichtigung der hinzu- und anzurechnenden Schenkungen gebührenden hypothetischen Pflichtteil erhalten hat.

ad Z 2: Wenn ein Geschenknehmer stirbt, haften seine Rechtsnachfolger in gleicher Weise wie der Verstorbene. Sie sind zwar nicht selbst Geschenknehmer, sondern nur dessen Rechtsnachfolger; auf sie gehen aber alle Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers über und damit auch die Herausgabepflicht nach § 789 des Entwurfs (vgl. OGH 6 Ob 185/04f NZ 2005, 176; RIS-Justiz RS0038441; *Koziol/Welser* II13 559; *Müller*, NZ 2005, 77; *Umlauf*, Anrechnung 320 f). Sie können aber auch die Haftungsfreistellung in demselben Ausmaß geltend machen, wie dies für den verstorbenen pflichtteilsberechtigten Beschenkten möglich gewesen wäre (*Umlauf*, Anrechnung 320 f; *Koziol/Welser* II13 559; *Müller*, NZ 2005, 77).

ad Z 3: Auch das Enkelkind, dem der Erblasser zu Lebzeiten ein Geschenk gemacht hat, haftet zeitlich unbefristet, selbst wenn der die Verwandtschaft zum Geschenkgeber vermittelnde Vorfahre des Enkelkinds zum Schenkungszeitpunkt noch lebt. Lebt dieser Elternteil auch noch beim Tod des Erblassers (Geschenkgebers), so kommt dem beschenkten Enkelkind kein Pflichtteil zu. Um zu vermeiden, dass in solchen Fällen der Beschenkte unbefristet haftet, ohne – mangels konkreter Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Todes des Erblassers – anrechnungsberechtigt zu sein, ist hier ebenfalls auf den fiktiven Pflichtteil abzustellen, der dem Beschenkte zustünde, würde der die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnde Vorfahre nicht mehr leben.

ad Z 4: Diese „Waffengleichheit“ ist auch anzustreben, wenn der Geschenknehmer unbefristet herausgabepflichtig ist, aber beim Tod des Erblassers nicht mehr zu den allgemein pflichtteilsberechtigten Personen zählt, weil sein das Pflichtteilrecht begründendes Rechtsverhältnis (etwa Ehe oder Adoption) nach der Schenkung, aber vor dem Tod des Erblassers aufgelöst wurde.

Dem Repräsentations- bzw. Akkreszenzberechtigten steht die Haftungsfreistellung in Bezug auf die auf ihn übergegangene Pflichtteilsquote nach **Abs. 4** nur insoweit zu, als dieses Recht nicht vom Geschenknehmer selbst oder von seinem Erben konsumiert wurde bzw. wird. In Höhe seiner ursprünglichen Pflichtteilsquote behält der Anwachsungsberechtigte (ohne Berücksichtigung der durch die Anwachsung bewirkten Quotenerhöhung) seine Haftungsfreistellung.

Zu § 792 ABGB:

Ein Geschenknehmer, der im Schenkungszeitpunkt nicht zu den abstrakt pflichtteilsberechtigten Personen gehörte, soll – wie bisher – nur für die Herausgabe solcher Schenkungen haften, die innerhalb einer Frist von zwei Jahren vor dem Tod des Erblassers erfolgt sind. Dabei soll es für den Beginn des Fristenlaufs in Anlehnung an die „Vermögensopfertheorie“ (*Welser*, Reform des Erbrechts 153 f.) darauf ankommen, wann der Erblasser das Vermögensopfer in Bezug auf die Zuwendung endgültig erbracht hat, der Schenkungsvertrag also vorbehaltlos (also etwa ohne Widerrufsvorbehalt oder Nutzungsrecht des Zuwendenden in Bezug auf die zugewendete Sache) erfüllt worden ist (*Umlauf*, Anrechnung 211 f.).

Zur Aufhebung der bisherigen §§ 793 bis 796:

Der Inhalt der bisherigen §§ 793 bis 796 ist nunmehr in den §§ 755, 787, 777 und 747 des Entwurfs geregelt.

Zu § 797 ABGB:

Neben der Änderung der Überschriften des Fünfzehnten Hauptstücks und des § 797 des Entwurfs soll **Abs. 1**, der dem bisherigen § 797 entspricht, insbesondere sprachlich angepasst werden. Im Hinblick darauf, dass es nicht in allen Fällen zur Einantwortung kommt, soll die Einantwortung nur beispielhaft erwähnt werden.

In **Abs. 2**, der dem bisherigen § 798 entspricht, soll nur sprachlich modernisiert werden.

Zu 798 ABGB:

§ 798 des Entwurfs entspricht dem bisherigen § 798a. Zunächst soll eine Überschrift eingefügt werden. Darüber hinaus soll klargestellt werden, dass auch die nach § 153 Abs. 2 AußStrG vom Gericht im Rahmen des Verfahrens bei Unterbleiben der Abhandlung ausgestellte Ermächtigung, das Verlassenschaftsvermögen ganz oder zu bestimmten Teilen zu übernehmen, ein Titel zum Erwerb ist (vgl. *Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ § 798a Rz 3).

Zu §§ 799 und 800 ABGB:

Die Änderungen in der Überschrift des § 799 des Entwurfs und in den beiden Bestimmungen betreffen nur sprachliche Aspekte.

Zu §§ 801 und 802 ABGB:

Die Änderungen sind sprachlich bedingt.

Zu § 803 ABGB:

Hier soll entsprechend der herrschenden Lehre (vgl. *Welser in Rummel*⁴ § 803 Rz 1) klargestellt werden, dass letztwillige Anordnungen, die Erbschaft nur unbedingt antreten zu dürfen, oder wonach der Erbe bei Abgabe der bedingten Erbantrittserklärung oder bei Antragstellung auf Inventarisierung den Nachlass verliert, ungültig sind und als nicht beigelegt gelten. Das Gleiche soll für den unwirksamen Vorausverzicht auf das Recht des bedingten oder unbedingten Antritts oder der Ausschlagung der Erbschaft sowie auf die Errichtung eines Inventars gelten.

Zu § 804 ABGB:

Es werden nur sprachliche Änderungen vorgeschlagen.

Zu § 805 ABGB:

Die Erwähnung, dass der Antritt oder die Ausschlagung der Erbschaft davon abhängig ist, dass der Erbe seine Rechte selbst verwalten kann, ist selbstverständlich und soll gestrichen werden.

Zu § 806 ABGB:

Neben sprachlichen Änderungen soll ausdrücklich geregelt werden, dass auch die Ausschlagung der Erbschaft unwiderruflich ist (RIS-Justiz RS0013014).

Zu §§ 807 bis 809 ABGB:

Es erfolgen nur sprachliche Änderungen.

Zu § 811 ABGB:

Geregelt werden soll, dass es nicht Sache des Verlassenschaftsgerichts ist, die Nachlassverbindlichkeiten zu befriedigen und zu sichern, sondern dass dies dem jeweiligen Vertreter des ruhenden Nachlasses (etwa einem Verlassenschaftskurator, einem ausgewiesenen Erben oder einem Separationskurator) obliegt (RIS-Justiz RS0007631). Ansonsten sollen nur sprachliche Anpassungen erfolgen.

Zu § 812 ABGB:

Diese Bestimmung regelt die Nachlassabsonderung oder -separation. Der bisherige Text soll – sprachlich modernisiert – als **Abs. 1** gefasst werden. Mit **Abs. 2** soll die von der Lehre begrüßte Rechtsprechung gesetzlich kodifiziert werden, wonach die Absonderung durch eine angemessene Sicherheitsleistung des Erben abgewendet oder aufgehoben werden kann (RIS-Justiz RS0013109). **Abs. 3** legt fest, dass die Absonderung von Amts wegen oder auf Antrag auch dann aufzuheben ist, wenn sie zu Unrecht bewilligt wurde, ihre Voraussetzungen weggefallen sind oder die Separationsgläubiger ihre Ansprüche nicht ohne Verzug gehörig betreiben. Auch damit soll die herrschende Rechtsprechung kodifiziert werden (vgl. *Spruzina in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 812 Rz 25 mwN).

Zu §§ 813 bis 814 ABGB:

Der bisherige § 814 entspricht § 814 Abs. 1 des Entwurfs, der bisherige § 815 entspricht § 814 Abs. 2 des Entwurfs. Es erfolgen nur sprachliche Änderungen; es ist zeitgemäß, nicht von der „Einberufung“, sondern von der „Aufforderung“ der Gläubiger zu sprechen.

Zu § 815 ABGB:

Neu zu regeln ist die Abgeltung von Pflegeleistungen im Rahmen des Erbrechts. In der Lehre wird dies seit längerem gefordert. In Deutschland gibt es dazu eine entsprechende Regelung (§ 2057a BGB).

Auch wenn es sich dabei um schuldrechtliche Ansprüche handelt, die auch außerhalb des Erbrechts behandelt werden können (vgl. in diesem Sinn kritisch *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts 41), soll eine Regelung zur Berücksichtigung von Pflegeleistungen an den Erblasser vorgeschlagen werden. Damit soll der Missstand beseitigt werden, dass diese aufopfernden und umfangreichen Leistungen Angehöriger nicht selten unter den Tisch fallen. Oftmals werden aus einer Beistandspflicht heraus oder aus moralischen Gründen – im emotionalen aber auch monetären Sinn – wertvolle Pflegeleistungen an den Erblasser erbracht, deren Abgeltung aber nicht bedacht wurde. Nun soll im Zuge der Nachlassabhandlung diesen Leistungen Aufmerksamkeit geschenkt werden. Vielfach hängt es ja nur vom Zufall ab, ob diese schon zu Lebzeiten entgolten werden oder nicht. Begründen lässt sich eine eigene Regelung auch damit, dass es regelmäßig wohl auch im Interesse des Erblassers sein dürfte, die geleisteten Dienste abgegolten zu wissen. Die Berücksichtigung von Pflegeleistungen soll daher bis zur Einantwortung im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens im Verfahren außer Streitsachen erfolgen (vgl. § 174a AußStrG des Entwurfs), wofür § 815 des Entwurfs eine eigene Rechtsgrundlage bietet.

Dementsprechend sieht **Abs. 1** vor, dass Pflegeleistungen, die von einer Person aus dem Kreis der gesetzlichen Erben und ihrer nächsten Angehörigen (§ 284c) sowie vom Lebensgefährten des Erblassers dem Erblasser während der letzten drei Jahre vor dessen Tod erbracht wurden, zu honorieren sind. Dabei ist insbesondere auf Art, Umfang und Dauer der Leistungen sowie den Wert des Nachlasses zu achten. Damit wird ein Gleichklang mit § 10 Anerbengesetz erzielt, der eine ähnliche Interessenslage regelt. Es ist nicht notwendig, dass die Pflegeleistung höchstpersönlich erbracht wird, bloße Finanzierung von Drittkräften reicht aus. Die Leistungen müssen einer umfassenden Betreuung und Pflege entsprechen und über einen längeren Zeitraum, somit zumindest rund sechs Monate, erbracht werden (vgl. § 4 Abs. 1 BPGG). Nur punktuelle Pflege soll im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens nicht zu berücksichtigen sein.

Zum Kreis der gesetzlichen Erben zählt nicht der Bund, der keine Person im Sinn dieser Bestimmung ist. Haben andere Personen als die in Abs. 1 genannten die Pflegeleistungen erbracht, so bleibt ihnen – wie bisher – der streitige Rechtsweg offen.

Nach **Abs. 2** soll die Abgeltung nicht gebühren, wenn für die Leistungen ein angemessenes Entgelt gewährt oder wenn Abweichendes vereinbart wurde. Einerseits kann aus dem Nachlass somit ein Differenzbetrag zu zahlen sein, andererseits kann eine Vereinbarung über die Abgeltung der Dienste einen Anspruch nach der vorgeschlagenen Bestimmung ausschließen. Die Abgeltung steht nicht zu, soweit der Dienstleistende zur Abgeltung seiner Pflegeleistungen Zuwendungen aus dem letzten Willen, auf Grund eines Vertrags zugunsten Dritter oder von der öffentlichen Hand erhält. Ein (typisch bestehender) Bereicherungsanspruch soll den Anspruch nach § 815 nicht ausschließen. Zu berücksichtigen ist auch das vom Erblasser bezogene Pflegegeld, das als (fiktives) Eigeneinkommen des im Familienverband Pflegenden anzurechnen ist, soweit es nicht zur Abdeckung notwendiger Fremdleistungen in Anspruch genommen wird (siehe RIS-Justiz RS0123117). Pflegeleistungen, die aus einer Beistandspflicht geleistet wurden, sollen nur insoweit zu berücksichtigen sein, als sie über diese Pflicht hinausgehen. Der Anspruch soll jedenfalls gebühren, soweit dem Erblasser durch die Pflege die sonst unumgängliche Fremdpflege, etwa der Aufenthalt in einem Pflegeheim erspart geblieben ist (2 Ob 79/05i).

Abs. 3 bestimmt, dass zunächst über die Abgeltung möglichst eine Einigung zu erzielen ist. Ist das nicht möglich, soll das Verlassenschaftsgericht nach Billigkeit über Grund und Höhe zu entscheiden haben (vgl. § 174a AußStrG des Entwurfs). Dabei sollen insbesondere Art, Umfang und Dauer der Leistungen und der Wert des Nachlasses zu berücksichtigen sein (Abs. 1). Ziel soll ein angemessener Ausgleich zwischen den Interessen des Dienstleistenden einerseits und den Erben, Pflichtteilsberechtigten und Nachlassgläubigern andererseits sein. Sofern das Ausmaß der geleisteten Pflege oder der Pflegebedarf strittig ist, sollen zur Ermittlung der Höhe auch die nach § 174a AußStrG des Entwurfs eingeholten nötigen Informationen und Unterlagen für das vom Erblasser bezogene Pflegegeld von den zuständigen Trägern heranzuziehen sein. Auf diese Weise sollte sich der Pflegebedarf ermitteln und objektivieren lassen und in Verhältnis zum behaupteten Ausmaß der geleisteten Pflege gebracht werden. Die ermittelten Pflegeleistungen sollen anhand der fiktiven Kosten für eine professionelle Hilfskraft bewertet werden. Nicht gerechtfertigt ist eine zu weitgehende analoge Heranziehung von kollektiven Löhnen, wenn die Umstände eher ein familiäres als ein Arbeitsverhältnis nahelegen (RIS-Justiz RS0021828). Hier wird es sich nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls empfehlen, unter Berücksichtigung einer allfälligen Beistandspflicht die Höhe nach Billigkeit festzusetzen.

Abs. 4 soll insbesondere klarstellen, dass die Abgeltung neben einer Leistung aus dem Nachlass, insbesondere aus einem allfälligen Erb- oder Pflichtteil, zustehen soll, auch wenn dieser durch die vom Nachlass abzuziehende Abgeltung vermindert wird.

Es ist davon auszugehen, dass Ansprüche aus Pflegeleistungen als Ansprüche aus „zweckverfehlenden“ Arbeitsleistungen, die inhaltlich nach § 1152 zu beurteilen sind, nach neuerer Rechtsprechung der dreijährigen Verjährungsfrist nach § 1486 Z 5 unterliegen (RIS-Justiz RS0021868; OGH 6 Ob 76/12p). Sollte die geltend gemachte Forderung nicht im Verlassenschaftsverfahren berücksichtigt werden, so wird sie nach § 1497 innerhalb angemessener Frist selbstständig zu verfolgen sein (vgl. § 174a AußStrG des Entwurfs). Nur in diesem Fall wird eine gehörige Fortsetzung im Sinn des § 1497 anzunehmen sein (vgl. auch RIS-Justiz RS0034528).

Zu § 816 ABGB:

Diese Bestimmung regelt den Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers. Neben terminologischen Bereinigungen soll ausdrücklich auch die Überwachung, ob die Anordnungen des Erblassers eingehalten werden, erwähnt werden.

Zu § 817 ABGB:

Sofern kein Testamentsvollstrecker vorhanden ist, soll der Belastete nachweisen, das Testament und den Willen des Erblassers möglichst erfüllt oder Sicherstellung geleistet zu haben. Die Erwähnung der Pflicht, die Vermächtnisnehmer zu verständigen, kann entfallen, weil dies bereits § 176 AußStrG regelt.

Zum Entfall des bisherigen § 818 ABGB:

Der Verweis auf (allfällige) steuerrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Erbschaftserwerb kann entfallen.

Zu § 819 ABGB:

Diese Bestimmung soll sprachlich angepasst werden. Betont werden soll die konstitutive Wirkung der Einantwortung, die auch das bürgerliche Eintragungsprinzip durchbricht (RIS-Justiz RS0013002).

Zu § 820 ABGB:

Es erfolgen nur sprachliche Änderungen.

Zu § 821 ABGB:

Diese Bestimmung regelt die Haftung mehrerer Erben, wenn ein Inventar errichtet wurde. Im Wesentlichen sind die Änderungen nur sprachlich bedingt. Unterschieden werden soll ausdrücklich danach, ob die Schuld teilbar ist oder nicht. Im ersten Fall soll jeder Miterbe persönlich nur für jenen Teil einer Forderung haften, der seiner Erbquote entspricht. Dabei soll es nicht darauf ankommen, was den Erben tatsächlich zugekommen ist, sondern auf den vom Gesamtwert nach Erbquoten berechneten Betrag (vgl. *Sailer* in KBB⁴ § 821 Rz 3; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*⁴ § 821 Rz 4). Im zweiten Fall (unteilbare Schuld) sollen die Erben trotz Inventarisierung solidarisch haften, insgesamt jedoch höchstens bis zum Wert des eingewantworteten Nachlasses (*Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 821 Rz 6).

Zur Aufhebung des bisherigen § 822 ABGB:

Dem bisherigen § 822 zu den exekutionsrechtlichen Folgen einer Teileinantwortung bleibt nur ein sehr geringer Anwendungsbereich, und zwar für die Zeit zwischen Erteilung der Veräußerungsgenehmigung nach § 810 und der Übereignung an den Erwerber, soweit überhaupt von einer weiteren Geltung der §§ 74 und 75 der kaiserlichen Verordnung über die dritte Teilnovelle zum ABGB ausgegangen wird (vgl. *Sailer* in KBB⁴ § 822 Rz 1 f). Die genannten Bestimmungen – und folglich auch der bisherige § 822 – sollen aufgehoben werden; der Schutz der Gläubiger kann insbesondere auch durch eine einstweilige Verfügung nach § 379 Abs. 5 EO gewährleistet werden (vgl. *Sailer* in KBB⁴ § 822 Rz 3).

Zu § 823 ABGB:

§ 823 des Entwurfs regelt die Erbschaftsklage nunmehr in Abs. 1; die vorgeschlagenen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Nach Abs. 2 soll nunmehr auch ausdrücklich die Anwendung der Regeln über die Erbschaftsklage auf die Aneignungsklage (bisher Heimfälligkeitklage) vorgesehen werden. Die Lehre und Rechtsprechung haben schon bisher eine analoge Anwendung befürwortet (*Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,01} § 823 Rz 9; RIS-Justiz RS0012826).

Zu § 824 ABGB:

Die Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zur Aufhebung der bisherigen §§ 951 und 952 ABGB:

Diese Bestimmungen finden sich in den §§ 789 ff. des Entwurfs wieder.

Zu § 956 ABGB:

Die Schenkung auf den Todesfall kann einerseits als normales Vermächtnis ausgestaltet sein und folgt daher den Regeln darüber; dies regelt **Abs. 1** in der Fassung des Entwurfs. Inhaltlich erfolgen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage keine Änderungen.

Die Schenkung auf den Todesfall kann aber auch als Vertrag unter Lebenden geschlossen werden, mit der Besonderheit, dass sie erst mit dem Tod des Schenkenden wirksam wird. In der Lehre ist strittig, wie eine derartige Schenkung, für die der Widerrufsverzicht essenziell ist, pflichtteilsrechtlich zu behandeln ist. Nach dem vorgeschlagenen **Abs. 2** soll diesbezüglich Klarheit geschaffen werden, indem festgestellt wird, dass das Geschenk in den Nachlass fällt und wie ein Vermächtnis zu behandeln ist, sofern es beim Tod des Erblassers noch in dessen Eigentum war. Entfallen soll die Voraussetzung, dass eine schriftliche Urkunde dem Beschenkten eingehändigt worden ist. Auf Grund der Notariatsaktspflicht (§ 1 Abs. 1 lit. d Notariatsaktsgesetz) ist diese Regelung obsolet. Darüber hinaus kann auf den ausdrücklichen Verzicht auf den Widerruf verzichtet werden, weil durch die Formvorschrift des Notariatsakts ausreichend klargestellt ist, dass es sich um einen bindenden Vertrag handelt.

Zur Aufhebung des bisherigen § 1248 ABGB:

Die Bestimmung zum wechselseitigen Testament findet sich in § 586 Abs. 2 des Entwurfs wieder.

Zu § 1266 ABGB:

Auf Grund des § 746 des Entwurfs kann der letzte Satz entfallen.

Zu §§ 1278 bis 1283 ABGB:

Die Änderungen sind bis auf die neue Überschrift des § 1278 des Entwurfs rein sprachlicher Natur. Die Aufhebung der Worte „als Fideicommiß“ im bisherigen § 1279 dient der Rechtsbereinigung.

Zu §§ 1487 und 1487a ABGB:

Die Verjährung erbrechtlicher Ansprüche soll neu und einheitlich in § 1487a des Entwurfs geregelt werden. Nach bisherigem Recht unterliegt die Erbschaftsklage (§ 823) regelmäßig der langen Verjährung, doch greift die kurze Verjährung, wenn der Kläger damit zugleich eine „Erklärung des letzten Willens umstoßen“ muss (RIS-Justiz RS0013139). Diese Ungleichbehandlung bei gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge ist nicht schlüssig. Erfasst sind auch die Geltendmachung der Vermächtnisklage oder sonstiger Rechte, die aus einem Geschäft von Todes wegen abgeleitet werden.

Forderungen der Lehre (vgl. etwa *B. Jud.*, ÖJZ 2008, 557) entsprechend soll es daher nach **Abs. 1** allgemein auf eine kenntnisabhängige kurze und eine kenntnisunabhängige lange Frist ankommen. Die subjektive kurze Frist beginnt dann zu laufen, wenn das Recht geltend gemacht werden kann (vgl. OGH 5 Ob 116/12p). Die kenntnisunabhängige objektive Frist soll mit dem Tod des Erblassers beginnen.

Nach **Abs. 2** ist Abs. 1 sinngemäß auf die Aneignung des Bundes anzuwenden; daher verjähren die Rechte des Staates, sich die Erbschaft anzueignen (§ 750 des Entwurfs) nach 40 Jahren.

Zu § 1503 ABGB:

Z 1 ordnet an, dass das Bundesgesetz grundsätzlich mit 1.1.2017 in Kraft tritt.

Z 2 sieht – aus unionsrechtlichen Gründen – ein früheres Inkrafttreten des § 750 zweiter Satz vor und ist auf Art. 83 und 84 EuErbVO abgestimmt, sodass in den Fällen, in denen die Verordnung nicht anzuwenden ist, die alte Rechtslage gilt. Grundsätzlich kommt es auf das Sterbedatum des Erblassers an. Der bisherige § 750 bleibt bis zum Ablauf des 31.12.2016 in Kraft; eine gesonderte Bestimmung über dessen Aufhebung erübrigt sich, weil der bisherige § 750 keinen zweiten Satz hat.

Die Z 3 bis 8 regeln die Anwendbarkeit der neuen Bestimmungen. Nach **Z 3** kommen die neuen Bestimmungen grundsätzlich immer dann zur Anwendung, wenn der Erblasser nach ihrem Inkrafttreten – also nach dem 31. Dezember – verstorben ist. Dies gilt insbesondere für die Regelungen über das gesetzliche Erbrecht und das Pflichtteilsrecht. Die Anknüpfung des Pflichtteilsrechts an die zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers verbindliche Rechtslage umfasst auch die Regelungen über die Enterbung, die Pflichtteilsminderung sowie die Pflichtteilsdeckung und die Ein- bzw. Anrechnung von Zuwendungen (zu den Gründen hierfür siehe *Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht [1999] 262 f und 266).

Die Gültigkeit eines Erbverzichts sowie seiner Aufhebung beurteilt sich dagegen nach dem zum Zeitpunkt seiner Errichtung bzw. Aufhebung geltenden Rechts (**Z 4**).

Dies gilt nach **Z 6** auch für die Errichtung letztwilliger Verfügungen.

Gerichtliche Anordnungen nach dem bisherigen § 568, wonach eine Person, für die ein Sachwalter bestellt ist, ein Testament nur vor Gericht oder Notar errichten kann, verlieren nach **Z 5** mit 1. Jänner 2017 ihre Gültigkeit.

Z 7 ist auf Art. 83 und 84 EuErbVO abgestimmt, sodass in den Fällen, in denen die Verordnung nicht anzuwenden ist, die alte Rechtslage gilt. Grundsätzlich kommt es auf das Sterbedatum des Erblassers an.

Z 8 berücksichtigt den Vertrauensschutz. Demnach richtet sich die erbrechtliche Nachfolge und die Pflichtteilsberechtigung aus Erbverträgen oder letztwilligen Verfügungen, die vor dem 1. Jänner 2017 abgeschlossen oder verfasst worden sind, nach den bisher geltenden Bestimmungen. Schenkungen sollen erbrechtlich dann nach den Bestimmungen des ErbRÄG 2015 zu berücksichtigen sein, wenn der Abschluss des Schenkungsvertrags nach dem 31. Dezember 2015 liegt. Schenkungen, die davor erfolgt sind, richten sich nach bisherigem Recht.

Die Vorschriften über den Erbschaftserwerb spielen im Verlassenschaftsverfahren eine große Rolle. Im Interesse der Verfahrensökonomie sollen sie nach **Z 9** erst für Verfahren zur Anwendung kommen, die nach dem Inkrafttreten anhängig gemacht werden (*Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht 124 f).

Bei einer Verkürzung einer Verjährungsfrist – wie hier bei der Erbschaftsklage (in den anderen Fällen bleibt sie unverändert) – soll der Eintritt der Verjährung nach der jeweils verbindlichen Rechtslage zu beurteilen sein. Aus Vertrauensschutzgründen soll aber die neue Frist – so sie zur Anwendung kommt – erst mit dem Inkrafttreten der Rechtsänderung zu laufen beginnen (*Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht 124 f). Diesen Anliegen will **Z 10** Rechnung tragen.

Zum Anerbenegesetz:

Die Änderungen sind rein terminologischer Natur, weil der Ausdruck *Noterben* durch den Ausdruck *Pflichtteilsberechtigte* ersetzt werden soll (dazu die Erläuterungen zu § 756 ABGB).

Zum Außerstreitgesetz (AußStrG):

Zu § 123 AußStrG:

Auf Grund der Aufhebung des bisherigen § 568 ABGB hat § 123 Abs. 1 Z 5 zu entfallen.

Zu § 143 AußStrG:

Die EuErbVO gibt zwar die Abhandlungszuständigkeit vor, nicht aber, auf welche Weise das Verfahren von der zuständigen Behörde eingeleitet wird. In Fällen, in denen der Inlandsbezug oder der praktische Nutzen eines Verfahrens für die Parteien gering ist, soll es der Entscheidung der Parteien überlassen bleiben, ob sie die Durchführung der Abhandlung im Inland für sinnvoll erachten. Das wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn sie für die Verfügung über den in einem Mitgliedstaat gelegenen Nachlass eines Erbennachweises der nach der EuErbVO zuständigen Behörden bedürfen. Für die Verfügung über den in Österreich gelegenen Nachlass könnte auch eine Ausfolgungsentscheidung nach § 150 AußStrG genügen.

Zu § 145 AußStrG:

Der bisherige Abs. 3 findet sich – ergänzt – in § 145a Abs. 1 wieder (siehe die Erläuterungen dort).

Zu § 145a AußStrG:

Abs. 1 entspricht im Wesentlichen dem bisherigen § 145 Abs. 3. Die Änderung – entsprechend einer Forderung aus der Praxis – eine möglichst wirksame Feststellung des hinterlassenen Vermögens bewirken. Daher soll neben dem Wert nunmehr auch auf den Umfang des Vermögens abgestellt werden. Die Befragung von Auskunftspersonen (**Z 1**) entspricht dem bisherigen Recht. Nach **Z 2** soll der Gerichtskommissär regelmäßig die öffentlichen Register und Datenbanken (vgl. dazu § 89a NO) abzufragen haben, um auf diese Weise Vermögen ermitteln zu können. Das Grund- und Firmenbuch wird in der Regel in jedem Fall abzufragen sein. Andere Datenbanken, etwa das Schiffsregister, sollen nur bei besonderen Hinweisen abzufragen sein.

Nach **Abs. 2** soll der Notar als Gerichtskommissär standardmäßig eine Abfrage des Österreichischen Zentralen Testamentsregisters (vgl. § 140c NO) durchführen und das Ergebnis der Abfrage festhalten. Damit soll sichergestellt werden, dass in diesem Register gespeicherte letztwillige Verfügungen im Verlassenschaftsverfahren beachtet werden. Der Erlass des Bundesministeriums für Justiz Erlass vom 14.6.1972 über Anfragen an das Zentrale Testamentsregister des Delegiertentages der österreichischen Notariatskammern (JABl 1972/8) wird damit zu diesem Punkt hinfällig (vgl. § 4).

Zu § 147 AußStrG:

Die Abhandlungszuständigkeit nach der EuErbVO erstreckt sich auch auf einstweilige Maßnahmen und Sicherungsmaßnahmen. Nach Art. 19 EuErbVO können solche Maßnahmen auch in einem Mitgliedstaat

beantragt werden, dessen Behörden für die Abhandlung nicht zuständig sind. Auf solche Maßnahmen ist das Recht des angerufenen Mitgliedstaates anzuwenden, die Zuständigkeit erstreckt sich nur auf Maßnahmen nach diesem Recht. Wird eine solche Maßnahme bei einem österreichischen Gericht beantragt, obwohl es für die Abhandlung nicht zuständig ist, soll das Gericht die §§ 146 Abs. 1 und § 147 Abs. 1 und 2, die das Vorgehen bei solchen Maßnahmen in Verlassenschaftsverfahren regeln, entsprechend anwenden. Allerdings sollen solche Maßnahmen nicht für Nachlassteile in anderen Staaten angeordnet werden können, daher beschränkt sich § 147 Abs. 4 auf Maßnahmen für Nachlassteile in Österreich.

Zu § 150 AußStrG:

Es gibt keine Fallkonstellation, bei der es nach der EuErbVO nicht zu einer in Österreich wirksamen Regelung des in Österreich befindlichen Nachlasses kommen kann. Wenn ein anderer Mitgliedstaat zur Abhandlung zuständig ist, wird das dort erzielte Abhandlungsergebnis in Österreich anerkannt und der Nachlassteil dem Berechtigten „ausgefolgt“. Wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat hatte, besteht Abhandlungszuständigkeit zumindest für den in einem Mitgliedstaat gelegenen Nachlass (Art. 10 Abs. 2 EuErbVO). Auch in diesem Fall ist ein eigenes Ausfolgungsverfahren nicht erforderlich. Dennoch kann es vorgesehen werden, weil die EuErbVO den Mitgliedstaaten nicht vorgibt, wie sie ihre Zuständigkeit auszufüllen haben. Sie können anstelle einer Abhandlung auch ein Ausfolgungsverfahren vorsehen. Ein solches Ausfolgungsverfahren kann einfacher und ökonomischer sein als die Abhandlung. Wird freilich ein ENZ beantragt, so ist das in der EuErbVO und ergänzend im AußStrG vorgesehene Verfahren – inhaltlich eine Abhandlung – durchzuführen, auch wenn der Nachlass bereits ausgefolgt worden sein sollte.

Zu § 153 AußStrG:

Viele Rechtsordnungen lassen den Rechtsübergang von Todes wegen ex lege eintreten und verlangen weder eine Einantwortung noch eine sonstige gerichtliche Tätigkeit. Wenn ein solches Recht anzuwenden ist, soll ein (weiteres) Tätigwerden des Verlassenschaftsgerichts von einem Fortsetzungsantrag abhängen.

Zu § 154 AußStrG:

Die Überlassung des Nachlasses an Zahlungsstatt ist in erster Linie eine materiell-rechtliche Regelung des Erbschaftserwerbs. Um dies klar zu machen, wird ihr Anwendungsbereich ausdrücklich auf Fälle beschränkt, in denen das Erbstatut das österreichische Recht ist. Das bedeutet nicht, dass nicht auch bei fremdem Erbstatut eine Überlassung an Zahlungsstatt in Frage kommen kann; das hängt davon ab, ob und unter welchen Voraussetzungen das fremde Erbstatut eine solche Möglichkeit vorsieht.

Mit der neuen Z 3 in Abs. 2 soll die vorrangige Berücksichtigung von geltend gemachten Ansprüchen aus geleisteter Pflege (§ 815 ABGB des Entwurfs) geregelt werden. Die bisherige Z 3 des Abs. 2 ist nunmehr in Z 4 normiert.

Zu §§ 155, 156, 158, 174 und 178 AußStrG:

Die Änderungen sind rein sprachlicher Natur. Einerseits soll der Ausdruck Noterbe durch den Ausdruck Pflichtteilsberechtigter ersetzt werden soll (dazu die Erläuterungen zu § 756 ABGB des Entwurfs); andererseits sollen die Gläubiger nicht mehr von der Einberufung, sondern von der Aufforderung der Gläubiger gesprochen werden. Schließlich soll statt dem Begriff fideikommissarische Substitution der Begriff Nacherbschaft verwendet werden.

Zu § 160a AußStrG:

Ist das österreichische Recht das Erbstatut, so wird der Erbrechtsstreit durch widersprechende Erbantrittserklärungen ausgelöst. Wie in solchen Fällen zu verfahren ist, ist in den §§ 160 ff. geregelt. Wenn das Erbstatut aber keine Erbantrittserklärungen vorsieht, etwa weil die Erbfolge ex lege eintritt, ist das Verfahren, das zu der Entscheidung und Feststellung der Erbreehts führt, ungeregt. Ob sich der Erbreehtsstreit nun daraus ergibt, dass der gesetzliche Erbe das private oder öffentliche Testament in Frage stellt oder eine - in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellte - öffentliche Urkunde, die das Erbreeht feststellt oder bestätigt (ein Fall, den Art. 59 Abs. 3 EuErbVO ausdrücklich regelt), oder etwa die Abstammung eines Erbprätendenten vom Erblasser bestritten wird, inhaltlich und vom Verfahrensziel ist das Verfahren dem für widersprechende Erbantrittserklärungen vergleichbar. Daher sollen die dafür vorgesehenen Verfahrensregelungen entsprechend auch auf Erbreehtsstreite nach fremdem Erbstatut anzuwenden sein. Es stehen dann einander nicht Personen gegenüber, die widersprechende Erbantrittserklärungen abgegeben haben, sondern Personen, die sich für ihr Erbreeht auf einander widersprechende oder ausschließende Erbreehtstitel berufen.

Zu § 165 AußStrG:

Die Regeln über das Inventar sind auf die österreichische Regelung über den Erbschaftserwerb und die Haftung für Schulden des Erblassers zugeschnitten. Immer, wenn die Haftung auf den Wert des Nachlasses beschränkt sein soll, muss ein Inventar errichtet werden. Auch andere Rechte kennen eine solche Haftungsbeschränkung. Nicht immer ist sie an die Errichtung eines Inventars geknüpft. Um künftigen Streitigkeiten über den Umfang der Haftung vorzubeugen, soll nach Abs. 1 Z 7 auch dann ein - gleichsam beweissicherndes - Inventar erstellt werden müssen, wenn nach dem maßgebenden fremden Erbstatut die Haftung beschränkt ist, auch wenn das Erbstatut dies nicht vorsieht. Die materielle Wirkung eines solchen Inventars richtet sich aber jedenfalls nach dem Erbstatut.

Die übrigen Änderungen sind sprachlicher Natur.

Zu § 174a AußStrG:

Nach dem neuen Konzept des vorgeschlagenen § 815 ABGB sollen bestimmte am Erblasser erbrachte Pflegeleistungen im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens berücksichtigt werden können. Dies hat für die beteiligten Personen den Vorteil, dass die Geltendmachung im Verlassenschaftsverfahren prozessökonomisch ist. Andererseits sind drei Jahre vor dem Tod des Erblassers geleistete Pflegeleistungen insofern privilegiert, als diese im Verlassenschaftsverfahren unabhängig von einer bereits eingetretenen Verjährung geltend gemacht werden können.

Primär soll nach Abs. 1 über die Abgeltung eine einvernehmliche Lösung gefunden werden (vgl. dazu auch § 181 Abs. 1 des Entwurfs). Der Gerichtskommissär kann – muss aber nicht – darüber mündlich verhandeln.

Abs. 2 soll dem Verlassenschaftsgericht und dem Gerichtskommissär ermöglichen, die nötigen Informationen und Unterlagen vom zuständigen Träger zum vom Erblasser bezogenen Pflegegeld einzuholen. Damit soll eine Grundlage für die Bemessung der Abgeltung für die geleistete Pflege erhoben werden.

Kann kein Einvernehmen hergestellt werden, so hat nach **Abs. 3** der Gläubiger seine Ansprüche selbstständig – im streitigen Verfahren – zu verfolgen. Dies soll nur dann nicht gelten, wenn das bisherige Verlassenschaftsverfahren, insbesondere durch die unbedenkliche Aussagen der Anspruchswerber oder Erben oder durch die Einsicht in unbedenkliche Urkunden, eine ausreichende Grundlage dafür schafft, zumindest einen Teil der Ansprüche zu berücksichtigen. Das Verlassenschaftsverfahren soll durch Erhebungen zur Ermittlung des Grunds und der Höhe des Anspruchs nicht wesentlich verzögert werden. Die Berücksichtigung der Pflegeleistungen ist in den Einantwortungsbeschluss aufzunehmen (vgl. § 178 Abs. 2 Z 3 und Abs. 6 des Entwurfs).

Zu § 178 AußStrG:

Nach **Abs. 2 Z 3** des Entwurfs ist auch die Berücksichtigung von Pflegeleistungen in den Einantwortungsbeschluss aufzunehmen. **Abs. 6** des Entwurfs schlägt den Entfall der Begründung des Einantwortungsbeschlusses zur Abgeltung von Pflegeleistungen insoweit vor, als die Ausfertigungen für Personen bestimmt sind, die nicht Partei des Verfahrens über die Pflegeleistungen waren.

Die übrigen Änderungen sind rein sprachlicher Natur.

Zu § 181 AußStrG:

Nicht nur Vereinbarungen über die Erteilung, sondern auch über die Abgeltung von Pflegeleistungen, allgemein und im Sinn des § 815 ABGB des Entwurfs, oder über die Stundung des Pflichtteils nach den §§ 766 ff. ABGB des Entwurfs sollen ausdrücklich mit den Wirkungen eines gerichtlichen Vergleichs vor dem Gerichtskommissär zu Protokoll genommen werden können.

Zu § 181a AußStrG:

Zwar sieht die EuErbVO konzeptionell den Gleichlauf von Zuständigkeit und anzuwendendem Recht vor, es kann aber doch in manchen Fällen dazu kommen, dass das zuständige Gericht fremdes Recht anzuwenden hat (z.B. wenn der Erblasser nach Art. 22 EuErbVO sein Heimatrecht gewählt hat); das fremde Recht ist dann auch für den Erbschaftserwerb maßgebend. Ist in einem solchen Fall ein österreichisches Gericht das zuständige Verlassenschaftsgericht, so kann es die Erben nicht zur Abgabe einer Erbantrittserklärung auffordern und den Nachlass nicht einantworten, weil der Erbschaftserwerb durch Erbantrittserklärung und Einantwortung rechtsvergleichend ein österreichisches Spezifikum ist. Die österreichischen Regeln über das Verlassenschaftsverfahren sind aber auf dieses System des Erbschaftserwerbs zugeschnitten. Es bedarf daher einer Regelung, mit der auch in Fällen ausländischen Erbstatuts ein passendes Verfahren zur Verfügung steht. Dies soll durch die Generalklausel des § 181a bewirkt werden.

Zu § 181b AußStrG:

Im Kapitel VI (Art. 62 bis 73) regelt die EuErbVO nicht nur Inhalt und Wirkung des ENZ, sondern auch, wie die Sachverhaltsgrundlage geschaffen und wie Beteiligte einbezogen werden sollen. Soweit diese Verfahrensregeln im Einzelfall nicht ausreichen (so ist etwa die Rekursfrist und die Vorlage des Rekurses in der EuErbVO nicht geregelt), sollen ergänzend die des AußStrG herangezogen werden (Abs. 1).

Wenn im Einzelfall das ENZ eine Rechtsstellung bestätigen soll, die sich aus einer gerichtlichen Entscheidung ergibt, soll seine Ausstellung Sache des Gerichtskommissärs sein (§ 1 Abs. 1 Z 1 lit. d GKG). Das ist etwa dann der Fall, wenn der Antragsteller eingetragener Erbe ist oder wenn dem vom Gericht nach § 173 AußStrG bestellten Verlassenschaftskurator die Vertretungsbefugnis in einem ENZ bestätigt werden soll. In den übrigen Fällen bedarf es einer richterlichen Entscheidung im Sinn § 1 Abs. 2 Z 1 GKG. Das Gericht entscheidet mit Beschluss (Abs. 2).

Hat der Gerichtskommissär das ENZ ausgestellt, so ist der Rechtsbehelf nach Art. 72 EuErbVO der Antrag an das Gericht nach § 7a Abs. 2 GKG (Überwachung durch das Gericht). Im Übrigen ist der Rechtsbehelf der Rekurs gegen den Gerichtsbeschluss.

Zu § 182 AußStrG:

Wenn nach der EuErbVO das Erbstatut fremdes Recht ist, geht die österreichische Liegenschaft nicht durch Einantwortung im Sinn des österreichischen Rechts auf den Erben über, sondern auf die Weise, die das fremde Erbstatut vorsieht, etwa ex lege mit dem Tod des Erblassers. Auch in diesen Fällen soll – nach Möglichkeit – die Grundbuchsordnung hergestellt werden. Wenn allerdings ein ausländisches Gericht für das Verlassenschaftsverfahren zuständig war, gibt es keinen Gerichtskommissär, der im Sinn des § 182 Abs. 2 tätig werden könnte; die Bestimmung geht in solchen Fällen ins Leere.

Zu § 182a AußStrG:

Art. 31 EuErbVO sieht die Anpassung von dinglichen Rechten, die das Erbstatut gewährt, an das Recht des „Mitgliedstaates, in dem das Recht geltend gemacht wird“ (weil sich die Sache dort befindet) vor. So müsste etwa das Gesamthandigentum des deutschen Rechts für Österreich auf Miteigentum oder Stockwerkseigentum in Miteigentum verbunden mit einem Wohnrecht umgedeutet (angepasst) werden. Eine solche Anpassung sollte im Allgemeinen zwar kein eigenes Feststellungsverfahren erfordern; in schwierigen und strittigen Fällen soll eine solche Feststellung Rechtssicherheit schaffen. Für ein solches Verfahren gelten im Übrigen die Bestimmungen über das Verlassenschaftsverfahren – auch wenn für das Verlassenschaftsverfahren ein ausländisches Gericht zuständig sein oder gewesen sein sollte.

Zu § 184 AußStrG:

Die Pflicht zur Übergabe erblosen Nachlasses an die Finanzprokurator soll ausdrücklich auf Nachlassteile beschränkt sein, die sich der Bund aneignet. Diese Klarstellung gegenüber der geltenden Regelung ist erforderlich, weil nach der EuErbVO ein österreichisches Gericht auch für die Abhandlung ausländischer Liegenschaften zuständig sein kann und sich die Aneignung durch den Bund grundsätzlich nicht mehr gemäß § 29 IPRG nach dem Belegenheitsrecht bestimmt, sondern nach dem Erbstatut. So kann sich etwa die deutsche Liegenschaft des deutschen Erblassers mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich, der aber deutsches Recht als Erbstatut gewählt hat, nicht der Bund aneignen; vielmehr richtet sich die Aneignung durch den Bund oder die Erbfolge in diese Liegenschaft nach deutschem Recht. Eine in Österreich gelegene Liegenschaft des Erblassers könnte sich aber nach § 750 ABGB des Entwurfs (siehe die Erläuterungen zu dieser Bestimmung) der Bund aneignen und wäre dieser Bestimmung entsprechend der Finanzprokurator zu übergeben.

Zu § 184a AußStrG:

Nach Art. 39 Abs. 2 EuErbVO können Parteien die Feststellung beantragen, dass eine Entscheidung im Sinn des Art. 3 Abs. lit. g EuErbVO anzuerkennen ist, wenn die Anerkennung „als solche den Gegenstand eines Streites“ bildet. Für das Verfahren, in dem eine solche Feststellung getroffen wird, verweist die EuErbVO auf die Art. 45 bis 58, die aber einer Ergänzung durch nationales Recht bedürfen. Diese Ergänzung soll durch den Verweis auf die Regeln des Außerstreitverfahrens bewirkt werden.

Zu § 190 AußStrG:

Art. 59 Abs. 2 EuErbVO überträgt die internationale Zuständigkeit für die Entscheidung über Einwände gegen die Annahme der Authentizität einer öffentlichen Urkunde (im Sinn des Art. 3 Abs. 1 lit. i EuErbVO) den Gerichten des Ursprungsstaates und regelt die Wirkung solcher Einwände. Die Festlegung der örtlichen Zuständigkeit und des Verfahrens bleibt aber den Mitgliedstaaten überlassen. Für das Verfahren zur Feststellung der Authentizität sind grundsätzlich nicht die nach der EuErbVO zuständigen Verlassenschaftsgerichte, sondern die Gerichte des Ursprungsstaates zuständig.

Schon weil es um die Authentizität von öffentlichen Urkunden im Sinn des Art. 3 Abs. lit i EuErbVO geht, also um die von Schriftstücken „in Erbsachen“, besteht aus österreichischer Sicht zwar ein starker Bezug zum Verlassenschaftsverfahren; das Bestreitungsverfahren ist aber kein Teil des – im Ausland geführten – Verlassenschaftsverfahrens. Das Verfahren soll nach den Regeln des AußStrG ablaufen.

Der Begriff der Authentizität ist der EuErbVO entnommen und soll auch im Sinn der EuErbVO verstanden werden (siehe Erwägungsgrund 62).

Zu § 207k AußStrG:

Geregelt werden die Übergangsbestimmungen, die zum Teil auf die der EuErbVO abgestimmt sind (Art. 83 Abs. 1 und Art. 84 EuErbVO).

Zum Gerichtsgebührengesetz (GGG):

Zu § 2 Z 1 lit. g, § 24, TP 8 GGG:

Die Änderungen dienen der gebührenrechtlichen Gleichstellung von rein inländischen und grenzüberschreitenden Sachverhalten. Die neuen Verfahren, die nicht als Verlassenschaftsabhandlung im Sinne der derzeitigen Tarifpost 8 gelten, unterlägen ansonsten der festen Gebühr der TP 12 lit. j von derzeit 256 Euro (Verordnung der Bundesministerin für Justiz über die Neufestsetzung von Gebühren, BGBl. II Nr. 280/2013), unabhängig von dem im konkreten Verfahren zu Grunde liegenden Vermögen. In vielen Fällen würde aber die Gebühr, wenn sie nach der Promillegebühr nach der TP 8 berechnet würde, aufgrund der Geringwertigkeit des dem Verfahren zu Grunde liegenden Vermögens geringer ausfallen, als jene nach TP 12 lit. j. Um eine differenzierte gebührenrechtliche Erfassung zu ermöglichen, sollen daher bei grenzüberschreitenden Sachverhalten auch jene Gebühren zum Tragen kommen, die schon bisher bei Anrufung des Verlassenschaftsgerichts in Ansehung der Abhandlung nach dem III. Hauptstück des AußStrG zu entrichten sind. Damit wird die Anwendbarkeit der TP 12 lit. j GGG in Verfahren vor dem Verlassenschaftsgericht generell ausgeschlossen.

Um sicherzustellen, dass die Gebührenbelastung nicht zunimmt, sollen zugleich die Mindestbeträge von 71 Euro sowie von 107 Euro (Anmerkung 2a der TP 8) um rund 3 % gesenkt werden. Damit sollen aus sozialpolitischen Erwägungen jene Fälle erfasst werden, in welchen das verfahrensgegenständliche Vermögen gering ist.

Der vorgesehene ausdrückliche Ausschluss der Anwendbarkeit der TP 12a in Verlassenschaftsverfahren sowie die sprachliche Anpassung der Anmerkung 5 zur TP 8 dienen der Klarstellung im Sinn der bisherigen Auslegungspraxis.

Zum allgemeinen Grundbuchsgesetz 1955 (GBG):

Nach Art. 69 Abs. 5 EuErbVO ist das ENZ „ein wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in einschlägige Register eines Mitgliedstaates“. Es soll daher in § 33 Abs. 1 lit. d unter den öffentlichen Urkunden, auf Grund derer eine Einverleibung stattfinden kann, ausdrücklich genannt werden. Auch diese Regelung bewirkt für sich keine Änderung der Rechtslage, sondern dient allein der Klarstellung.

Zum Gerichtskommissärsgesetz (GKG):

Zu § 1 GKG:

Wenn kein österreichisches Gericht zur Verlassenschaftsabhandlung berufen ist, gibt es grundsätzlich auch keinen Gerichtskommissär, der für Amtshandlungen im – ausländischen – Verlassenschaftsverfahren zuständig wäre. Aber auch in solchen Fällen soll die Sicherung des Nachlasses grundsätzlich vom Gerichtskommissär zu besorgen sein. Daher soll § 1 Abs. 1 GKG um diese Amtshandlungen erweitert werden. Da die Sicherung des Nachlasses in einem österreichischen Verlassenschaftsverfahren bereits von § 1 Abs. 1 lit. b GKG umfasst ist, kann sich lit. c auf die Nachlasssicherung bei Abhandlungszuständigkeit eines ausländischen Gerichts beschränken.

Das Kapitel VI (Art. 62ff) der EuErbVO führt das ENZ ein, überlässt aber die Bestimmung der Stelle, die es ausstellt, den Mitgliedstaaten. Die Ausstellung des ENZ ist aus österreichischer Sicht Teil der Abhandlung (siehe § 181b AußStrG), daher ist dafür das Verlassenschaftsgericht zuständig. Die Ausstellung des ENZ soll als Amtshandlung in Verlassenschaften ausdrücklich genannt werden, weil es keine im Zug des Verlassenschaftsverfahrens erforderliche Amtshandlung (§ 1 Abs. 1 Z 1 lit b GKG) ist, sondern nur dann anfällt, wenn es beantragt und für die Geltendmachung von Rechten im Ausland benötigt wird. Soweit das ENZ die Bescheinigung eines durch richterliche Entscheidung bestimmten oder festgestellten Rechtsverhältnisses ist, bedarf seine Ausstellung keiner richterlichen Entscheidung im Sinn § 1 Abs. 2 Z 1 GKG, sie obliegt daher dem Gerichtskommissär (siehe § 181b Abs. 2 AußStrG).

Zu § 17 GKG:

Die Übergangsregelung ist auf Art. 83 Abs. 1 EuErbVO abgestimmt.

Zum Gerichtskommissionstarifgesetz (GKTG):**Zu § 22 GKTG:**

Wenn für die Abhandlung ein ausländisches Gericht zuständig ist, ist die Sicherung des inländischen Nachlasses nicht Teil eines österreichischen Verlassenschaftsverfahrens. Daher fallen solche Amtshandlungen auch gebührenmäßig nicht unter die im II. Abschnitt des GKTG geregelten „Amtshandlungen in Verlassenschaftssachen“. Es soll daher ein eigener Gebührenansatz geschaffen werden.

Die Bestimmung der Gebühren des Gerichtskommissärs ist Sache des nach § 105 Abs. 3 JN zuständigen Gerichts. Für die Gebühren zahlungspflichtig sind nach § 4 GKTG „alle am Verfahren unmittelbar Beteiligten zur ungeteilten Hand“, wobei unter dem Begriff des Verfahrens sowohl das im Inland zu führende Sicherungsverfahren als auch das Verlassenschaftsverfahren im Ausland, hinsichtlich dessen die Sicherungsmaßnahme gesetzt wird, zu verstehen ist.

Zum IPR-Gesetz (IPRG):**Zur Aufhebung der bisherigen §§ 28 bis 30 IPRG:**

Die EuErbVO regelt das internationale Erbrecht in Kapitel III (Art. 20 bis 38) umfassend und lässt für eine nationale Regelung keinen Raum. Auch Art. 33 (Erbloser Nachlass) erlaubt den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine abweichende Kollisionsnorm, sondern nur eine – materiellrechtliche – Zugriffsmöglichkeit (Aneignung), die wie eine Eingriffsnorm wirkt, also unabhängig vom Erbstatut. Diese Möglichkeit soll durch die Änderung des § 760 ABGB für das österreichische Recht realisiert werden (siehe oben zu Art. 3); dem § 29 ist ebenso wie dem § 28 durch die EuErbVO derogiert. Zur Rechtsbereinigung sollen diese Bestimmungen aufgehoben werden. § 30 hat wegen des Haager Testamentsübereinkommens, BGBl. Nr. 295/193, schon bisher einen auf Erbverträge und die inhaltliche Gültigkeit von letztwilligen Verfügungen eingeschränkten Anwendungsbereich. Da die EuErbVO auch das auf letztwillige Verfügungen anzuwendende Recht umfassend festlegt, soll § 30 aufgehoben werden. Die EuErbVO lässt aber das Haager Testamentsübereinkommen unberührt, es geht daher der der EuErbVO vor (Art. 75 Abs. 1 EuErbVO). Es bestimmt aus österreichischer Sicht auch das Formstatut letztwilliger mündlicher Verfügungen, die vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sind (Art. 1 Abs. 2 lit. f), weil Österreich den Vorbehalt des Art. 10 des Übereinkommens nicht erklärt hat.

Zu § 50 IPRG:

Die Bestimmung des Inkrafttretens und die Übergangsregelung sind auf Art. 83 und 84 EuErbVO abgestimmt, sodass in den Fällen, in denen die Verordnung nicht anzuwenden ist, die alte Rechtslage gilt. Grundsätzlich kommt es auf das Sterbedatum des Erblassers an, bei der Gültigkeit von letztwilligen Verfügungen u.U. auch auf den Zeitpunkt ihrer Errichtung.

Zur Jurisdiktionsnorm (JN):**Zu § 77 JN:**

§ 77 stellt auf die Einantwortung ab, weil sich nach § 28 Abs. 2 IPRG der Erbschaftserwerb bei Abhandlung in Österreich auch bei fremdem Erbstatut nach österreichischem Recht richtet, und daher stets einzuantworten ist. Nach der EuErbVO ist der Erbschaftserwerb in allen Fällen nach dem Erbstatut zu beurteilen, sodass auch in österreichischen Verlassenschaftsverfahren eine Einantwortung unterbleibt, wenn nach dem maßgebenden fremden Erbstatut der Nachlass nicht durch Einantwortung, sondern etwa ex lege auf den Erben übergeht. Die Zuständigkeitsregelung des § 77 JN muss diesen Fällen Rechnung tragen, daher soll der Begriff „Einantwortung“ durch den allgemeinen Begriff der „Beendigung des Verlassenschaftsverfahrens“ ersetzt werden.

Die Formgültigkeit mündlicher letztwilliger Verfügungen sind vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen (Art. 1 Abs. 2 lit. f). Die EuErbVO regelt also nicht die Zuständigkeit für einen solchen Streit. § 77 JN ist daher im Bereich dieser Ausnahme weiterhin Grundlage für die internationale Zuständigkeit.

Zu § 105 JN:

Art. 31 EuErbVO sieht die Anpassung dinglicher Rechte nach dem Erbstatut an das Recht des Staates, in dem sie geltend gemacht werden (in der Regel an das Belegenheitsrecht) vor. Die Verordnung regelt aber weder das Verfahren noch die örtliche Zuständigkeit für eine solche Feststellung, sodass die Mitgliedstaaten dies autonom regeln können. § 182a AußStrG statuiert das Verfahren für eine solche Feststellung. § 105 Abs. 2 JN ist die entsprechende Zuständigkeitsregelung. Die Anpassung kann in

Österreich nur erforderlich sein, wenn das Erbstatut nicht das österreichische Recht ist. In diesen Fällen besteht aber regelmäßig keine Abhandlungszuständigkeit in Österreich; für die Anpassung kann also nicht an die Abhandlungszuständigkeit angeknüpft werden. Für das Anpassungsverfahren soll daher das Gericht zuständig sein, in dessen Sprengel sich die Sache befindet. Betrifft die Anpassung Sachen in mehreren Sprengeln, so kann die Feststellung bei jedem danach zuständigen Gericht beantragt werden.

Art. 19 EuErbVO sieht für beantragte Sicherungsmaßnahmen eine zusätzliche internationale Zuständigkeit für die Gerichte des Staates vor, nach dessen Recht sie vorgesehen ist; die Bestimmung ist aber ihrem Sinn nach auch Zuständigkeitsgrundlage für amtswegige Sicherungsmaßnahmen. Daher bedarf es auch keiner nationalen Regelung der internationalen Zuständigkeit in Nachlasssachen, auch nicht für solche Maßnahmen. Die örtliche Zuständigkeit für Sicherungsmaßnahmen, die nicht vom international zuständigen Verlassenschaftsgericht getroffen werden, soll sich nach der Lage des betroffenen Nachlassteils richten (§ 105 Abs.3 JN).

Art. 13 EuErbVO sieht eine besondere internationale Zuständigkeit für die Entgegennahme bestimmter für den Erbgang relevanter Erklärungen vor, „wenn diese Erklärungen nach dem Recht dieses Mitgliedstaats vor einem Gericht abgegeben werden können“. Nach österreichischem Recht ist die Abgabe dieser Erklärungen vor Gericht (dem Gerichtskommissär) möglich. Da die Verordnung die österreichischen Gerichte für die Entgegennahme solcher Erklärungen – bürgerfreundlicher Weise – international zuständig macht, soll entsprechend die örtliche Zuständigkeit geregelt werden (§ 105 Abs. 4 JN), sonst bedürfte es regelmäßig einer Ordination, wenn ein Bürger von dieser Möglichkeit Gebrauch machen will. Wenn etwa der Erbe mit gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich im Verfahren in Deutschland nach deutschem Recht die Erbschaft ausschlagen will, weil er sonst haftet, soll er diese Erklärung bei dem Gericht abgeben können, in dessen Sprengel er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Im deutschen Verfahren wird er die Rechtzeitigkeit der Erklärung durch eine vom Gericht, das die Erklärung entgegengenommen hat, ausgestellte Amtsbestätigung (§ 186 Abs. 1 AußStrG) nachweisen.

Zu § 106 JN:

Kapitel II der EuErbVO (Art. 4 bis 19) regelt die internationale Zuständigkeit umfassend, auch für Fälle, die wenig Bezug zur EU haben (subsidiäre Zuständigkeit [Art. 10] und Notzuständigkeit [Art. 11]). Für eine nationale Zuständigkeitsregelung ist nur Raum und Bedarf, soweit die Verordnung nicht anzuwenden ist. Dies kann in Fällen sein, die von bilateralen Verträgen abgedeckt sind. Nach Art. 75 Abs. 1 EuErbVO bleiben nämlich internationale Übereinkommen, die Bereiche betreffen, die in der Verordnung geregelt sind, unberührt (nach Abs. 2 gilt dies jedoch nicht im Verhältnis zwischen Mitgliedstaaten). In Österreich stehen mehrere bilaterale Verträge mit Drittstaaten, die auch erbrechtliche Aspekte regeln, in Kraft. Der Freundschaftsvertrag mit dem Iran (Freundschafts- und Niederlassungsvertrag vom 9. September 1959 zwischen der Republik Österreich und dem Kaiserreich Iran, BGBl Nr. 45/1966) legt das anzuwendende Recht, nicht aber die Abhandlungszuständigkeit fest (Art. 10). Im Geltungsbereich dieses Vertrags kann der Fall eintreten, dass zur Abhandlung über den in Österreich gelegenen Nachlass eines iranischen Staatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat abzuhandeln ist. Dieser andere Mitgliedstaat, der durch den bilateralen Vertrag nicht gebunden ist, wird auf die Erbfolge das Recht anwenden, auf das die EuErbVO verweist – regelmäßig nicht wie im bilateralen Vertrag vorgesehen das Heimatrecht, sondern das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers. Damit der bilaterale Vertrag im Sinn des Art. 75 Abs. 1 EuErbVO unberührt bleibt, wird das ENZ oder eine erbrechtliche Entscheidung eines anderen Mitgliedstaates ausnahmsweise nicht anerkannt werden können. Dann aber bliebe die Rechtsnachfolge der nach dem Heimatrecht des Erblassers berufenen Erben – soweit es um Nachlass in Österreich geht - ungeklärt, es gäbe keine Möglichkeit der Verbücherung von „Abhandlungsergebnissen“. Daher soll für diese Fälle die österreichische Abhandlungsgerichtsbarkeit – beschränkt auf das in Österreich befindliche Vermögen – vorgesehen werden. Im Anwendungsbereich der anderen einschlägigen bilateralen Verträge (Vertrag vom 16. Dezember 1954 zwischen der Republik Österreich und der Föderativen Volksrepublik Jugoslawischen über den wechselseitigen rechtlichen Verkehr samt Schlussprotokoll, BGBl Nr. 224/1955, soweit er mit den Nachfolgestaaten weiter gilt und diese nicht zugleich Mitgliedstaaten der EU sind; Konsularvertrag vom 28. Feber 1959 zwischen der Republik Österreich und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken, BGBl. Nr. 21/1960, und Protokoll vom 31. März 1974, BGBl Nr. 459/1975, soweit er mit den Nachfolgestaaten weiter gilt) muss auf § 106 JN nicht zurückgegriffen werden, weil sie nicht nur das anzuwendende Recht, sondern auch die Abhandlungszuständigkeit regeln.

Zu § 107 JN:

Die Verordnung lässt keinen Raum, die Zuständigkeit für die Errichtung der Todesfallaufnahme (als Teil der Abhandlung) oder für Sicherungsmaßnahmen (Art. 19 EuErbVO) zu bestimmen. § 107 ist daher obsolet und kann entfallen. Wenn die Zuständigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann,

sondern die Kenntnis näherer Umstände erfordert, wird die Grundlage für die Zuständigkeitsbeurteilung natürlich auch durch eine Todesfallaufnahme geschaffen werden können.

Da weder die EuErbVO noch die JN die örtliche Zuständigkeit für die Entscheidung über Einwände gegen die Authentizität einer Urkunde nach Art. 59 Abs. 2 EuErbVO regeln, soll die JN insoweit ergänzt werden.

Zum Kärntner Erbhöfegesetz 1990:

Die Änderungen sind rein terminologischer Natur, weil der Ausdruck *Noterben* durch den Ausdruck *Pflichtteilsberechtigte* ersetzt werden soll (dazu die Erläuterungen zu § 756 ABGB).

Zur Notariatsordnung (NO):

Zu § 70 NO:

Die Änderungen sind durch die ausdrückliche Regelung der notariellen Verfügung im ABGB (§ 583 ABGB) und durch die Neuordnung im ABGB bedingt. Durch den Verweis auf § 583 ABGB ist es entbehrlich zu wiederholen, dass ein Testament vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Zeugen errichtet werden kann.

Zum Rechtspflegergesetz (RpflG):

Zu § 18 RpflG:

Die Änderung in Abs. 2 Z 1 lit. d des Entwurfs ist rein sprachlich bedingt.

Nach der vorgeschlagenen Abs. 2 Z 2 lit. c soll dem Richter die Entscheidung über die Abgeltung der Pflegeleistung nach § 815 ABGB des Entwurfs vorbehalten bleiben.

Zu § 45 RpflG:

Geregelt werden die Übergangsbestimmungen.

Zum Tiroler Höfegesetz:

Die Änderungen sind rein terminologischer Natur, weil der Ausdruck *Noterben* durch den Ausdruck *Pflichtteilsberechtigte* ersetzt werden soll (siehe dazu die Erläuterungen zu § 756 ABGB).

Zum Wohnungseigentumsgesetz 2002 (WEG 2002):

Zu § 12 WEG 2002:

In einem Fall des § 12 Abs. 2 WEG 2002 hat das Verlassenschaftsgericht noch vor der Einantwortung eine öffentliche Feilbietung des Mindestanteils einzuleiten und durchzuführen (vgl. OGH 6 Ob 92/13t; *Gantner-Doshi in Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ § 12 WEG Rz 18). Es kann jedoch Fälle geben, in denen eine Erbenmehrheit – außerhalb einer Eigentümerpartnerschaft – durch Erbgang bereits Eigentum am Mindestanteil erworben hat. Das ist zum einen bei Inlandsfällen vorstellbar, wenn etwa das Verlassenschaftsgericht die Bestimmung des § 12 Abs. 2 unbeachtet gelassen hat oder von der Existenz des Wohnungseigentumsobjekts im Nachlass aus irgendwelchen Gründen keine Kenntnis hatte. Wenn das Verlassenschaftsgericht den Nachlass mehreren Erben einantwortet, erwerben diese auch Eigentum am Mindestanteil, weil die Einantwortung den Eintragungsgrundsatz durchbricht. Zum anderen kann sich ein solcher Fall dadurch ergeben, dass der Nachlass im Ausland abgehandelt wurde und es dabei zu einer Rechtsnachfolge mehrerer Personen kommt.

In solchen Fällen kann das – bereits entstandene – Eigentum der mehreren Personen nicht im Grundbuch eingetragen werden, weil dies dem Unteilbarkeitsgrundsatz des § 12 Abs. 1 widerspräche. Die Unmöglichkeit einer solchen Einverleibung wird zur Klarstellung im neuen Abs. 3 des § 12 ausdrücklich angeordnet. Stattdessen hat das Grundbuchsgericht (vgl. § 182 Abs. 1 AußStrG) im Fall eines auf Eigentumseinverleibung gerichteten Antrags mit gerichtlicher Feilbietung des Mindestanteils vorzugehen (vgl. dazu neuerlich OGH 6 Ob 92/13t.).

Zu § 14 WEG 2002:

§ 14 WEG 2002 sieht unter bestimmten Voraussetzungen die öffentliche Feilbietung des Mindestanteils von Wohnungseigentumspartnern, von denen einer gestorben ist, (Abs. 1 Z 3) und die Fristsetzung (Abs. 5 Z 1) jeweils durch das Verlassenschaftsgericht vor. Wenn es – wegen der Zuständigkeitsregelung der EuErbVO – kein inländisches Verlassenschaftsgericht gibt, soll diese Zuständigkeit auf das Grundbuchsgericht übergehen. Das österreichische Recht kann einem ausländischen Verlassenschaftsgericht keine Aufgaben übertragen.

Zu § 58c WEG 2002:

Die Übergangsregelung ist auf Art. 83 Abs. 1 EuErbVO abgestimmt.

Zur Änderung der kaiserlichen Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch:

Zu § 74:

§ 74 über Verständigungsrechte der Gläubiger des Erben ist entbehrlich. Diese Bestimmung kann daher entfallen.

Zu Art. 16 (Sonstiges Inkrafttreten):

Das Inkrafttreten der Bestimmungen und die Übergangsregelung sind in den jeweils novellierten Gesetzen geregelt. Die JN, das GBG und das GKGT kennen traditionell keine solchen Regelungen, daher soll dafür ein eigener Novellenartikel geschaffen werden.

Die Änderungen der Zuständigkeitsregelungen in den von der EuErbVO erfassten Angelegenheiten treten mit 17.8.2015 in Kraft und sind auf Verfahren über den Nachlass eines Erblassers, der nach diesem Zeitpunkt gestorben ist, anzuwenden. Für die „Altfälle“, also für die Abwicklung von Nachlässen von Erblassern, die früher gestorben sind, gilt die bisherige Regelung, auch wenn das Verfahren erst nach dem 17.8.2015 anhängig wird.