

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATSKAMMER

Österreichische
Notariatskammer

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Wien, am 28.4.2015
GZ: 174/15

BMJ-Z6.002/0008-I 1/2015

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Anerbengesetz, das Außerstreitgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtskommissärsengesetz, das Gerichtskommissionstarifgesetz, das allgemeine Grundbuchsgesetz 1955, das IPR-Gesetz, die Jurisdiktionsnorm, das Kärntner Erbhöfengesetz 1990, die Notariatsordnung, das Rechtspflegergesetz, das Tiroler Höfengesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 2002 und die Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geändert werden (Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015);

Begutachtungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit Schreiben vom 18.03.2015, bei der Österreichischen Notariatskammer am 20.03.2015 eingelangt, hat das Bundesministerium für Justiz den Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Anerbengesetz, das Außerstreitgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtskommissärsengesetz, das Gerichtskommissionstarifgesetz, das allgemeine Grundbuchsgesetz 1955, das IPR-Gesetz, die Jurisdiktionsnorm, das Kärntner Erbhöfengesetz 1990, die Notariatsordnung, das Rechtspflegergesetz, das Tiroler Höfengesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 2002 und die Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geändert werden (Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015), übermittelt und ersucht, dazu bis 04.05.2015 eine Stellungnahme abzugeben.

**Österreichische Notariatskammer**

Landesgerichtsstraße 20, 1011 Wien, PF 150, Telefon: +43/1/402 45 09, Telefax: +43/1/406 34 75
DVR 0042846, kammer@notar.or.at, www.notar.at

www.parlament.gv.at

Die Österreichische Notariatskammer bedankt sich für die Möglichkeit, sich zum vorliegenden Entwurf äußern zu können, und erlaubt sich, nachstehende

Stellungnahme

abzugeben:

Die Österreichische Notariatskammer begrüßt und unterstützt grundsätzlich die im vorliegenden Gesetzesentwurf angestrebten Zielsetzungen des Bundesministeriums für Justiz. Die Österreichische Notariatskammer begrüßt die geplanten Vorhaben zur Rechtsbereinigung, zur Modernisierung des Pflichtteilsrechts, zur Änderung bei den Testamentsformen und zur Schaffung von Vorschriften, zur Umsetzung der Erbrechtsverordnung und zur Schaffung von diesbezüglichen Verfahrensregeln.

Insbesondere die Schaffung einer Stundungsmöglichkeit für Pflichtteilsansprüche zur Erleichterung von Unternehmensübergaben entspricht einer langjährigen Forderung auch der Österreichischen Notariatskammer im Interesse der Erhaltung von Betrieben und von Arbeitsplätzen.

Die im Folgenden zitierten Gesetzesstellen ohne Hinweis auf ein Gesetz beziehen sich auf den vorliegenden Entwurf der Erbrechtsnovelle. Beziehen sich die zitierten Gesetzesstellen auf ein geltendes Gesetz, wird das betreffende Gesetz angeführt (zB § 779 ABGB). Soweit in dieser Stellungnahme kein Hinweis erfolgt, bestehen keine Bedenken gegen die beabsichtigte Regelung.

Artikel 1: ABGB

Zu § 539:

Die Österreichische Notariatskammer weist darauf hin, dass die Neueinführung der Erbunwürdigkeit bei strafbaren Handlungen gegen den Nachlass in folgenden Konstellationen überschießend sein kann: In Fällen widerrechtlicher Kontobehabung (mit oder ohne Bankomatkarte), Verfügungen über Gemeinschaftskonten und –depots kann dieser Erbunwürdigkeitsgrund relativ leicht zum Tragen kommen. Im Gegensatz zu den strafbaren Handlungen gegen den Erblasser kann jedoch der Nachlass nicht verzeihen. Eine unbedachte und in der Praxis regelmäßig vorkommende Handlung kann somit zum kompletten Entfall des Erbrechtes führen.

Zu § 541 Z 3 und § 770 Z 5:

Die Österreichische Notariatskammer weist darauf hin, dass die Verletzung der Pflichten bei § 541 Z 3 besonders gröblich sein muss, um Enterbung bzw. Erbunwürdigkeit herbeizuführen, wogegen in § 770 Z 5 die Verletzung lediglich gröblich sein muss. Angeregt wird, die Schwere der Pflichtverletzung in beiden Bestimmungen gleichlautend zu regeln.

Zu § 546:

Die Österreichische Notariatskammer weist darauf hin, dass diese neue Bestimmung allenfalls Auswirkungen in Bezug auf die Grunderwerbssteuer, Mietrechte udgl. haben könnte. Man sollte daher

klarstellen, dass es sich um keinen Eigentumsübergang vom Erblasser auf den ruhenden Nachlass handelt und könnte dies beispielsweise mit folgender Formulierung bewirken:

„Mit dem Tod setzt der ruhende Nachlass als eigenständige juristische Person die Rechtsposition des Erblassers fort“.

Zu § 547:

Verwiesen wird auf *Ferrari*, Erbrecht S 490, wonach der unmittelbare Rechtsvorgänger des Erben eigentlich nicht der Erblasser sondern der ruhende Nachlass ist und darf folgende Formulierung angeregt werden:

„Mit der Einantwortung tritt der Erbe in die Rechtsposition des ruhenden Nachlasses ein; dasselbe gilt für die Aneignung durch den Bund.“

Zu § 566:

Das Vorliegen der Testierfähigkeit muss wohl immer in Bezug auf die konkrete letztwillige Verfügung geprüft werden, zumal diese ja auch in einer sehr einfachen Anordnung bestehen kann oder in hochkomplexen mehrstufigen Rechtsnachfolgeanordnungen. Wir regen daher folgende Formulierung an:

„Testierfähig ist, wer den Inhalt und die Folgen seiner letztwilligen Verfügung verstehen und sich entsprechend verhalten kann.“

Bei dieser Regelung kann der § 568 des vorliegenden Entwurfs entfallen.

Zu § 568 (Entfall):

Die Österreichische Notariatskammer ist sich der Problematik der derzeit von Sachverständigen und Gerichten undifferenzierten Anwendung des bestehenden § 568 bewusst.

Trotzdem spricht sich die Österreichische Notariatskammer gegen den vollständigen Entfall der Gesetzesstelle aus und vermag sich den Argumenten, wonach dieser Entfall angeblich im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention notwendig ist, nicht anzuschließen.

Die Erklärung des letzten Willens ist ein höchstpersönliches, damit vertretungsfeindliches Rechtsgeschäft. Die Anordnung gemäß § 568 ABGB, den letzten Willen grundsätzlich nur in Form eines „öffentlichen Testaments“ wirksam festlegen zu können, betrifft sohin ausschließlich die Form der Testierung; den Inhalt bestimmt der Besachwaltete selbst, die Erklärung des letzten Willens wird vom Besachwalteten selbst abgegeben.

Da es sich bei der Anordnung gemäß § 568 ABGB um einen reinen Formvorbehalt und nicht um die Anordnung einer Entscheidung in Vertretung des Betroffenen („substituted decisionmaking“) handelt, ist entgegen der in den Erläuternden Bemerkungen des Entwurfes dargestellten Meinung, die UN-Behindertenrechtskonvention verlange den Entfall des § 568 ABGB, festzustellen, dass dies gerade nicht der Fall ist.

Vielmehr wird im Hinblick auf Art 12 Abs. 4 UN-Behindertenrechtskonvention eine Anordnung gemäß § 568 ABGB geradezu notwendig sein, sofern dies zum Schutz des Behinderten vor missbräuchlicher

Einflussnahme bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung erforderlich ist (*Gruber/Palma*, Reform des § 568 ABGB? in NZ 2015, 81ff, Beilage ./1). Hier handelt es sich nicht etwa, wie von einzelnen Lehrmeinungen behauptet, um Erbenschutz, sondern um die fehlerfreie Durchsetzung des Willens des Testators.

Art 12 Abs. 4 UN-Behindertenrechtskonvention legt fest, dass mit den Maßnahmen zur Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit der behinderten Personen auch der Schutz vor Interessenskollision und missbräuchlicher Einflussnahme zu gewährleisten ist. Nach den Erfahrungen aus der notariellen Praxis sind besonders ältere, schwache, behinderte Menschen gefährdet, einem unzulässigen und unerwünschten Druck in Bezug auf ihre Entscheidungen ausgesetzt zu sein. Vor allem in vermögensrechtlichen Angelegenheiten entstehen gerade im Familienkreis, wo ein Vertrauens-, mitunter auch ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Familienmitgliedern besteht, Interessenskonflikte, die die freie Willensbildung in eigenen Angelegenheiten oftmals erschweren. Ohne strukturelle Schutzeinrichtungen, wie die Anordnung gemäß § 568 ABGB, wären besachwaltete Personen diesem Druck von Außen schutzlos ausgeliefert, sodass in vielen solchen Fällen nicht mehr von einer selbstbestimmten Entscheidung der Betroffenen gesprochen werden könnte.

Auch die vereinzelte Ansicht, § 568 sei im Hinblick auf die Tatsache, dass Personen mit wirksamer Vorsorgevollmacht der Vorschrift des § 568 nicht unterliegen, gleichheitswidrig, vermag sich die Österreichische Notariatskammer nicht anzuschließen, da bei der Errichtung einer Vorsorgevollmacht eine Vertrauensperson vorhanden ist und die Gefahr kritischer Interessenlagen wie einer Person unter Sachwalterschaft deutlich geringer ist.

§ 568 ABGB sollte nach Ansicht der Österreichischen Notariatskammer daher nicht entfallen, sondern vielmehr in der gerichtlichen Praxis konventionskonform angewendet werden; d.h. die Entscheidung über die gerichtliche Anordnung des Formerfordernisses „öffentliches Testament“ sollte nicht – wie derzeit in der gerichtlichen Praxis gang und gäbe - als in jedem Fall zu verhängende Maßnahme gehandhabt werden, sondern das Ergebnis der Prüfung der Fähigkeiten der besachwalteten Person sowie deren Schutzbedürfnis darstellen.

Um eine konventionskonforme, gerichtliche Praxis in diesem Sinne zu gewährleisten, schlägt die Österreichische Notariatskammer vor, in § 123 Abs. 1 Z 5 AußStrG die Voraussetzung, dass die Anordnung gemäß § 568 ABGB für den Schutz der besachwalteten Person erforderlich sein muss, stärker hervorzuheben. Um die Bedachtnahme auf die Erforderlichkeit der Anordnung im Einzelfall weiter zu erhöhen, könnte zudem die Pflicht statuiert werden, zu begründen, warum die Beschränkung auf die genannten Testamentsformen im konkreten Fall erforderlich ist.

Die Österreichische Notariatskammer schlägt sohin vor, statt des geplanten Entfalls des § 568 ABGB, § 123 Abs. 1 Z 5 AußStrG wie folgt neuzufassen:

§ 123 Abs. 1 Z 5 AußStrG lautet „5. gegebenenfalls eine Anordnung gemäß § 568 ABGB, sofern dies zur Unterstützung der betroffenen Person erforderlich ist. Die Erforderlichkeit einer Anordnung gemäß § 568 ABGB ist insbesondere dann anzunehmen, wenn sich aus dem Gutachten des Sachverständigen ergibt, dass die betroffene Person aus besonderen Gründen,

etwa aufgrund krankhafter Suggestibilität, bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung dieser besonderen Unterstützung bedarf. Die Erforderlichkeit ist zu begründen.“

Nach Meinung der Österreichischen Notariatskammer ist ein Gesetzgeber gut beraten, das Vorliegen eines umfassenden politischen Konzepts im Bereich des Sachwalterschaftsrechts abzuwarten, statt Einzelmaßnahmen zu setzen. Im Zuge der Überlegungen zu einer Reform des Sachwalterrechts sollten zuerst die Erfahrungen mit dem geplanten Pilotversuch zur Unterstützten Entscheidungsfindung abgewartet und analysiert werden, die Finanzierung solcher Modelle zwischen Bund, Ländern und Gemeinden geklärt werden sowie die gesellschaftlichen Veränderungen zugunsten der Selbstbestimmung der Betroffenen in der Praxis beobachtet und gefördert werden. Die pauschale Abschaffung des § 568 ABGB, ohne die Folgewirkungen final darzustellen und abzuwiegen, würde keinerlei Verbesserung der rechtlichen und gesellschaftlichen Stellung der Betroffenen, sondern vielmehr die Inkaufnahme von nachteiligen realen Folgen für die Betroffenen bedeuten.

Die Österreichische Notariatskammer weist darauf hin, dass § 568 ABGB ein Musterbeispiel für eine Entscheidungsfindung mit Unterstützung eines unabhängigen, rechtlich beschlagenen, einer disziplinären Aufsicht unterliegenden Beraters, dem Notar, mit Dokumentation der Entscheidungsfindung und ihrer Begleitumstände, darstellt.

Nach Ansicht der Österreichischen Notariatskammer sollte sohin auf die Abschaffung des § 568 ABGB im Zuge des geplanten Erbrechts-Änderungsgesetzes 2015 verzichtet werden, § 123 Abs. 1 Z 5 AußStrG neu gefasst werden, um eine konventionskonforme Auslegung des § 568 ABGB zu gewährleisten sowie ein umfassendes politisches Konzept zur Verbesserung der gesellschaftlichen und rechtlichen Stellung der Betroffenen im Rahmen der Überlegungen zu einer Sachwalterschafts-Reform erarbeitet werden. Die Österreichische Notariatskammer steht für weitere Gespräche zu dieser Thematik gerne zur Verfügung.

Zu § 572:

Es sollte klargestellt werden, dass der Beweggrund, über welchen geirrt wurde, nicht nur aus der letztwilligen Verfügung erkennbar sein muss.

Zu § 579:

Die Verschärfung der Formvorschriften beim fremdhändigen Testament wird von der Notariatskammer ausdrücklich begrüßt. Zu den wesentlichen Änderungen wird angemerkt:

- Identifizierbarkeit der Zeugen: diese Maßnahme wird die Fälschungssicherheit fremdhändiger Testamente wesentlich erhöhen. Der Notariatskammer scheint es maßgeblich, dass die Identifizierbarkeit der Zeugen möglich sein muss. So sollte es auch ausreichen, wenn beispielsweise die Adresse (Berufsadresse) der Zeugen an Stelle des Geburtsdatums angeführt ist.
- Erfordernis der „schriftlichen nuncupatio“: diese hat aus unserer Sicht zwei Konsequenzen: einerseits wird die bislang bestehende Unsicherheit der mündlichen nuncupatio, die in

zahlreichen Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes zur Ungültigkeit von Testamenten geführt hat, beseitigt.

Der Zusatz hat aber noch eine weitere Funktion, die im Zusammenhang mit der Vorarlberger Testamentsfälschungsaffäre zu sehen ist: ermittelnde Kriminalisten haben mitgeteilt, dass es aus ihrer Sicht sehr wichtig wäre, wenn sich neben der Unterschrift des Erblassers noch einige wenige selbst geschriebene Worte des Erblassers auf der Urkunde befinden, um graphologische Gutachten seriös durchführen zu können. Aus diesem Grund scheint die „schriftliche nuncupatio“ ein absolut taugliches Mittel zur Erhöhung der Fälschungssicherheit zu sein. Um aber eine nicht zu große Hürde für die Erfüllung dieses Formerfordernisses zu errichten, sollte zumindest in den erläuternden Bemerkungen klargestellt werden, dass nicht die verba legalia „die Urkunde enthält meinen letzten Willen“ auf dem Testament stehen müssen, sondern ein Zusatz ausreicht, aus dem hervorgeht, dass es sich um den letzten Willen handelt (z.B. „mein Wille, das will ich, so soll es sein“, etc., während ein bloßes „ok“ wohl zu wenig ist).

Zu § 583:

Die Notariatskammer begrüßt ausdrücklich, dass das notarielle Testament nunmehr im ABGB geregelt ist und in den Erläuterungen auf die Bestimmungen der NO verwiesen wird. Wir sind jedoch der Meinung, dass der erste Satz der Bestimmung völlig ausreichend ist, zumal die folgenden Sätze auf die gerichtliche Verwahrung privater Testamente ausgerichtet sind. Wir würden folgenden Textvorschlag anregen:

„Der Erblasser kann auch vor zwei Notaren oder vor einem Notar und zwei Zeugen schriftlich oder mündlich testieren. Hiefür sind die Bestimmungen der §§ 67, 70 ff Notariatsordnung maßgeblich.“

Zu § 584:

Die Notariatskammer regt an, zumindest in den Materialien klarzustellen, ob die Notsituation objektiv sein muss oder ob auch eine subjektive empfundene Notsituation für die Errichtung des Nottestamentes ausreichend ist. In der Lehre ist die Meinung herrschend, dass für die Anwendung der Notform nicht tatsächlich eine Gefahrensituation bestehen muss, sondern es genügt, wenn der Erblasser durch objektive Umstände begründet den subjektiven Eindruck hat, dass eine Notsituation vorliegt.

Zu § 584 Absatz 2 letzter Satz wird darauf hingewiesen, dass die überwiegende Lehre (Welser, B. Jud, A. Tschugguel) der Meinung ist, dass mit dem Wegfall des Nottestamentes auch die Widerrufswirkung entfällt. Diesbezüglich verweisen wir auf die Argumente der genannten Autoren.

Zu § 588, 589:

Die Notariatskammer begrüßt ausdrücklich, dass der Lebensgefährte nunmehr als Testamentszeuge ausgeschlossen ist. Im Zusammenhang mit § 589 sollte zum Begriff „Machthaber bedachter juristischer Personen“ klargestellt werden, dass nicht sogar ein einzelnes Mandat eines Notars oder Rechtsanwaltes in der Vergangenheit zu dessen Zeugnisunfähigkeit führt. Auch beim Machthaber einer natürlichen Person wird – aus Gründen der Rechtssicherheit vollkommen zu Recht - nur ein

spezieller, gesetzlich definierter Machthaber, nämlich der Vorsorgebevollmächtigte, als Zeuge ausgeschlossen.

Zu § 604:

Hier sollten die Anführungszeichen ganz am Ende der Bestimmung entfallen.

Weiters wird angeregt:

Im § 604 ist die Ersatzerbschaft geregelt. Nach derzeitig geltender Rechtslage enthält § 779 Abs 1 ABGB eine in der Praxis äußerst wichtige, gesetzlich vermutete Ersatzerbschaft, wonach nämlich die Nachkommen eines vor dem Erblasser verstorbenen Kindes im Zweifel in Ansehung des (testamentarischen) Erbrechtes an die Stelle des vorverstorbenen Kindes des Erblassers treten. Wie die Praxis zeigt, hat diese Bestimmung eine äußerst wichtige Funktion und trifft im Regelfall exakt die Vorstellung des Testators, wenn er gefragt wird, was für den Fall gelten soll, dass ein eingesetztes Kind vor ihm, dem Erblasser, stirbt. Diese Bestimmung findet sich in dieser Form in der Novelle nirgends. In den Materialien zu § 775 Abs 2 wird zwar ausgeführt, dass § 729 Abs 3 des Entwurfes dem § 779 Abs 1 ABGB nahekomme. Dies ist jedoch zu wenig klar: § 729 Abs 3 regelt den Fall, was bei gesetzlicher Erbfolge zu gelten hat, wenn ein Nachkomme enterbt wurde. In diesem Fall treten die Nachkommen des enterbten Kindes des Erblassers im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle (formelle Repräsentation). § 779 Abs 1 ABGB regelt jedoch etwas ganz anderes: Dort geht es um die Frage, welche Rechtsposition die Nachkommen eines Kindes des Erblassers haben, welches vor dem Erblasser verstorben ist und in einer letztwilligen Verfügung des Erblassers zum Erben bzw. Miterben berufen oder dem ein Legat ausgesetzt wurde. Entsprechend der ganz überwiegenden Vorstellung der Bevölkerung regelt dies § 779 Abs 1 ABGB vorbildlich in der Weise, dass die Kinder des vorverstorbenen Kindes an dessen Stelle treten. Eine solche Bestimmung sollte unbedingt auch in die Novelle aufgenommen werden. Anbieten würde sich der ohnedies frei gewordene § 605, zumal Regelungsgehalt des vorhergehenden § 604 die letztwillig angeordnete Ersatzerbschaft ist. Im Paragraph danach könnte die gesetzlich vermutete Ersatzerbschaft geregelt werden. § 605 könnte wie folgt lauten:

"§ 605. Wenn ein Kind des Erblassers vor oder gleichzeitig mit diesem stirbt oder erbunwürdig ist, so treten im Zweifel dessen Nachkommen in Ansehung des testamentarischen Erbrechtes oder des zugedachten Vermächtnisses an seine Stelle."

Zu § 610:

Die Umdeutung von Testiergeboten und –verböten in einer Nacherbschaft auf den Überrest wird befürwortet.

Zu §§ 611–614:

Die Klarstellungen und die sprachliche Gestaltung können als ausgezeichnet gelungen bezeichnet werden.

Zu § 615:

Im ersten Satz dieser Bestimmung sollte klargestellt werden, dass es sich um eine bloße Zweifelsregel handelt. Oft ist in Testamenten angeordnet, dass der Ersatzerbe auch dann zum Zug

kommen soll, wenn der eingesetzte Erbe binnen einer bestimmten Frist (z.B. dreißig Tage) nach dem Erblasser verstirbt. Diese Anordnungen sollten jedenfalls möglich bleiben.

Zu § 616:

Die Bestimmung sollte wie folgt lauten: „Hat der Erblasser für eine testierunfähige Person einen Nacherben bestimmt, so erlischt im Zweifel die Nacherbschaft, wenn die Person im Zeitpunkt der Anordnung testierfähig war oder die Testierfähigkeit später erlangte. Die Nacherbschaft lebt nicht wieder auf, wenn die Person später wieder testierunfähig wird.“

Zu § 648:

Die Zweifelsregel, wonach ein Vermächtnis an einen Erben im Zweifel ein Vorausvermächtnis sein soll, wird begrüßt, da dies dem typischen Erblasserwillen entspricht. Außerdem wird in der Praxis die Abwicklung der Verlassenschaftsverfahren dadurch wesentlich erleichtert und verbilligt, da es bei Hineinvermächtnissen sehr häufig zu kostspieligen Bewertungsstreitigkeiten kommt. Die Bestimmung hat daher eine streitvermeidende und kostensenkende Wirkung. Auch die Absätze 2 und 3 der genannten Bestimmung sind zu befürworten.

Zu § 713:

Unter Hinweis auf divergierende Ansichten in Lehre und Rechtsprechung (vgl nur *Apathy* in KBB⁴ § 713 Rz 4 mwN) zur Frage, ob ein späteres Testament ein früheres Kodizill im Zweifel aufhebt, wäre diesbezüglich eine klarstellende Äußerung des Gesetzgebers wünschenswert.

Zu § 726:

Die Bestimmung des Absatz 1 wird ausdrücklich begrüßt, zumal sie dem typischen Erblasserwillen wesentlich besser entspricht als die bisherige Judikatur zu diesem Thema. In Absatz 2 wird jedoch angeregt, dass die Aufhebungswirkung auch dann eintreten soll, wenn der Ehegatte oder eingetragene Partner des Erblassers das Verfahren zur Auflösung der Ehe eingeleitet hat. Dies ergibt sich unseres Erachtens schon aus einem Größenschluss und würde dem hypothetischen Erblasserwillen entsprechen. Der Erblasser hätte sonst im Falle einer Klage des Ehegatten nur die Möglichkeit, den Ehegatten auf den Pflichtteil zu setzen. Wir verweisen auch auf § 746 Abs 2 des Entwurfs.

Zu § 744:

Der Entfall des Erbrechts der Geschwister zugunsten des überlebenden Ehegatten wird als zeitgemäße Stärkung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten begrüßt, die überdies den üblichen Vorstellungen des Erblassers und des überlebenden Ehegatten entspricht.

Eine weitere Stärkung der Position des Ehegatten würde sich aus dem von Univ.-Prof. Dr. Bernhard Eccher unterbreiteten „Vorschlag für einen güterrechtlichen Ausgleichsanspruch“ (Entwurf 4.3.2015) ergeben. Diesen Vorschlag halten wir für diskussionswürdig; die Umsetzung müsste allenfalls unter gleichzeitiger Überarbeitung der Vorschriften über den ehelichen Güterstand erfolgen.

Zu § 746:

Diese neue Bestimmung wird grundsätzlich begrüßt. Ähnlich wie bei § 726 zweiter Absatz wird jedoch hinsichtlich Abs. 2 leg. cit. zu bedenken gegeben, dass der Entfall des gesetzlichen Erbrechtes auch dann zum Tragen kommen sollte, wenn der Ehegatte oder der eingetragene Partner auf Auflösung der Ehe geklagt hat und der Klage stattzugeben gewesen wäre.

Zu § 748:

Das außerordentliche Erbrecht des Lebensgefährten wird grundsätzlich befürwortet, wenngleich sich schwierige Beweisprobleme, insbesondere im Zusammenhang mit dem Beginn der 3-Jahres-Frist ergeben werden.

Zu § 749:

Der sich aus dieser Bestimmung ergebende Nachrang des außerordentlichen Erbrechtes der Vermächtnisnehmer nach dem Lebensgefährten ist insofern problematisch, als der Erblasser mit den Legatsanordnungen einen Zuwendungswillen zum Ausdruck gebracht hat, der beim Lebensgefährten fehlt. Im Endeffekt handelt es sich dabei aber wohl um eine rechtspolitische Entscheidung, wem der Vorrang eingeräumt wird.

Zu § 752:

1. Präziser und kürzer wäre es, anstelle der Wendung "einer Schenkung oder einer sonstigen Zuwendung" zu formulieren: "*einer Schenkung (§ 781)*".
2. Gemäß § 752 Abs 1 ist vorgesehen, dass die Anrechnung bzw. deren Erlass **letztwillig angeordnet** oder zwischen dem Erblasser und dem Geschenknehmer **schriftlich vereinbart** werden kann. Zur Frage, in welcher **Form** die Anrechnung bzw. deren **Erlass** angeordnet werden kann, sollte der Gesetzgeber nur in den Materialien (dort aber ausführlicher) und im Gesetz selbst nicht Stellung nehmen. Dies aus folgenden Gründen:
 - Wenn das Gesetz selbst schon diese Regelung auch in Bezug auf die Form trifft, dann müsste dies detaillierter geschehen: Nach derzeit hA (*Eccher* in *Apathy* (Hrsg), Bürgerliches Recht VI Erbrecht⁵ Rz 7/15 und 7/24 mwN) kann die Anrechnung und deren Erlass **anlässlich der Zuwendung** formfrei durch Vereinbarung zwischen dem Erblasser und dem Geschenknehmer erfolgen. Soll die Anrechnung bzw. deren Erlass **einseitig** verfügt werden, so bedarf dies der **letztwilligen Form**. Wenn die Anrechnung zu Lebzeiten, allerdings zeitlich **nach der Zuwendung** vereinbart werden soll, bedarf dies nach hA der Notariatsaktform, da der Geschenknehmer durch die **nachträgliche** Vereinbarung der Anrechnungspflicht einen Teil seines Pflichtteilsrechtes "aufgibt", was einem partiellen Pflichtteilsverzicht gleichkommt. Dies ohne Notariatsakt zuzulassen, hieße einen Wertungswiderspruch in Bezug auf die für den Pflichtteilsverzichtsvertrag ganz allgemein vorgesehene Notariatsaktpflicht in Kauf zu nehmen (vgl *Eccher* aaO; *Apathy* in KBB⁴ §§ 788-789 Rz 3; *Umlauft*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht [2001] 39 ff mwN; OGH 10 Ob 50/13 w). Die nachträgliche Aufhebung der Anrechnungspflicht durch Vereinbarung wird im Hinblick auf die aus § 551 Satz 2 HS 2 des Entwurfs hervorleuchtende Wertung in einfacher Schriftform wirksam sein.

- Wenn die Form der Anordnung der Anrechnungspflicht bzw. deren Erlass im Gesetz bei der Anrechnung beim Erbteil geregelt wird, so müsste das Gesetz diesbezüglich auch im Zusammenhang mit der Anrechnung beim Pflichtteil eine Aussage treffen, was aber nicht der Fall ist (siehe § 781 Abs 3). Aber – wie gesagt – es wird ausreichen, wenn die bisher hA – mit der Maßgabe der aus § 551 Satz 2 HS 2 des Entwurfs abzuleitenden Wertung – in den Materialien wiedergegeben wird, da die bisherige Meinung dogmatisch fundiert ist und diesbezüglich doch große Übereinstimmung besteht.
3. Die Bestimmung des § 752 Abs 2 greift zu kurz: Die in Bezug auf einen Erbteil bestehende Anrechnungspflicht soll nicht nur im Falle der Repräsentation auf die Nachkommen des Vorfahren, der die Zuwendung erhalten hat, übergehen, sondern dies sollte auch im Falle der Akkreszenz so sein. Dies wird zwar bei gleichmäßiger Akkreszenz an alle (verbleibenden) Kinder des Erblassers ohne Relevanz sein, da die mit dem anwachsenden Erbteil verbundene Anrechnungspflicht alle gleichmäßig trifft. Es gibt allerdings auch Akkreszenz-Fälle, bei denen es sehr wohl wichtig ist, dass gesetzlich angeordnet ist, dass die Anrechnungspflicht mit dem anwachsenden Erbteil verbunden ist und bleibt. Hierzu ein Beispiel:

Der Erblasser hatte zwei Kinder, von denen eines unter Hinterlassung von 3 Kindern (also 3 Enkelkinder des Erblassers) vorverstorben ist. Einem dieser Enkelkinder hat der Erblasser noch zu Lebzeiten eine anrechnungspflichtige Zuwendung gemacht. Dieses eine Enkelkind stirbt ohne Hinterlassung von Nachkommen vor dem Erblasser. Es kommt zur gesetzlichen Erbfolge. Der Erbteil des vorverstorbenen Enkelkinds wächst den beiden anderen Enkelkindern (also den Geschwistern des verstorbenen Enkelkinds) an, während die Erbquote des den Erblasser überlebenden Kindes gleich bleibt (§ 734). Durch die mit dem anwachsenden Erbteil verbunden bleibende Anrechnungspflicht vergrößert sich zwar nicht die Erbquote des dem Erblasser überlebenden Kindes, allerdings erhöht sich der mit dieser Erbquote verbundene Wert, da mit den Erbquoten der beiden anderen Enkelkinder in Höhe von je 1/4-Anteil die Anrechnungspflicht bezüglich des angewachsenen Erbteiles verbunden bleibt. Wenn – wie im Entwurf jetzt vorgesehen – die Anrechnungspflicht nur im Wege der Repräsentation auf Nachkommen, nicht jedoch im Wege der Akkreszenz auf die Seitenverwandten des weggefallenen Nachkommen des Erblassers übergeht, würde in diesem Falle der überlebende Nachkomme des Erblassers dieses "Anrechnungs-Mehrwerts" verlustig gehen.

4. Aus systematischen Überlegungen wird vorgeschlagen, die Bestimmung des § 752 mit den erwähnten Änderungen lt. Textvorschlag zu §§ 752 bis 754 neu zu fassen (siehe Textierungsvorschlag weiter unten).

Zu §§ 753 und 754:

Nach der bisherigen Rechtslage wird bei den Vorempfängen gemäß § 788 ABGB die Anrechnungspflicht vermutet. Durch diese 3 Tatbestände des § 788 ABGB (Zuwendungen zur Ausstattung, zum Berufsantritt und/oder zur Bezahlung von Schulden eines volljährigen Kindes) werden sehr viele Zuwendungen erfasst, zumal die Ausstattung nicht auf jenes Ausmaß beschränkt ist, auf welches das Kind gemäß § 1220 ABGB Anspruch hat (*Eccher*, aaO Rz 7/19 mwN). In Bezug auf sonstige Zuwendungen kann die Anrechnungspflicht vereinbart werden (Vorschüsse gemäß § 789 ABGB). Die Praxis zeigt, dass bei unentgeltlichen Zuwendungen an Kinder die Beteiligten in aller Regel davon ausgehen, dass diese Zuwendung bei der späteren Erbauseinandersetzung entsprechend zu berücksichtigen, also anzurechnen ist. Die Österreichische Notariatskammer ist der

Meinung, dass dies im Gesetz einen Niederschlag finden sollte. Demgegenüber ist die nunmehr im Entwurf vorgesehene Regelung in Bezug auf die Anrechnungspflicht sogar **restriktiver** als die bisherige Gesetzeslage. Demnach wird die Anrechnungspflicht nur vermutet

- bezüglich der Ausstattung (§ 1220), und diesbezüglich – im Hinblick auf den Verweis auf § 1220 – nur im Ausmaß des Ausstattungsanspruches, sowie
- bezüglich der Zuwendungen, die innerhalb der letzten 10 Jahre vor dem Tod des Erblassers erfolgt sind.

Insbesondere die 10-Jahres-Frist des § 754 steht im klaren Gegensatz zu der bis dato außer Streit stehenden Meinung, dass grundsätzlich alle Schenkungen im Zweifel auf den gesetzlichen Erbteil anzurechnen sind. Aus unserer Erfahrung erfolgen vorweggenommene Erbfolgen oftmals länger als 10 Jahre vor dem Tod des Erblassers. Sie werden typischer Weise in einem Alter zwischen 60 und 70 Jahren getätigt, sodass in Anbetracht der steigenden Lebenserwartung nach der Schenkung sehr häufig ein Zeitraum von mehr als 10 Jahren vergeht. **Auch die Möglichkeit, die Anrechnungspflicht auch bezüglich von Schenkungen, die mehr als 10 Jahre vor dem Tod des Erblassers erfolgt sind, zu vereinbaren, hilft nicht weiter, da Schenkungen insbesondere von Geldbeträgen gewöhnlich ohne Beiziehung einer rechtskundigen Person vorgenommen werden und das Thema „Anrechnungspflicht“ somit vielfach gar nicht bewusst wird.** Es ist nun zu befürchten, dass es in Zukunft oftmals rein vom Zufall abhängt, ob eine Schenkung innerhalb der 10 Jahre anzurechnen ist oder nicht. Dies führt einerseits wiederum zu einer Ungleichbehandlung der Kinder, die in der Regel nicht gewünscht ist. Andererseits müssen erst recht in allen Schenkungsverträgen Vorschussvereinbarungen vorgesehen werden, da man ja im Zeitpunkt der Schenkung nicht weiß, wie lange man noch lebt. Aus den bisherigen Erfahrungen ist zu befürchten, dass dies wie bisher nur sehr lückenhaft geschieht. **Es wird daher vorgeschlagen, die 10-Jahres-Frist ersatzlos zu streichen.**

Hiezu folgende **Beispiele**:

Beispiel 1: Der Erblasser schenkt seiner Tochter A 15 Jahre vor seinem Ableben EUR 50.000,-- anlässlich der Verheiratung als Ausstattung, 11 Jahre vor seinem Ableben seinem Sohn B, der keine Absicht zur Gründung einer Familie hat, aus Angst vor der Wiedereinführung einer Schenkungs- bzw. Erbschaftssteuer EUR 80.000,-- ohne besondere Verwendungsverpflichtung und seinem Sohn C 9 Jahre vor seinem Ableben EUR 100.000,-- zur Unterstützung bei der Gründung seines eigenständigen Gewerbebetriebes. Der Sohn B hat die geschenkten EUR 80.000,-- für Vergnügungen, Bezahlung von Schulden und auf sonstige Weise verbraucht. Gegenstand der Schenkungen war jeweils ein Bankguthaben; eine rechtskundige Person war bei diesen Schenkungen nicht dabei, weshalb die allfällige Anrechnungspflicht nicht thematisiert wurde. Nach der geplanten Neuregelung der Anrechnung müssten sich die Tochter A und der Sohn C, die die Zuwendungen für nachhaltige Investitionen verwendet haben, diese auf den gesetzlichen Erbteil anrechnen lassen, während der Sohn B, der das Geld "verjuxt" hat, keiner Anrechnungspflicht unterläge.

Beispiel 2: Der Erblasser hat zwei tüchtige Kinder, nämlich die Tochter A, eine erfolgreiche EDV-Technikerin, sowie den Sohn B, einen sehr talentierten Tischlermeister. Beide beabsichtigen, selbständig zu werden und benötigen für diesen Zweck Geldmittel. Als die jeweilige Geschäftsgründung ansteht, schenkt der Erblasser jeweils einen Geldbetrag, und zwar 11 Jahre vor seinem Ableben EUR 200.000,-- an seine Tochter A und 9 1/2 Jahre vor seinem Ableben ebenfalls EUR 200.000,-- an seinen Sohn B. Es handelt sich wiederum jeweils um Geldschenken, mangels Mitwirkung einer rechtskundigen Person wird die Frage der Anrechnung keiner Regelung zugeführt. Nach der geplanten Neuregelung der

Anrechnung hätte sich der Sohn B die Geldschenkung anrechnen zu lassen, während die Tochter A keiner Anrechnungspflicht unterläge.

Diese Ergebnisse sind schwer nachvollziehbar. Aufgabe des Anrechnungsrechts ist es aber, Ergebnisse zu erzielen, die vom breiten Willen der beteiligten Personenkreise getragen sind ("Durchschnittsbetrachtung des Gesetzgebers").

Vielmehr sollte **jede Zuwendung an ein Kind** (mit Ausnahme solcher, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens gemacht hat) auf den gesetzlichen Erbteil **unabhängig** davon, **wann** diese Zuwendung gemacht wurde, angerechnet werden. Bezüglich eines Formulierungsvorschlages siehe sogleich.

Damit im § 753 Satz 2 nicht nochmals auf § 752 Abs 2 verwiesen werden muss, könnten die §§ 753, 754 unter Berücksichtigung des soeben gemachten Vorschlages (Beseitigung der 10-Jahres-Frist) wie folgt lauten:

***§ 752.** Bei der gesetzlichen Erbfolge muss sich ein Kind auf Verlangen eines anderen Erben Schenkungen (§ 781) – mit Ausnahme solcher, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens gemacht hat – anrechnen lassen, soweit nichts anderes zwischen dem Erblasser und dem Geschenknehmer vereinbart oder vom Erblasser letztwillig angeordnet wurde.*

***§ 753.** Bei der gewillkürten Erbfolge findet eine Anrechnung einer Schenkung (§ 781) **auf den Erbteil¹** nur statt, soweit sie zwischen dem Erblasser und dem Geschenknehmer vereinbart oder vom Erblasser letztwillig angeordnet wurde.*

***§ 754.** Wenn ein anrechnungspflichtiger Erbe durch Tod oder aus einem anderen Grund aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, geht die mit seinem Erbteil verbundene Anrechnungspflicht im Rahmen dieses Erbteiles auf jene Personen über, die an seiner Stelle als Erben zum Zuge kommen.*

Zu § 755:

1. Die Bewertungsregelung des § 755 sollte eingeschränkt werden auf Unternehmen, Unternehmensanteile, Geld und sonstige bewegliche Sachen. Hingegen sollte die Bewertung des **unbeweglichen Nachlasses** auf den Zeitpunkt des **Todes** des Erblassers abstellen. Diesbezüglich wird auf die näheren Ausführungen zum § 787 verwiesen.
2. Im § 755 Abs 1 heißt es am Ende "... und dem Nachlass rechnerisch hinzuzuschlagen.". Um eine einheitliche Terminologie mit dem Anrechnungsrecht beim Pflichtteil herbeizuführen, sollte es besser heißen: "... und dem Nachlass **hinzuzurechnen**.".

¹ Der Hinweis auf den Erbteil ist im Zusammenhang mit der gewillkürten Erbfolge deshalb wichtig, da ansonsten ev. die Meinung entstehen könnte, dass die bei der gewillkürten Erbfolge sehr oft zum Tragen kommende Anrechnung im Zusammenhang mit dem Pflichtteil nur stattfindet, sofern dies vom Erblasser angeordnet oder mit dem Geschenknehmer vereinbart wurde. Die Anrechnung beim Pflichtteil findet natürlich unabhängig davon statt.

3. So gesehen wäre es auch konsequent, dem § 752 folgende Überschrift voranzustellen: "**IV. Hinzu- und Anrechnung beim Erbteil**".

Zu § 758:

Dass im Absatz 1. als Voraussetzung für das Pflichtteilsrecht die **hypothetische gesetzliche Erbberechtigung** – im Unterschied zum § 764 Abs 1 des Entwurfes vom 31.7.2014 – nunmehr weggefallen ist, überzeugt trotz der Begründung in den Materialien zu § 758 nicht restlos. In den Materialien wird darauf hingewiesen, dass damit noch klarer zum Ausdruck gebracht werden soll, dass auch neben einem gesetzlichen Erbrecht ein Pflichtteilsanspruch zustehen kann. Dies wird aber ohnedies – vollkommen zutreffend – im Absatz 3. des § 758 explizit zum Ausdruck gebracht. Dass das hypothetische gesetzliche Erbrecht als Voraussetzung für das Pflichtteilsrecht im Absatz 1. fehlt, irritiert aus folgenden Gründen:

- Nach dem wörtlichen Verständnis des Absatzes 1. stünde einem Enkelkind des Erblassers, dessen die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnder Vorfahre noch lebt, ein Pflichtteilsrecht zu. Freilich kann aus § 759 (Pflichtteil entspricht der Hälfte der gesetzlichen Erbquote) schlüssig entnommen werden, dass dem Enkelkind in diesem Fall keine konkrete Pflichtteilsberechtigung zusteht.
- Auch wenn – wie soeben erwähnt – die Notwendigkeit des hypothetischen gesetzlichen Erbrechts aus § 759 schlüssig abgeleitet werden kann, sollte dieses Erfordernis doch auch in der **grundlegenden Norm** des § 758 Abs 1, wo die Voraussetzungen des Pflichtteilsrechts normiert sind, zum Ausdruck kommen.
- Damit würde sich der § 758, wo der Kreis der **konkret** pflichtteilsberechtigten Personen definiert ist, klar von der Bestimmung des § 757, wo der Kreis der **abstrakt** pflichtteilsberechtigten Personen umschrieben ist, abgrenzen. Demgegenüber sollte die in den Materialien zum Ausdruck kommende Überlegung, dass dadurch die Möglichkeit eines Pflichtteilsanspruches neben dem gesetzlichen Erbrecht betont wird, in den Hintergrund treten, zumal dies ohnedies in der Bestimmung des Absatzes 3. des § 758 ausreichend zum Ausdruck kommt.

Zu § 760:

Im Absatz 2. dieser Bestimmung erhebt sich die Frage, ob eine "frei gewordende" Pflichtteilsquote **allen** anderen Pflichtteilsberechtigten **aliquot** anwächst oder ob auch hier das "**Stammesprinzip**" gelten soll. Letzteres dürfte zu befürworten sein, zumal das Stammesprinzip in unserem Erbrecht grundlegend ist (vgl nur §§ 559, 734). Dies ist beispielsweise bei folgenden Fallkonstellationen relevant:

- Der Erblasser hinterlässt neben seiner Ehegattin zwei oder mehrere Kinder. Ein Kind, das selbst ohne Nachkommen ist, ist erbunwürdig. Nimmt man den Absatz 2. des § 760 in der jetzigen Fassung wörtlich, würde die frei werdende Pflichtteilsquote des erbunwürdigen Kindes allen Pflichtteilsberechtigten, also auch der Ehegattin des Erblassers, aliquot anwachsen. Dies wäre aber wohl nicht richtig, da dies ein gewisser Widerspruch zu den Anwachsungsregeln bei der gesetzlichen Erbfolge darstellen würde.
- Ähnliches gilt, wenn der Erblasser beispielsweise neben Kindern auch Nachkommen eines vorverstorbenen erbl. Kindes (also Enkelkinder) hinterlässt, wobei eines dieser Enkelkinder rechtmäßig enterbt wurde und seinerseits keine Nachkommen hinterlässt. Nimmt man den Absatz 2. des § 760 wieder wörtlich, käme es hier wohl zur Anwachsung der frei gewordenen Pflichtteilsquote an alle anderen Pflichtteilsberechtigten, also auch an die Kinder des Erblassers.

Auch dies wäre wiederum ein Verstoß gegen die allgemeinen Anwachsungsregeln beim gesetzlichen Erbrecht. Richtigerweise müsste die frei gewordene Pflichtteilsquote im Sinne des Stammesprinzips nur den Geschwistern des enterbten Kindes anwachsen.

Diese Zweifelsfrage sollte durch eine entsprechende gesetzliche Anordnung geklärt werden. Vorgeschlagen wird, am Ende des § 760 Absatz 2. wie folgt zu formulieren: "... *erhalten, erhöhen sich die Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten aliquot; § 734 gilt sinngemäß.*"

Zu § 764:

Im Absatz 2. dieser Bestimmung ist vorgesehen, dass neben den Erben und Vermächtnisnehmern auch die auf den Todesfall Beschenkten verhältnismäßig für die Pflichtteilerfüllung haften. Die auf den Todesfall Beschenkten in Bezug auf diese Haftung auf die gleiche Stufe wie die Legatäre zu stellen, erscheint nicht sachgerecht, haben doch die auf den Todesfall Beschenkten mit Abschluss des Schenkungsvertrages einen **verbindlichen**, einseitig nicht entziehbaren **Schenkungsanspruch**, während die Vermächtnisnehmer mit Errichtung der letztwilligen Verfügung lediglich eine **unverbindliche "Vermächtnis-Aussicht"** haben. Somit erschiene es sachgerecht, die auf den Todesfall Beschenkten nur **subsidiär** nach den Erben und nach den Vermächtnisnehmern haften zu lassen.

Insoweit sollte die Bestimmung des § 956 Abs. 2 Satz 2 überdacht werden (siehe *Rabl*, NZ 2005, 129ff mwN).

Zu § 765 bis § 768:

Es wird ausdrücklich begrüßt, dass es gesetzlich ermöglicht wird, dass der Pflichtteilsanspruch durch den Erblasser bzw. auch durch das Gericht **gestundet** werden kann. Vor dem Hintergrund dieser Regelung ist es wertungskonsistent, dass der Pflichtteil auch durch Zuwendung eines Dauerrechts gedeckt werden kann, wobei der Pflichtteilsberechtigte auf eine Pflichtteilerfüllung durch dieses Dauerrecht nach längstens 5 Jahren ein Anrecht hat (§ 765 Abs 2). Bei dieser Bestimmung sollte allerdings präzisierend geregelt werden, welches rechtliche Schicksal das Dauerrecht nach 5 Jahren hat, wenn der Pflichtteilsberechtigte dann den **Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend** macht bzw. welche Rechtsfolgen eintreten, wenn der Pflichtteilsberechtigte weiterhin das **Dauerrecht** ausüben will. Der Absatz 2. des § 765 könnte diesbezüglich wie folgt ergänzt werden:

"... in Geld fordern (§ 763); in diesem Fall verliert der Pflichtteilsberechtigte die Zuwendung gemäß § 761 Abs 1, soweit diese noch nicht erfüllt wurde. Umgekehrt kann der Pflichtteilsberechtigte auch weiterhin die Erfüllung der Zuwendung gemäß § 761 Abs 1 begehren; in diesem Fall reduziert sich der Pflichtteilsergänzungsanspruch um den Schätzwert der noch nicht erfüllten Zuwendung gemäß § 761 Abs 1. Dieses Wahlrecht kann nach Ablauf der fünf Jahre binnen einer Frist von einem Jahr geltend gemacht werden."

Durch diese Ergänzung wäre auch klargestellt, dass der Ehegatte bzw. eingetragene Partner das gesetzliche Vorausvermächtnis des Wohnrechtes (§ 745) auch über den 5-jährigen Zeitraum hinaus beanspruchen kann, dies freilich unter entsprechender Reduktion des Pflichtteilsergänzungsanspruches.

Zu § 776:

In dieser Bestimmung über die Pflichtteilsminderung ist – im Unterschied zur jetzigen Gesetzeslage (siehe § 773 a Abs 2 ABGB) – nicht geregelt, wen die **Beweislast** für die Voraussetzung der Pflichtteilsminderung trifft und in welcher **Form** eine Pflichtteilsminderung wieder aufgehoben werden kann. Es empfiehlt sich, dem § 776 den folgenden Absatz anzufügen:

"(4) Die §§ 773 und 774 gelten sinngemäß."

Zu § 781:**1. Zu Absatz 1**

Die Aussage, dass Schenkungen hinzu- und angerechnet werden "können", ist etwas verwirrend. Gemeint ist damit wohl, dass Schenkungen nicht in jedem Fall hinzu- und angerechnet werden, sondern eben nur dann, wenn entsprechende Voraussetzungen gegeben sind. Dann **sind** sie allerdings anzurechnen. Es könnte daher wie folgt formuliert werden:

"... hat, sind dem Nachlass nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen hinzuzurechnen und auf einen allfälligen Pflichtteil des Geschenknehmers anzurechnen."

2. Zu Absatz 2

- a) In der Ziffer 1. sollte der Hinweis "(§ 1220)" entfallen. Bezüglich der Begründung siehe die Ausführungen zu §§ 753 und 754).
- b) In der Ziffer 4. sollte die Regelung bezüglich der Stiftung wie folgt überdacht werden:

Die Wendung "die Einräumung der Stellung als Begünstigter einer vom Erblasser errichteten Stiftung oder vergleichbaren Vermögensmasse" trifft die Sache nicht ganz:

- Entscheidend ist wohl nicht, **wer** die Privatstiftung errichtet hat, sondern vielmehr der Umstand, auf **wen** die Einräumung der Begünstigtenstellung **zurückzuführen** ist. Hiezu ein **Beispiel**:

A, ein reicher geschiedener Mann, errichtet eine Privatstiftung und widmet dieser ein Vermögen von EUR 50 Mio. Nach seinem Ableben sollen seine beiden Kinder aus erster Ehe die Begünstigten dieser Privatstiftung sein. Der geschiedene A heiratet wieder. Seine zweite Ehegattin ist ebenfalls vermögend; sie hat zwei Kinder (K 1 und K 2) aus ihrer früheren Ehe. Ihr Vermögen besteht aus Bankguthaben in Höhe von EUR 10 Mio. B möchte ihr Kind K 1 nach ihrem Ableben vermögensmäßig begünstigen. B hat mit dem anderen Kind K 2 eine schlechte Beziehung und möchte dieses an ihrem Vermögen nicht teilhaben lassen. B will ihr Vermögen ebenfalls einer Stiftung widmen. Um die Verwaltungskosten möglichst gering zu halten, entschließt sie sich, ihr Vermögen in Höhe von EUR 10 Mio. der Stiftung ihres Ehegatten zu widmen, dies allerdings mit der Verpflichtung, dass ihr Ehegatte A für dieses zugestiftete Vermögen einen eigenen Rechnungskreis bildet und bezüglich dieses Rechnungskreises vorerst B und nach ihrem Ableben ihr Kind K 1 als Begünstigte bestellt werden, welcher Verpflichtung A entsprochen hat.

Wenn es, wie im jetzigen Entwurf vorgesehen, auf die Errichtung der Stiftung ankäme, wäre die Einräumung der Begünstigtenstellung zu Gunsten von K 1 eine Zuwendung des A an sein Stiefkind K 1. Dies hätte eigentümliche Folgen:

- Im Falle des Todes von A wäre die Zuwendung der Begünstigtenstellung an K 1 in die Pflichtteilsbemessungsgrundlage nach A einzubeziehen, zumal die Vermögenswidmung von EUR 10 Mio. – diese Vermögenswidmung stammt von B – nicht dem Nachlass des A hinzuzurechnen wäre.
- Im Falle des Todes von B wäre die Einräumung der Begünstigtenstellung an K 1 nicht als Pflichtteilsdeckung von B gegenüber ihrem Kind K 1 geeignet, da B die Stiftung nicht errichtet hat.

Aus diesem Grund sollte nicht auf die Errichtung der Stiftung, sondern darauf abgestellt werden, auf **wen** die Einräumung der Begünstigtenstellung **zurückzuführen** ist.

Die Frage, wessen Schenkung die Einräumung einer Begünstigtenstellung ist, ist – zumal es unzählige Fallkonstellationen gibt – gesetzestechisch schwierig zu lösen. Aus diesem Grund wäre wohl zu bevorzugen, im Gesetzestext eine etwas allgemeinere Formulierung zu verwenden, die etwa wie folgt lauten könnte:

"4. die Vermögenswidmung an eine Stiftung oder an eine vergleichbare Vermögensmasse oder, soweit der Wert der Vermögenswidmung nicht hinzuzurechnen ist, die Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Stiftung oder einer vergleichbaren Vermögensmasse, soweit die Einräumung dieser Begünstigtenstellung auf den Erblasser zurückzuführen ist."

- Es wird nicht die Einräumung **jeder** Begünstigtenstellung eine Schenkung iSd § 781 darstellen. Eine solche Schenkung wird wohl nur dann vorliegen, wenn – wie schon erwähnt –
 - die Einräumung der Begünstigtenstellung auf den Erblasser zurückzuführen ist,
 - die zu erwartenden Ausschüttungen quantifizierbar und
 - außerdem einklagbar (durchsetzbar) sind.

Nur wenn diese drei Voraussetzungen **kumulativ** vorliegen, wird man von einer solchen Schenkung sprechen können, was auch schon die in den Materialien auf Seite 31 zitierte *B. Jud* (in FS Welser 379 ff) ausgeführt hat. Ein diesbezüglicher Hinweis in den Materialien wäre nützlich.

- Weiters sollte in den Materialien klargestellt werden, dass auch iZm einer Begünstigtenstellung § 765 Abs 2 (5-Jahresfrist) zur Anwendung gelangt.
- Im Übrigen sind, wie erwähnt, die Fallkonstellationen so unterschiedlich und zahlreich, dass in diesem Bereich wohl der LuRsp die Aufgabe zukommen wird, gewisse präzisierende Grundsätze und Abgrenzungen im Laufe der Zeit herauszuarbeiten.

3. Zu Absatz 3

Das Einziehen einer "**Hinzu- bzw. Anrechnungsgrenze**" von **10 Jahren** für Schenkungen **innerhalb der Familie** (!) erscheint äußerst problematisch (siehe schon *Welser*, Erbrechtsreform, 17. ÖJT 2009 Band II/1, 140). Heute, wo das durchschnittliche Lebensalter um die 80 Jahre liegt, sind Schenkungen, die mehr als 10 Jahre vor dem Tod des Erblassers erfolgt sind, überaus häufig. Verschärfend kommt dazu, dass ein zeitlicher Unterschied von wenigen Wochen, ja sogar Tagen, bewirkt, dass eine Schenkung innerhalb der Familie hinzu- und angerechnet wird oder eben nicht! Solche geradezu willkürlichen Ergebnisse stoßen bei den beteiligten Personenkreisen zweifellos auf Unverständnis. Der **Ausgleichsgedanke** innerhalb der Familie verlangt die **unbefristete** Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen (§ 757). Dagegen kann auch nicht argumentiert werden, dass zwischen dem Erblasser und dem Geschenknehmer in Bezug auf diese Frist etwas anderes vereinbart werden kann:

- In vielen Fällen, insbesondere bei Geldschenkungen, wirken in der Regel **keine rechtskundigen Personen** mit; die an der Schenkung beteiligten juristischen Laien sehen, wie die Praxis zeigt, die Notwendigkeit einer solchen Regelung nicht, da sie gewöhnlich davon ausgehen, dass jede lebzeitige Zuwendung an ein Kind bei der späteren Erbauseinandersetzung bzw. Pflichtteilsermittlung entsprechend zu berücksichtigen ist.
- Weiters zeigt die Praxis, dass es in vielen Fällen auch darum geht, Pflichtteilsberechtigte im Pflichtteil zu **verkürzen**. In solchen Fällen werden der Erblasser und der Geschenknehmer – sollte es bei der im Entwurf vorgesehenen Regelung des § 781 Abs 3 bleiben – keine Vereinbarung zur Abbedingung der 10-Jahres-Frist treffen.

Aus gutem Grund existiert eine solche Befristung in Bezug auf Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen in Europa – soweit ersichtlich – nirgends mit Ausnahme von Deutschland, wo es eine solche Befristungsregelung (als Abschmelzmodell seit wenigen Jahren) gibt, und mit Ausnahme von Ungarn, wo eine 15-Jahresfrist gilt (*Krajcer/Philadelph*y, Das Pflichtteilsrecht in Europa, in 17. ÖJT 2009 Band II/1, 163 ff).

Der Absatz 3. des § 781 sollte daher entfallen.

Wenn aus rechtspolitischen Gründen dennoch eine Befristung gewünscht ist, sollte sie nicht kürzer als die lange Verjährungsfrist des § 1478 sein (derzeit 30 Jahre). Bei jeder Befristungsregelung wird, um eine allfällige Wertungswidersprüchlichkeit zu vermeiden, zu überprüfen sein, ob eine solche Befristung dann nicht auch in den §§ 947 bis 950 vorzusehen ist. Dieses Problem wäre bei einer zehnjährigen Frist umso mehr gegeben.

Zur befristeten Hinzurechnung von Schenkungen an **nicht** pflichtteilsberechtigte Personen siehe die Ausführungen zu § 784.

Zu § 782:

Im Absatz 1. ist die Rede von "Schenkungen an Dritte". Im Zusammenhang mit der Überschrift zu diesem Paragraphen kann zwar erschlossen werden, dass es sich um Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen handelt. Dies sollte aber wohl auch im Gesetzestext selbst zum

Ausdruck kommen. Außerdem sollte klargestellt werden, dass es sich um Personen handelt, die nicht zum **abstrakt** pflichtteilsberechtigten Kreis gehören.

Die Klarstellung, dass es sich um den **abstrakt** pflichtteilsberechtigten Personenkreis handelt, ist wichtig, da es ansonsten immer wieder zu Auffassungsunterschieden darüber kommen wird, ob der betreffende Personenkreis den konkret oder abstrakt Pflichtteilsberechtigten entspricht.

Zur **befristeten** Anrechnung solcher Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen wird auf § 784 Abs 2 verwiesen, sodass der § 782 Abs. 2 gegenstandslos wird.

Der § 782 hätte dann wie folgt zu lauten:

"Auf Verlangen eines Pflichtteilsberechtigten sind Schenkungen an Personen, die nicht dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten gemäß § 757 angehören, bei der Berechnung des Nachlasses hinzuzurechnen."

Zu § 783:

Im ersten Satz sollte bei den Pflichtteilsberechtigten ein Hinweis auf § 757 gemacht und dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich um den **abstrakt** pflichtteilsberechtigten Personenkreis handelt: "... erleidet, sind Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte (§ 757) dem Nachlass hinzuzurechnen ...".

Im Satz 1 dieser Bestimmung ist die Rede von "derjenigen Person, die an deren Stelle tritt". Dies ist zweifelsohne richtig, könnte allerdings bei der Akkreszenz so verstanden werden, dass der anwachsberechtigte Pflichtteilsberechtigte sich die Schenkung des ausgeschiedenen Pflichtteilsberechtigten uneingeschränkt anrechnen lassen muss. Dies wäre nicht richtig, da die mit der Akkreszenz übergehende Anrechnungspflicht nur die durch die Anwachsung eintretende **Erhöhung** der Pflichtteilsquote betreffen kann, nicht jedoch den ursprünglichen Pflichtteil des Anwachsungsberechtigten. Es würde aber wohl ausreichen, dass dies in den Materialien zum Ausdruck gebracht wird.

Die Erwägungen in den Materialien zum Satz 2 des § 783 sind durchaus überzeugend. Allerdings gilt dieser Gedanke nicht nur in Bezug auf jenen Pflichtteilsberechtigten, der auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat, sondern auch auf solche Pflichtteilsberechtigte, die das Pflichtteilsrecht (im Hinblick auf einen Vorschuss) ausgeschlagen haben. Dasselbe gilt für Beschenkte, die "nur" zum Kreis der abstrakt Pflichtteilsberechtigten gehören, denen jedoch mangels konkreter Pflichtteilsberechtigung kein Pflichtteilsrecht zusteht. Demnach sollte der Satz 2 dieser Bestimmung wie folgt lauten:

"Ein Geschenknehmer, der im Zeitpunkt der Schenkung allgemein zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörte (§ 757) und dem mangels konkreter Pflichtteilsberechtigung oder deshalb kein Pflichtteil zukommt, weil er auf seinen Pflichtteil verzichtet oder diesen ausgeschlagen hat, kann ebenfalls die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte verlangen."

Zu § 784:

Bei den in diesem Paragraph geregelten Ausnahmen von der Hinzu- und Anrechnung müssten nunmehr auch die Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen erfasst werden, die länger als 10 Jahre vor dem Tod des Erblassers erfolgt sind.

Der bisherige Text des § 784 könnte als Absatz (1) bezeichnet werden. Diesem Paragraph wäre sodann der folgende 2. Absatz hinzuzufügen:

"(2) Außerdem sind Schenkungen im Sinne des § 782 von der Hinzurechnung ausgenommen, die der Erblasser früher als 10 Jahre vor seinem Tod gemacht hat. Diese Frist beginnt erst zu laufen, sobald das Vermögensopfer erbracht wurde."

Zu § 785:

Im Satz 1 dieser Bestimmung ist die Rede vom "Erlass" der Anrechnung, was auf ein einseitiges Rechtsgeschäft des Erblassers hindeutet. Es kann aber auch sein, dass der Geschenkgeber und der Geschenknehmer einvernehmlich vereinbaren, dass die Schenkung nicht auf den Pflichtteil des Beschenkten anzurechnen ist. Der Satz 1 könnte daher wie folgt formuliert werden:

"... insoweit nicht anzurechnen, als der Erblasser ihm die Anrechnung erlassen oder die Anrechnungsfreiheit mit ihm vereinbart hat."

Es ist zu begrüßen, dass in Bezug auf die **Form** für den Erlass der Anrechnungspflicht bzw. für die Vereinbarung der Anrechnungsfreiheit – ebenso wie in Bezug auf die Form der Vereinbarung einer Anrechnungspflicht (siehe § 784 Abs 1) – keine explizite Regelung in das Gesetz aufgenommen wurde; diesbezüglich wird auf die Ausführungen zu § 752 verwiesen.

Zu § 786:

Die gesetzliche Verankerung dieses Auskunftsanspruches entspricht einer langjährigen Forderung der Lehre (vgl nur *Eccher* aaO Rz 12/17) und ist daher zu begrüßen.

Zu § 788:

Die nunmehr im Entwurf vorgeschlagene Bewertungsregel, wonach die geschenkte Sache auf den **Zeitpunkt der Zuwendung** zu bewerten und nach dem Verbraucherpreisindex der Statistik Austria auf den Todeszeitpunkt zu valorisieren ist, "passt" für Unternehmen, Unternehmensanteile, Geld und sonstige bewegliche Sachen.

Wenn es um die Bewertung von **Liegenschaften** geht, führt diese Regelung in vielen Fällen zu willkürlichen, ja geradezu unverständlichen Ergebnissen. Dies sei an folgendem Beispiel demonstriert:

Das Vermögen des Vaters (künftigen Erblassers) besteht ausschließlich aus 3 ha Landwirtschaftsgrund. Er hat zwei Söhne und eine Tochter. Den beiden Söhnen schenkt er 2005 je 1 ha dieses Landwirtschaftsgrundes, während das restliche Hektar in seinem Eigentum verbleibt und im Erbweg auf seine Tochter übergehen soll. Im Zeitpunkt der Schenkung (2005) hatte dieser Grund einen Wert von 10 Euro pro m², 1 ha hatte also einen Wert von 100.000,-- Euro. Aus damaliger Sicht hätte also jedes Kind einen Wert von 100.000,-- Euro erhalten (Söhne) bzw. Aussicht auf einen solchen Wert (Tochter) gehabt. Im Jahre 2010 kam es zur Umwidmung dieses Landwirtschaftsgrundes in "Baufläche". 2015 ist der Vater gestorben. Die beiden Söhne sind

nach wie vor im Besitz dieser Grundstücke. Die Tochter hat das verbliebene Hektar dieses Grundstückes geerbt. Auf Grund der Umwidmung beträgt der Wert nunmehr 300,-- Euro pro m² (also das 30-fache des ursprünglichen Wertes). Jedes Kind besitzt nunmehr einen Wert von 3 Mio Euro. (10.000 m² x 300,-- Euro = 3 Mio Euro).

Käme die im Entwurf vorgesehene Bewertungsregelung zur Anwendung, so hätten die beiden Söhne einen **Pflichtteilsergänzungsanspruch** gegenüber ihrer Schwester: Die beiden Söhne müssten sich nämlich lediglich den ursprünglichen Wert von je 100.000,-- EUR zuzüglich Wertsicherung anrechnen lassen. Die Wertsicherung nach dem VPI beträgt für die 10 Jahre (zwischen 2005 und 2015) etwa 20 %, jeder Sohn hätte sich also einen Wert in Höhe von 120.000,-- Euro anrechnen zu lassen. In diesem Fall errechnet sich – nach der im Entwurf vorgesehenen Bewertungsmethode – der Pflichtteil jedes dieser 3 Kinder wie folgt: 3 Mio Euro (im Nachlass befindlicher Grund) + 120.000,-- Euro (Schenkung an einen Sohn) + 120.000,-- Euro (Schenkung an den weiteren Sohn) = 3.240.000,-- Euro. Der Pflichtteil davon beträgt 1/6, also je 540.000,-- Euro. Die beiden Söhne hätten also einen Pflichtteil in Höhe von je 540.000,-- Euro, wovon sich jeder die eigene Zuwendung in Höhe von 120.000,-- Euro abziehen lassen muss, sodass der Pflichtteilsergänzungsanspruch jedes Sohnes 420.000,-- Euro beträgt. Dieser Pflichtteilsergänzungsanspruch könnte also von beiden Söhnen gegenüber ihrer Schwester geltend gemacht werden, die somit insgesamt 840.000,-- Euro Pflichtteilsergänzungsansprüche zu leisten hätte. Und dies obwohl alle drei Kinder denselben Wert erhalten haben und im Todeszeitpunkt des Erblassers sogar noch besitzen – zweifellos ein höchst problematisches Ergebnis. Nach den derzeit von der Judikatur angewendeten Grundsätzen käme es zu keinen Pflichtteilsergänzungsansprüchen, da alle 3 Liegenschaften zum Todeszeitpunkt zu bewerten sind.

Aus diesem Grund sollte für die Bewertung von Liegenschaften jene Formel ins Gesetz aufgenommen werden, die vom OGH (zB 7 Ob 248/11 p; 6 Ob 54/11 a; 6 Ob 108/97 v) schon seit langer Zeit ganz generell angewendet wird: Demnach wird fingiert, dass die Liegenschaft nicht zugewendet wurde und sich somit noch im Nachlass befindet. Dabei werden jedoch Wertveränderungen, die auf den Beschenkten zurückzuführen sind (zB seine Investitionen), nicht berücksichtigt. Die Bewertung erfolgt sodann nach dem Wertmaßstab im Todeszeitpunkt des Erblassers. Diese Bewertung durch den OGH wird von der Lehre weitgehend gebilligt (siehe die Nachweise bei *Umlauf*, Erbrechtsnovelle: Bewertungsfragen in Bezug auf Schenkungen, NZ 2015, 121 FN 3 [Beilage ./2]). Der Grund, warum die im Entwurf jetzt vorgesehene Bewertungsformel für Liegenschaften nicht tauglich ist, liegt darin, dass sich die Immobilienpreise, wie sich in den letzten Jahrzehnten gezeigt hat, eine **wesentlich über der Inflationsrate** liegende Wertsteigerung erfahren haben. Verschärfend kommt dazu, dass es in vielen Fällen zwischen der Zuwendung der Liegenschaft und dem Todeszeitpunkt des Geschenkgebers zu **Umwidmungen** von Grünland in Baufläche kommt, was bei der Bewertung im Zuwendungszeitpunkt trotz Valorisierung auf den Todeszeitpunkt in keinsten Weise einen Niederschlag findet. Dies wäre aber deshalb notwendig und sachgerecht, da die Erb- und Pflichtteilsauseinandersetzung im **Todeszeitpunkt** erfolgt, sodass durch unterschiedliche Bewertungsmaßstäbe diesbezüglich eine Verzerrung eintritt bzw. eintreten kann, die jedoch vermieden werden sollte.

Im Übrigen wird auf die ausführliche Darstellung der Problematik von *Umlauf*, Erbrechtsnovelle: Bewertungsfragen in Bezug auf Schenkungen, NZ 2015, 121ff, verwiesen (Beilage ./2).

Zu § 791:

Der Absatz 3. greift zu kurz, da auch der Fall geregelt werden sollte, dass das Pflichtteilsrecht nicht infolge Pflichtteilsverzichts, sondern auf Grund des Vorablebens, der Enterbung, der Erbunwürdigkeit oder der Auflösung des das Pflichtteilsrecht begründenden Familienverhältnisses (Adoption, Ehe, Partnerschaft) beseitigt wurde. Dies wird in den Materialien zu § 791 Abs 3 ohnedies zur Diskussion gestellt. Allerdings ist dort auch vorgesehen, dass das Pflichtteilsrecht als Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung nicht unbedingt weggefallen sein muss, sondern es genügt nach den dortigen Ausführungen auch der Umstand, dass der die Verwandtschaft des Geschenknehmers zum Erblasser vermittelnde Vorfahre noch lebt. Es ist eigentlich nicht recht einsichtig, dass der Enkel in diesem Fall anfechtungsgeschützt ist. Wenn dies so gesetzlich geregelt würde, könnte der (künftige) Erblasser durch geschickte "Verteilung" der Schenkungen den haftungsfreien Umfang erheblich erweitern ("**familia suspecta**"). Somit würde wiederum eine wesentliche Möglichkeit der Umgehung des Pflichtteilsrechtes anderer Pflichtteilsberechtigter geschaffen, was eigentlich nicht das Anliegen des Gesetzgebers sein sollte.

Im Absatz 3. ist vorgesehen, dass es bei der Ermittlung des hypothetischen Pflichtteils auf den Zeitpunkt des Verzichts ankomme. Dieser Ansatz scheint allerdings nicht zwingend zu sein:

- Ganz prinzipiell ist bei der Erb- und Pflichtteilsauseinandersetzung der **Todeszeitpunkt** des Erblassers maßgeblich. Aus diesem Grund ist es auch naheliegend anzunehmen, dass der auf das Pflichtteilsrecht Verzichtende in Höhe seines hypothetischen **Pflichtteils im Todeszeitpunkt** des Erblassers anfechtungsgeschützt ist.
- Was die Höhe des Anfechtungsschutzes anbelangt, kann das Abstellen auf den Todeszeitpunkt für den Zuwendungsempfänger nachteilig, aber auch vorteilhaft sein:
Wenn sich die Vermögensverhältnisse zwischen Zuwendungs- und Todeszeitpunkt beim Erblasser verschlechtern, wird die Höhe des Anfechtungsschutzes im Vergleich zum Zuwendungszeitpunkt reduziert. Verbessern sich die Vermögensverhältnisse, wird der Anfechtungsschutz höher. Somit "partizipiert" der auf das Pflichtteilsrecht verzichtende Zuwendungsempfänger in Bezug auf den **Anfechtungsschutz** an der Entwicklung der Vermögensverhältnisse des Erblassers bis zum Todeszeitpunkt, und zwar nach **oben** wie auch nach **unten**. Dies ist durchaus angemessen. Von einer Einseitigkeit kann hier also nicht gesprochen werden.
- Dass der auf das Pflichtteilsrecht verzichtende Zuwendungsempfänger von seiner Zuwendung allenfalls einen Teil herausgeben muss, um das geschmälerte Pflichtteilsrecht der übrigen Pflichtteilsberechtigten befriedigen zu können, ist Ausfluss des **Ausgleichs- und Schutzgedankens**, der dem Pflichtteils- und Anrechnungsrecht innewohnt. Das ist ein allgemeiner und tragender Grundsatz, der diese Herausgabepflicht rechtfertigt bzw. notwendig macht.
- Immerhin hat der Zuwendungsempfänger, auch wenn er auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet, eine relative Sicherheit. Er erhält das zugewendete Gut zu Lebzeiten des Erblassers, kann es schon ab diesem Zeitpunkt nutzen und darüber verfügen. Diejenigen, die mit ihren Erb- und Pflichtteilsansprüchen auf das Nachlassvermögen verwiesen sind, haben immerhin das Risiko, dass sich dieses Vermögen zwischen dem Zuwendungs- und Todeszeitpunkt verringert. Der Zuwendungsempfänger hat insoweit eine relative Sicherheit, als er auch im Extremfall, wenn im Todeszeitpunkt kein Vermögen mehr vorhanden ist, niemals mehr als die Hälfte des ihm zugewendeten Vermögensgutes herausgeben muss. Denn die Pflichtteilslast des Erblassers kann

höchstens die Hälfte seines Vermögens ausmachen. Folglich muss der Zuwendungsempfänger höchstens die Hälfte (abzüglich der eigenen Pflichtteilsquote) herausgeben.

- Die allfällige Notwendigkeit, den hypothetischen Pflichtteil im jeweiligen Schenkungszeitpunkt zu ermitteln, würde außerdem den Verfahrensaufwand erheblich erhöhen und möglicherweise in vielen Fällen – mangels noch vorhandener Unterlagen – zu Zufallsergebnissen führen.

Beispiel: Der Erblasser hat ein Vermögen von EUR 400.000,-- und zwei Kinder. Ein Kind erhält EUR 100.000,-- als Erbvorausempfang und verzichtet gleichzeitig auf sein Pflichtteilsrecht. Die verbleibenden EUR 300.000,--, von denen ursprünglich EUR 200.000,-- als Erbe für das zweite Kind und die restlichen EUR 100.000,-- als weitere Zuwendung für das bereits vorbedachte Kind vorgesehen waren, werden vom Erblasser für Pflegekosten benötigt, sodass im Todeszeitpunkt kein Vermögen mehr vorhanden ist. Die Pflichtteilsquote der beiden Kinder beträgt je 1/4. Das auf den Pflichtteil verwiesene Kind hätte somit in Bezug auf die Zuwendung an das andere Kind einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von EUR 25.000,-- (1/4 von EUR 100.000,--). Wenn das vorausbedachte Kind in Höhe seines Pflichtteils im **Zuwendungszeitpunkt** geschützt wäre, müsste es also – damals hatte der Erblasser ein Vermögen von EUR 400.000,-- - nichts herausgeben. Demgegenüber bestünde nach dem hier unterbreiteten Vorschlag ein Anfechtungsschutz lediglich in Höhe des Pflichtteils im Todeszeitpunkt (EUR 25.000,--), sodass das vorausbedachte Kind von den erhaltenen EUR 100.000,-- einen Betrag von EUR 25.000,-- an sein Geschwister herauszugeben hätte; dem herausgabepflichtigen Kind blieben immer EUR 75.000,--. Dies erscheint im Hinblick auf den dem Anrechnungsrecht innewohnenden Ausgleichsgedanken ein durchaus angemessenes Ergebnis.

In Anlehnung an Umlauf (iFamZ 2011, 286) könnte der Absatz 3. wie folgt formuliert werden:

"(3) Ist der Beschenkte infolge Todes oder aus einem anderen Grund als Noterbe weggefallen, steht ihm bzw. seinen Erben die Haftungsfreistellung in Höhe seines hypothetischen Pflichtteils zu; dieser ist so zu berechnen, als ob der das Pflichtteilsrecht beseitigende Umstand nicht eingetreten wäre. Die Schenkung ist selbst dann hinzuzurechnen, wenn der Erblasser die Anrechnung auf den Pflichtteil erlassen hat."

Im Absatz 4. sollte richtigerweise das Wort "soweit" eingefügt werden, sodass der Beginn des Absatzes 4. wie folgt lauten könnte:

"(4) Soweit der Geschenknahmer oder dessen Erbe die Haftungsbeschränkung nach Abs 2 und 3 bereits geltend gemacht hat, so ist eine weitere Haftungsbeschränkung ..."

Zu § 792:

Es erschiene sachgerecht, wenn die Frist für die Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen (10 Jahre) deckungsgleich wäre mit der "Herausgabefrist", sodass die Frist im § 792 nicht 2, sondern 10 Jahre betragen sollte. **Eine allfällige Angst gemeinnütziger Organisationen, hier einer langen Herausgabefrist zu unterliegen, ist nicht begründet, da Schenkungen zu gemeinnützigen Zwecken nicht hinzugerechnet (§ 784) und damit überhaupt nicht herausgegeben werden müssen (§ 791 Abs 1).**

Zu § 812:

Es wird angeregt, auch die teilweise Separation des Nachlasses sowie dem Erben die Sicherheitsleistung aus Nachlassmitteln zu ermöglichen. Dadurch sollen allfällige nachteilige Folgen einer die Forderung des Separationsgläubigers erheblich übersteigenden Blockierung des Nachlassvermögens vorgebeugt werden. Der Eintritt der Haftungsbeschränkung gleich einem bedingt erbantrittserklärten Erben muss in diesem Fall von der Errichtung eines Inventars abhängig gemacht werden. Es besteht die Gefahr, dass durch die Separation des Nachlasses die Pläne des Gesetzgebers für die Einführung der Pflichtteilsstundung blockiert werden. Besonders bei Einzelunternehmen könnte die Nachlassseparation die Blockierung und Schließung des Unternehmens und damit die Gefährdung von Arbeitsplätzen zur Folge haben. Allenfalls wollte die Bestimmung gänzlich abgeschafft werden.

Zu § 815:

Hinter der Ermöglichung der Geltendmachung einer Abgeltung für erbrachte Pflegeleistungen steht ein richtiger und gut gemeinter Gedanke. Die Umsetzung erscheint allerdings problematisch: Vielfach erhalten die pflegenden Angehörigen im gewissen Ausmaß eine Abgeltung, indem ihnen ein Teil der Pension und/oder des Pflegegeldes überlassen wird. Problematisch wird es, wenn der pflegende Angehörige, obwohl er laufend Geldzuwendungen für die Pflege erhalten hat, trotzdem eine Abgeltung der Pflegeleistungen gemäß § 815 begehrt. Die (übrigen) Erben werden es schwer haben zu beweisen, dass dieser Angehörige bereits eine Abgeltung erhalten hat. Umgekehrt kann auch dem pflegenden Angehörigen keine Beweislast auferlegt werden, dass er keine Zuwendungen erhalten hat ("*negativa non sunt probanda*"). Dies wird in vielen Fällen zu einer "Doppelbegünstigung" des pflegenden Angehörigen führen.

Außerdem kommt es vielfach vor, dass solche pflegende Angehörige mit einer lebzeitigen Zuwendung bedacht werden. Aus diesem Grund wird empfohlen, im Absatz 2 die Wortfolge „ein angemessenes Entgelt“ zu ersetzen durch „eine angemessene Zuwendung“.

Es kann durchaus vorkommen, dass ein Erblasser den pflegenden Angehörigen im Hinblick auf die erfolgte Pflege mit einem höheren Erbteil oder mit einem zusätzlichen Vermächtnis bedenkt. Wenn dies von den (übrigen) Erben bewiesen werden kann, soll keine zusätzliche Pflegeabgeltung geleistet werden. Aus diesem Grund schlagen wir vor, den Absatz 4 wie folgt zu formulieren:

„(4) Die Abgeltung gebührt im Zweifel neben anderen Leistungen aus dem Nachlass.“

Zu § 956:

Zunächst wird auf die Ausführungen zu § 764 verwiesen. Es stellt sich auch die Frage, ob diese ausdrückliche Anordnung, die Schenkung auf den Todesfall nach dem Tod als Vermächtnis zu behandeln, auch andere Konsequenzen hat. Hierbei ist an das außerordentliche Erbrecht der Legatäre und den Verlust der Angehörigeneigenschaft nach § 726 zu denken.

Zu § 1503 Absatz 7. Ziffer 8.:

Der erste Satz dieser Bestimmung hätte zur Folge, dass es in den nächsten Jahrzehnten zwei unterschiedliche Erbrechtsregime gibt, was in der Praxis zu großen Problemen führen würde. Die

positiven Effekte der Erbrechtsreform 2015 würden daher für viele Jahre und viele Fälle konterkariert. Auch in der Ausbildung müssten beide Rechtslagen gelehrt werden. Was die Form der letztwilligen Verfügung anbelangt, ist die Ziffer 6 völlig ausreichend. Wir schlagen daher vor, den ersten Satz dieser Bestimmung ersatzlos zu streichen.

Der Satz 2 dieser Bestimmung regelt die Frage, in welcher Form Schenkungen vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 zu berücksichtigen sind. Diesbezüglich ist Folgendes anzumerken:

1. Nach der bisherigen Rechtslage wird anrechnungsrechtlich streng zwischen
 - Vorempfängen und Vorschüssen (§§ 788 f ABGB), die auf den gesetzlichen (Erb- und) Pflichtteil anzurechnen sind, einerseits und
 - Schenkungen gemäß § 785 ABGB, die nur auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen sind, andererseitsunterschieden. Da in dieser Übergangsbestimmung Schenkungen, die nach dem 31. Dezember 2016 vereinbart werden, geregelt sind, ist damit der weite Schenkungsbegriff des § 781 gemeint und nicht zu beanstanden. In den **Materialien** zu dieser Bestimmung sollten jedoch folgende Änderungen vorgenommen werden:
 - Irrtümlich heißt es "Schenkungsvertrags nach dem 31. Dezember 2015". Richtig müsste es heißen: "... *Schenkungsvertrags nach dem 31. Dezember 2016* ...".
 - Im darauffolgenden Satz wird ausgeführt, dass "Schenkungen, die davor erfolgt sind, ... sich nach bisherigem Recht" richten. Im Hinblick auf die bisher getroffene Unterscheidung **und die Ausführungen im nachfolgenden Punkt 2.** sollte es hier im Sinne einer präzisierenden Klarstellung lauten: "*Vorempfänge (§ 788), Vorschüsse (§ 789) und Schenkungen (§ 785), die davor erfolgt sind, richten sich **grundsätzlich** nach bisherigem Recht, **allerdings mit den Anpassungen gemäß § 1503 Absatz 7. Z 8.***"
2. Die Umsetzung dieser Übergangsregelung wird sich aus folgendem Grund nicht ganz einfach bewerkstelligen lassen: Da nach der Rechtslage gemäß ErbRÄG 2015 **nicht** mehr unterschieden wird zwischen **Nachlass- und Schenkungspflichtteil**, muss ein Weg gefunden werden, wie in diesem neuen System Vorempfänge, Vorschüsse und Schenkungen vor dem 1.1.2017, die anrechnungsrechtlich nach der **alten Rechtslage** zu beurteilen sind, erfasst bzw. angerechnet werden. Sehr oft wird es vorkommen, dass im Rahmen einer künftigen Nachlassabwicklung Vorempfänge, Vorschüsse bzw. Schenkungen nach der alten Rechtslage **und** Schenkungen gemäß den Bestimmungen des ErbRÄG 2015 zusammentreffen. Nach der alten Rechtslage müsste anrechnungsrechtlich unterschieden werden zwischen dem **Nachlasspflichtteil**, welcher sich aus dem reinen Nachlass zuzüglich Vorempfänge und Vorschüsse errechnet, einerseits und dem **Schenkungspflichtteil**, der sich aus der Summe der Schenkungen gemäß § 785 ABGB errechnet, andererseits. Da es diese Unterscheidung nach dem ErbRÄG 2015 richtigerweise nicht mehr gibt, muss diesbezüglich eine **praktikable Lösung** gesucht werden. Wesentlich ist bei der nach der alten Rechtslage bestehenden Unterscheidung zwischen Vorempfängen/Vorschüssen einerseits und Schenkung (§ 785 ABGB) andererseits doch der Umstand, dass Vorempfänge/Vorschüsse auf den Erb- bzw. Pflichtteil anzurechnen sind, wogegen dies bei

Schenkungen gemäß § 785 ABGB grundsätzlich nicht gilt bzw., wenn der Beschenkte selbst einen Schenkungspflichtteil beansprucht, die Anrechnung der eigenen Schenkung nur auf den selbst geltend gemachten Schenkungspflichtteil zu erfolgen hat. Diesem Ergebnis kommt man nahe, wenn der zweite Satz im § 1503 Absatz 7. Ziffer 8. wie folgt formuliert wird:

"Eine Schenkung ist, wenn der Schenkungsvertrag nach dem 31. Dezember 2016 geschlossen wurde, erbrechtlich nach den Bestimmungen in der Fassung des ErbRÄG 2015 zu berücksichtigen. Schenkungen, Vorempfänge und Vorschüsse, die vor dem 1. Jänner 2017 vereinbart wurden, unterliegen den Bestimmungen der §§ 785, 788 f in der Fassung vor dem ErbRÄG 2015 mit folgender Maßgabe: Schenkungen, die gemäß § 785 in der Fassung vor dem ErbRÄG 2015 anzurechnen waren, gelten als hinzu- und anzurechnende Schenkungen gemäß § 782 in der Fassung des ErbRÄG 2015 oder als Schenkungen gemäß § 785 in der Fassung des ErbRÄG 2015. Vorempfänge und Vorschüsse (§§ 788 f in der Fassung vor dem ErbRÄG 2015) gelten als hinzu- und anrechnungspflichtige Schenkungen gemäß §§ 752, 783 in der Fassung des ErbRÄG 2015."

Den vorstehenden Paragraphenverweisungen liegen die Paragraphenbezeichnungen und –inhalte zugrunde, die in dieser Stellungnahme vorgeschlagen werden.

Artikel 3: Außerstreitgesetz

Zu § 123 Abs. 1 Z 5 (Entfall):

Die Bestimmung soll im Hinblick auf die Ausführungen zu § 568 ABGB nicht entfallen.

Zu § 153 Abs. 1:

Es wird vorgeschlagen, die Wertgrenze von EUR 4.000,-- auf EUR 5.000,-- zu erhöhen (Inflation). Dieser Betrag wurde seit Inkrafttreten des Außerstreitgesetzes 2005 nicht erhöht, obwohl andere Wertgrenzen im Zusammenhang mit dem Verlassenschaftsverfahren auf EUR 5.000,-- erhöht wurden (§ 3 Abs. 1 GKG).

Zu § 155:

Auch hier wird vorgeschlagen, die Wertgrenze von EUR 4.000,-- auf EUR 5.000,-- zu erhöhen (Konkordanz zu § 153).

Zu § 174:

In Absatz 1 wird auch „Noterben“ durch „Pflichtteilsberechtigte“ zu ersetzen sein.

Zu § 178 Abs. 2 Z 3:

Der Entwurfstext ist unklar. Es ist dem Text nicht zu entnehmen, ob nur das Faktum, dass im Verlassenschaftsverfahren Pflegeleistungen im Sinne § 815 ABGB berücksichtigt wurden, ausgedrückt werden soll, oder die betragsmäßige Festsetzung im Streitfall gemeint ist. In beiden Fällen erscheint eine zwingende Aufnahme im Einantwortungsbeschluss unzweckmäßig. Sollte nur

der Umstand, dass Pflegeleistungen im Rahmen des Verfahrens berücksichtigt wurden, ausgedrückt werden, so ist darauf hinzuweisen, dass es mehrere andere Umstände gibt, die im Verfahren berücksichtigt werden und trotzdem nicht im Einantwortungsbeschluss vorkommen, wie zum Beispiel Pflichtteilsansprüche Minderjähriger. Sollte jedoch die betragsmäßige Festsetzung nach Billigkeit damit gemeint sein, so soll es aus verfahrensökonomischen Gründen auch möglich sein, diese in einem abgesonderten Beschluss festzusetzen.

Zu § 181b:

Die Regelung ist nach Ansicht der Österreichischen Notariatskammer unvollständig. Zum einen ist gem Art 63 EuErbVO die Ausstellung eines Nachlasszeugnisses ua vorgesehen, um Befugnisse zur Verwaltung des Nachlasses zu bestätigen, diese Befugnis steht ua einem erbantrittserklärten Erben aufgrund der Erbantrittserklärung zu, es bedarf keine weiteren Beschlusses. Weiters ist in der vorgeschlagenen Regelung nicht klar, wer das Nachlasszeugnis auszustellen hat, wenn eine gerichtliche Entscheidung erforderlich wird, gem § 1 Abs 1 Z 1 lit d GKG des Entwurfes ist jedenfalls der Gerichtskommissär zur Ausstellung berufen. Ebenso erscheint der Begriff der „wirksamen“ Entscheidung missverständlich.

Es wird angeregt, § 181b (2) wie folgt zu formulieren:

„Ergibt sich die Rechtsstellung, deren Bestätigung in einem Europäischen Nachlasszeugnis beantragt wird, aus einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung, einer Erklärung einer Partei oder aus dem Akteninhalt, hat es der Gerichtskommissär unmittelbar auszustellen. Sonst hat der Gerichtskommissär den Antrag dem Gericht vorzulegen, welches die entsprechende Entscheidung zu fällen hat, nach deren Rechtskraft ist der Gerichtskommissär berufen, sodann das Europäische Nachlasszeugnis auszustellen.“

Die Österreichische Notariatskammer regt an, dass die Ausstellung eines europäischen Nachlasszeugnisses als Tatbestand des § 16 GKTG ausdrücklich aufgenommen wird.

Artikel 8: IPRG

Zu § 50 Abs. 7:

Es ist den Übergangsbestimmungen nicht zu entnehmen, ob § 30 IPRG zur Beurteilung der Frage des anzuwendenden Rechts der Form für mündliche Erbverträge im Sinn der EuErbVO, für die weder die Regeln der EuErbVO noch des HTestÜ gelten, weiterhin anzuwenden ist. Es wird ersucht, eine ausdrückliche Regelung zu treffen.

Artikel 14: WEG 2002

Zu § 12 Abs. 3:

Die vorgeschlagene Regelung erscheint überschießend. Es entspricht nicht dem Geist der EuErbVO, dass in diesem Fall eine Antragstellung im Grundbuch sofort und ohne Reparaturmöglichkeit direkt in eine öffentliche Feilbietung führt.

Es wird vorgeschlagen, hier eine Frist zur Einigung der Erwerber zur Herstellung eines dem WEG entsprechenden Zustandes in grundbuchsfähiger Form vorzusehen und erst nach erfolglosem Verstreichen eine Feilbietung anzuordnen. Vorgeschlagen wird auch, die Parteien an den Gerichtskommissär zu verweisen.

Zusammenfassung

Die Erbrechtsnovelle stellt eines der größten gesetzgeberischen Vorhaben der letzten Jahrzehnte im Zivilrecht dar. Die Erbrechtsnovelle ist über weite Teile als gelungen zu bezeichnen.

Änderungsbedarf im Novellenentwurf besteht insbesondere bei:

1. Die **besondere Formvorschrift** für **besachwaltete Personen**, bei denen ein gerichtlich beeideter Sachverständiger eine eingeschränkte Testierfähigkeit konstatiert hat, sollte nicht als Schikane, sondern als Schutz für diese Personen aufgefasst werden. Nach richtiger Ansicht verstößt eine besondere Formvorschrift nicht gegen die UN-Behindertenkonvention.
2. Dass **Schenkungen** auch an pflichtteilsberechtigte Personen – mangels anderer Vereinbarung – nur hinzu- und angerechnet werden, wenn sie innerhalb der letzten 10 Jahre vor dem Tod des Erblassers erfolgt sind, ist schwer verständlich, zumal diese Regelung eine starke Aushöhlung des Pflichtteilsrechtes darstellt. Eine solche Bestimmung würde daher in vielen Fällen zu sehr ungerechten und somit den Familienfrieden störenden Ergebnissen führen. Ebenso ist zu kritisieren, dass im Zweifel nur Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen, die innerhalb der letzten 10 Jahre vor dem Tod des Erblassers erfolgt sind, auf den gesetzlichen Erbteil angerechnet werden. Auch dies ist nicht verständlich und führt in vielen Fällen zu geradezu willkürlichen Ergebnissen. Es wäre zu bedauern, dass das nunmehr viel klarer gefasste Hinzu- und Anrechnungsrecht durch diese unglückliche Fristbestimmung wiederum viel an Qualität und Nachvollziehbarkeit verlieren würde.
3. Ähnliches gilt auch für die **Bewertungsvorschrift**, die in Bezug auf Liegenschaften als problematisch anzusehen ist. Eine vom Verbraucherpreisindex abgekoppelte Wertentwicklung von Liegenschaften zwischen dem Zuwendungs- und Todeszeitpunkt wird dadurch ebenso wenig berücksichtigt wie die in diesem Zeitraum vielfach stattfindenden Umwidmungen von Grünland in Baufläche. Auch dies wird in vielen Fällen sehr ungerechte Ergebnisse nach sich ziehen.
4. Die Regelung der **Nachlassseparation** sollte im Hinblick auf das neu eingeführte Institut der Pflichtteilsstundung überdacht werden.

Es bleibt zu hoffen, dass der Entwurf in den in der gegenständlichen Stellungnahme der Österreichischen Notariatskammer aufgezeigten Punkten noch verbessert wird, damit diese "Jahrhundert-Erbrechtsnovelle" ein taugliches Instrument dafür sein wird, die für die Bevölkerung wichtigen erbrechtlichen Sachverhalte ausgewogen und angemessen zu lösen.

Die Österreichische Notariatskammer würde es sehr begrüßen, wenn die in dieser Stellungnahme enthaltenen Äußerungen und Vorschläge seitens des Gesetzgebers aufgegriffen würden, wurden sie doch gemeinsam mit Standesmitgliedern und Wissenschaftlern erarbeitet, die über jahre- und jahrzehntelange Erfahrung insbesondere auf dem Gebiet des Erbrechtes verfügen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'L. Bittner', is centered on the page.

Univ.-Doz. DDr. Ludwig Bittner
(Präsident)

Beilagen:

- .1 NZ-Beitrag *Gruber/Palma*, Reform des § 568 ABGB?
- .2 NZ-Beitrag *Umlauft*, Erbrechtsnovelle: Bewertungsfragen in Bezug auf Schenkungen

NZ 2015/28

Reform des § 568 ABGB?

Im Justizministerium wird über eine Reform des Sachwalterschaftsrechts verhandelt. Dabei gerät auch § 568 ABGB in Diskussion. Dieser ermöglicht es dem Richter anzuordnen, dass eine besachwaltete Person nur in öffentlicher Form testieren kann. Der nachfolgende Beitrag geht der Frage nach, ob ein Reformbedarf besteht.¹

Von Michael Gruber und Ulrich E. Palma

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Fragestellungen
- C. Die lex lata
 - 1. § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG
 - 2. § 568 ABGB
 - a) Der erbrechtliche Hintergrund
 - b) Zum Inhalt des § 568 ABGB
 - 3. Die historische Entwicklung des § 568 ABGB
 - 4. Die Teleologie des § 568 ABGB
 - 5. Zwischenergebnis
- D. Sachwalterschaft und UN-Behindertenrechtskonvention
 - 1. Die UN-Behindertenrechtskonvention
 - 2. Die Auslegung des Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention
 - a) Konventionskonformes Sachwalterrecht
 - b) Konventionswidriges Sachwalterrecht
 - c) Sachwalterrecht mit Anpassungen konventionskonform
 - 3. Zwischenergebnis
- E. Konventionswidrigkeit des § 568 ABGB?
- F. Überlegungen de lege ferenda
 - 1. Abschaffung der Sachwalterschaft samt § 568 ABGB
 - a) Fiktion der Testierfähigkeit
 - b) Testierfähigkeit bleibt unverändert – Voraussetzung
 - 2. Abschaffung der Sachwalterschaft – § 568 ABGB bleibt bestehen
 - 3. Sachwalterschaft und § 568 ABGB bleiben bestehen
- G. Zusammenfassung in Thesen

A. Einleitung

Vor dem Hintergrund des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (im Folgenden: UN-Behindertenrechtskonvention)² wird in Österreich über eine Reform der Sachwalterschaft diskutiert.³ Dabei ist umstritten, ob die

Sachwalterschaft mit der UN-Behindertenrechtskonvention vereinbar ist. Dazu wird vertreten, dass die Sachwalterschaft beibehalten werden kann oder modifiziert bzw. gar gänzlich abgeschafft werden sollte. Mit der Sachwalterschaft in engem sachlichen Zusammenhang steht die in § 568 ABGB vorgesehene eingeschränkte Testierform für besachwaltete Personen: Eine Person, für die ein Sachwalter nach § 273⁴ bestellt ist, kann, sofern dies gerichtlich angeordnet ist (§ 123 Abs 1 Z 5 AußStrG), nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren. Die Diskussion um eine Reform des Sachwalterrechts führte daher auch zur Frage nach einem Reformbedarf bei § 568 ABGB.

B. Fragestellungen

Aus Anlass der unter A. angesprochenen rechtspolitischen Diskussion sollen folgende Fragen näher untersucht werden:

1. Worin besteht der Schutzzweck des § 568 ABGB?
2. Ist § 568 ABGB mit den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention vereinbar?
3. Welche legislativen Möglichkeiten bestehen, den praktischen Vollzug der Norm zu verbessern, damit bei der gerichtlichen Anordnung stärker die individuellen Gegebenheiten des Einzelfalls berücksichtigt werden können?

Aus diesen Fragen ergibt sich folgender **Fortgang der Untersuchung**:

1. Zunächst ist der Boden für die Untersuchung aufzubereiten. Dafür sind § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG, § 568 ABGB idgF darzustellen (C.1. und 2.). Zum Verständnis des § 568 ABGB ist auch seine geschichtliche Entwicklung zu untersuchen, die in engem inhaltlichen Kontext

⁴ § 568 ABGB wurde textlich nicht an die Neugliederung des Sachwalterrechts durch das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 – SWRÄG 2006 (BGBl I 2006/92) angepasst. Seit dem SWRÄG 2006 entspricht § 268 ABGB dem früheren § 273 ABGB. Wegen der dynamischen Verweisung in Art X § 1 Abs 2 BGBl I 2006/92 („Soweit in anderen Bundesgesetzen auf die Sachwalterschaft nach § 273 ABGB verwiesen wird, tritt an die Stelle dieser Verweisung die Verweisung auf § 268 ABGB.“) war eine Anpassung des § 568 ABGB auch nicht nötig. Der Verweis auf § 273 ABGB aF (vor dem SWRÄG 2006) ist als Verweis auf den nunmehrigen § 268 ABGB zu lesen (nicht erwähnt etwa von Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 568 Rz 1; Eccher in Schwimann/Kodek⁴ § 568 Rz 1 f). Es liegt daher kein Redaktionsversehen vor, wie Apathy in KBB⁴ in einer FN zum Gesetzestext des § 568 ABGB meint.

¹ Untersuchung im Auftrag der Österreichischen Notariatskammer.

² BGBl III 2008/155; seit Mai 2008 in Kraft; Ratifikation durch Österreich am 26. 9. 2008 ohne Vorbehalt.

³ Grundlegend zuletzt etwa Schmalenbach, Recht auf Rechtsfähigkeit für Menschen mit Behinderungen nach Art. 12 BRK, NLMR 2014, 271.

mit dem Wandel zu sehen ist, den der Gesetzgeber im Umgang mit beeinträchtigten Personen in den letzten Jahrzehnten vollzogen hat (C.3.). Aus dieser Darstellung sollten sich dann die Schutzzwecke des § 568 ABGB klären lassen (C.4.).

2. Wendet man sich der Frage der Konformität des § 568 ABGB mit der UN-Behindertenrechtskonvention zu, so muss zunächst der einschlägige Inhalt dieser Konvention kurz angerissen werden. Dabei können wir auf bereits vorhandenes Schrifttum bauen (D.1.). Allerdings wird sich zeigen, dass die Frage der Konventionswidrigkeit des österr Sachwalterrechts umstritten ist, was naturgemäß Auswirkungen auf die Einschätzung des § 568 ABGB haben muss (D.2.). Wir versuchen daher zur Frage der Konventionswidrigkeit eine vorläufige Einschätzung zu geben (D.3.). Diese bildet das Fundament für die Beurteilung der Konventionskonformität des § 568 ABGB (E.). Vorläufig muss die Einschätzung deshalb bleiben, weil die Auslegung der UN-Behindertenrechtskonvention völkerrechtlich in besonderem Maße von der (künftigen) Praxis der Vertragsstaaten abhängt bzw noch abhängen wird.

3. Den Abschluss der Untersuchung bilden Überlegungen zur Reform des § 568 ABGB (F.).

C. Die lex lata

Im vorliegenden Zusammenhang sind zwei Phasen zu unterscheiden:

Phase 1: Für die behinderte Person wird ein Sachwalter bestellt. Der Beschluss über die Bestellung des Sachwalters hat den Hinweis auf die besondere Formvorschrift für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 568 ABGB) zu enthalten (§ 123 Abs 1 Z 5 AußStrG) – siehe unten 1.

Phase 2: Die behinderte Person möchte testieren. Eine Person, für die ein Sachwalter nach § 268 (§ 273 aF)⁵ bestellt ist, kann, sofern dies gerichtlich angeordnet ist, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren; dies gilt nicht im Fall des § 597 (§ 568 Satz 1 ABGB) – siehe unten 2.

Mit Inkrafttreten des FamErbRÄG 2004 (1. 1. 2005) wurde also die generelle Einschränkung der Testiermöglichkeiten von besachwalteten Personen gelockert. Personen, denen ein Sachwalter nach § 268 (§ 273 aF)⁶ bestellt ist, sind grundsätzlich unbeschränkt testierfähig. Unter Voraussetzung einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung im Sachwalterbestellungsbeschluss können sie jedoch nur mündlich vor Gericht oder mündlich notariell testieren.⁷ Ausgenommen sind Situatio-

nen, die ein Nottestament erforderlich machen (§ 597 ABGB).⁸

1. § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG

§ 123 Abs 1 Z 5 AußStrG bildet die verfahrensrechtliche Ergänzung zu § 568 ABGB: Der Beschluss über die Bestellung des Sachwalters nach § 268 ABGB⁹ hat den Hinweis auf die besondere Formvorschrift für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 568 ABGB) zu enthalten.

§ 123 Abs 1 Z 5 AußStrG ist in zweifacher Hinsicht missverständlich¹⁰: Erstens erweckt die Norm den Eindruck, als sei der Hinweis jedenfalls in den Beschluss aufzunehmen. Dies trifft nicht zu, weil die Einhaltung der qualifizierten Form gem § 568 ABGB nur dann anzuordnen ist, wenn das Sachwalterschaftsgericht¹¹ sie für **erforderlich** hält. Richtigerweise wäre der Tatbestand mit dem Wort „gegebenenfalls“ einzuleiten.¹² Zweitens lässt das Wort „Hinweis“ an eine schlichte Information über die Rechtslage denken. Auch dies trifft nicht zu. Denn das Gericht ordnet die Einhaltung der qualifizierten Form an. Es trifft dabei eine **rechtsgestaltende** Entscheidung.¹³ Das Sachwalterschaftsgericht hat die qualifizierte Form zum Schutz der behinderten Personen selbst dann ausdrücklich anzuordnen, wenn es einen Sachwalter für alle Angelegenheiten bestellt.¹⁴

Die zumindest in Hinblick auf die Formulierung bei § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG vorhandenen Unzulänglichkeiten sind wohl der Normentstehung geschuldet. Die dzt geltende Fassung wurde noch in Hinblick auf die alte Rechtslage, wonach der Besachwaltete gem § 568 ABGB jedenfalls in den Testamentsformen beschränkt war, beschlossen. Erst danach wurde die Novellierung von § 568 ABGB beschlossen, wonach dieser nur die Möglichkeit der Beschränkung normiert. In Kraft getreten sind aber beide Bestimmungen zeitgleich, weswegen § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG auf eine unzutreffende, weil veraltete Rechtslage abstellt.¹⁵

Dass die Kritik an der Verständlichkeit der Norm nicht nur von theoretischem Interesse ist, sondern durchaus für handfeste praktische Probleme sorgen kann, zeigt die jüngste höchstgerichtliche Judikatur.¹⁶ Entscheidungswesentlich war die Frage, ob die Formulierung „Es wird

⁵ Siehe FN 4.

⁶ Siehe FN 4.

⁷ Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge § 16 Rz 35; Aufner, Das gerichtliche Testament einer unter Sachwalterschaft stehenden Person – ein alter Bekannter der Amtshaftung, FamZ 2007, 92.

⁸ Das Nottestament bleibt in der Folge außer Betracht. Zu bemerken ist, dass diese Ausnahme rechtspolitisch nicht unumstritten ist, vgl Fischer-Czermak, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, NZ 2005, 2 (10 f).

⁹ Siehe FN 4.

¹⁰ Zum Folgenden Schauer in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 123 Rz 19.

¹¹ Bezirksgericht (§ 104 a JN); Richtervorbehalt (§ 19 RpfG).

¹² So Schauer in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 123 Rz 19.

¹³ Schauer in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 123 Rz 19.

¹⁴ Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge § 16 Rz 35.

¹⁵ OGH 3 Ob 4/13 d EF-Z 2013/118 (A. Tschugguel).

¹⁶ OGH 3 Ob 4/13 d EF-Z 2013/118 (A. Tschugguel).

darauf hingewiesen, dass die betroffene Person ihren letzten Willen nur mündlich vor dem Gericht oder einem Notar erklären kann (§ 123 Abs 1 AußStrG iVm § 568 ABGB)“ im Rahmen eines Bestellungsbeschlusses als konstitutive Anordnung iSd § 568 ABGB oder als bloß deklarativer Hinweis angesehen werden konnte. Wäre Ersteres der Fall gewesen, wäre der Erblasser auf die in § 568 ABGB angeordnete Form zu testieren beschränkt gewesen und ein Testament, welches diese Form nicht erfüllt hätte, wäre unwirksam gewesen. Im zweiten Fall hätte der Erblasser hingegen auf jede Art testieren können und ein Testament, welches den allgemeinen Formvorschriften entsprochen hätte, wäre wirksam gewesen. Der erkennende Senat verstand die oben genannte Formulierung als konstitutive Anordnung und begründete dies damit, dass das dem Beschluss zu Grunde liegende Gutachten eine Anordnung iSd § 568 ABGB forderte, weswegen auch der Beschluss dahingehend auszulegen sei.¹⁷

2. § 568 ABGB

An die Anordnung des § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG knüpft § 568 Satz 1 HS 1 ABGB an: Eine Person, für die ein Sachwalter nach § 268 (§ 273 aF)¹⁸ bestellt ist, kann, sofern dies gerichtlich angeordnet ist, nur mündlich vor Gericht¹⁹ oder Notar²⁰ testieren.

a) Der erbrechtliche Hintergrund

Das Testament muss (anders als ein Kodizill) eine Erbinsetzung enthalten (Wirksamkeitsvoraussetzung). Als Ausfluss der Privatautonomie ist die Bestimmung des Erben ein **höchstpersönliches Recht** des Erblassers (§ 564 ABGB). Daher ist bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung eine gesetzliche oder gewillkürte Vertretung ausgeschlossen (Grundsatz der formellen Höchstpersönlichkeit).²¹ Nur der Erblasser selbst kann den bzw die Erben einsetzen. Er darf nicht einen Dritten mit der Bestimmung seines Erben beauftragen (Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit).²²

Eine wirksame letztwillige Verfügung setzt die Testierfähigkeit des Erblassers und dessen Testierabsicht voraus.

Testierabsicht bedeutet: Im Zeitpunkt der Errichtung einer letztwilligen Verfügung muss es dem Verfasser bewusst sein, dass er hiermit seinen Nachlass regelt (animus testandi).²³

Die **Testierfähigkeit** ist die zur Errichtung (oder Aufhebung) letztwilliger Verfügungen erforderliche Geschäftsfähigkeit. Sie umfasst die Fähigkeit, einen den gesetzlichen Anforderungen entsprechenden Willen innerlich zu bilden und äußerlich zu erklären.²⁴ Die Testierfähigkeit setzt volle Besonnenheit des Erblassers voraus. Er muss wissen, dass er eine letztwillige Verfügung trifft und was er verfügt.²⁵ Die Testierfähigkeit muss im Zeitpunkt der Errichtung vorhanden sein. Verliert der Erblasser später seine Testierfähigkeit, hat dies keinen Einfluss auf die Gültigkeit der Erklärung (§ 575 ABGB).²⁶

Fehlte dem Erblasser die Testierfähigkeit bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung, so ist diese ungültig und es tritt idR die gesetzliche Erbfolge ein (§ 576 ABGB).²⁷

Ob Testierfähigkeit gegeben ist, ist eine Rechtsfrage, die aufgrund der Feststellungen über den Geisteszustand des Erblassers zu beantworten ist.²⁸ Die Rechtsprechung nimmt Testierfähigkeit an, wenn zumindest „die kognitiven und volitiven Fähigkeiten eines 14-Jährigen“ vorliegen.²⁹

Diese Grenze ergibt sich aus dem Gesetz. Denn hinsichtlich des **Alters** zieht § 569 ABGB die Grenze für die Testierfähigkeit bei der Mündigkeit, also dem vollendeten 14. Lebensjahr ein: Unmündige sind zu testieren unfähig (Satz 1). Mündige Minderjährige können, außer im Fall des § 597, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren (Satz 2). Die Parallelen zu § 568 ABGB sind offenkundig: § 569 Satz 3 ABGB verweist auf § 568 Sätze 1 und 2 ABGB. Beide Bestimmungen rekurrieren auf die Ausnahme des Nottestaments.

Die Testierfähigkeit kann auch durch den **Geisteszustand** eingeschränkt sein: Wird bewiesen, dass die Erklärung in einem die hierfür erforderliche Besonnenheit ausschließenden Zustand, wie dem einer psychischen Krankheit, einer geistigen Behinderung oder der Trunkenheit, geschehen sei, so ist sie ungültig (§ 566 ABGB).³⁰

¹⁷ OGH 3 Ob 4/13d EF-Z 2013/118 (A. Tschugguel).

¹⁸ Siehe FN 4.

¹⁹ Jedes österr Bezirksgericht (§ 121 JN). Das Gericht, das die schriftliche oder mündliche Erklärung des letzten Willens aufnimmt, muss gem § 589 ABGB aus wenigstens zwei eidlich verpflichteten Gerichtspersonen bestehen, deren einer in dem Ort, wo die Erklärung aufgenommen wird, das Richteramt zusteht. Die Zeugenschaft der zweiten Gerichtsperson, außer dem Richter, können auch zwei andere Zeugen vertreten. Auch ein Rechtspraktikant erfüllt die Eigenschaft einer beeideten Gerichtsperson iSd § 589 ABGB (OGH 8 Ob 6/06z). Vgl auch *Aufner*, FamZ 2007, 92 (92 ff).

²⁰ § 70 NO.

²¹ Ausführlich *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge § 16 Rz 11.

²² *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge § 16 Rz 11.

²³ *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge § 16 Rz 20.

²⁴ *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge § 16 Rz 27.

²⁵ *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge § 16 Rz 27.

²⁶ *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge § 16 Rz 28.

²⁷ *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge § 16 Rz 28.

²⁸ OGH 1 Ob 28/03d EF 104.620; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge § 16 Rz 29 mwN.

²⁹ OGH 1 Ob 28/03d; 9 Ob 710/91 SZ 64/111; 1 Ob 749/83 SZ 56/180.

³⁰ Ausführlich *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Vermögensnachfolge § 16 Rz 31 ff.

Bei der Beurteilung, ob Testierfähigkeit vorliegt, werden also geringere Anforderungen an den geistigen Zustand gestellt als allgemein für die Geschäftsfähigkeit. Die Testierfähigkeit wird bei Vorliegen der geistigen Fähigkeiten eines Vierzehnjährigen bejaht. Nur eine besonders erhebliche Abschwächung der geistigen Fähigkeiten bewirkt Testierunfähigkeit. Für die Testierfähigkeit wird nicht der Vollbesitz der geistigen Kräfte und die Erfassung der Tragweite der letztwilligen Anordnung in vollem Umfang verlangt. Dem Testator müssen nur der Testiervorgang und der Inhalt der Verfügung bewusst sein.³¹ Begründet wird dieser geringere Standard damit, dass das Errichten einer letztwilligen Verfügung ein vertretungsfeindliches Rechtsgeschäft ist.³²

Uneingeschränkt testierfähig sind somit alle volljährigen Personen, welche die erforderlichen geistigen Fähigkeiten besitzen.³³ Diese können sowohl die privaten als auch die öffentlichen Testamentsformen ohne Einschränkung nutzen.

Sofern Testierfähigkeit gegeben ist, sind auch besachwaltete Personen grds. fähig, letztwillig zu verfügen.

b) Zum Inhalt des § 568 ABGB

Eine Person, für die ein Sachwalter nach § 268 (§ 273 aF)³⁴ bestellt ist, kann, sofern dies gerichtlich angeordnet ist, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren; dies gilt nicht im Fall des § 597 (§ 568 Satz 1 ABGB). Das Gericht muss sich durch eine angemessene Erforschung zu überzeugen suchen, dass die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe (§ 568 Satz 2 ABGB). Die Erklärung muss in ein Protokoll aufgenommen, und dasjenige, was sich aus der Erforschung ergeben hat, beigerückt werden (§ 568 Satz 3 ABGB).

§ 568 ist nur auf „endgültige“ Sachwalterbestellungen anzuwenden, sofern das Sachwalterschaftsgericht eine entsprechende Anordnung getroffen hat.³⁵

Wenn die gerichtliche Anordnung gem § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG erfolgt, ist die behinderte Person also **auf zwei Testamentsformen** (mündlich vor Gericht oder Notar) **beschränkt**. Die Beschränkung auf die mündlichen Formen ist für den Schutz des Besachwalteten wesentlich, weil notarielle oder gerichtliche Testamente gem § 587 ABGB grds. auch mittels Übergabe einer verschlossenen, eigenhändig unterschriebenen Schrift errichtet werden können. Der Erblasser hat in diesem Fall vor dem Notar bzw. Gericht nur noch zu erklären, dass es sich bei der Schrift um sein Testament handelt. Die Schrift selbst kann aber – sofern sie vom Erblasser unterzeichnet ist – auch von Dritten verfasst sein, ohne des-

halb ungültig zu werden.³⁶ Wie noch zu zeigen sein wird, würde diese Form des gerichtlichen/notariellen Testaments den Schutz des besachwalteten Testators nicht ausreichend gewährleisten.

Eine gerichtliche Anordnung gem § 568 ABGB ändert aber nichts daran, dass die besachwaltete Person frei über ihr gesamtes Vermögen testieren kann.³⁷ § 568 ABGB modifiziert bloß die für die Wirksamkeit notwendige **Form**, nicht aber die **inhaltlichen** Gestaltungsmöglichkeiten letztwilliger Verfügungen besachwalter Personen. Die Testierfreiheit wird also nur durch die Beschränkung der zur Verfügung stehenden Testamentsformen, nicht aber – wie etwa früher beim Verschwender³⁸ – materiell auf einen Teil des Vermögens beschränkt.

Die Testierfähigkeit der behinderten Person ist auch im Fall des § 568 ABGB nach § 566 ABGB zu beurteilen.³⁹ Sollte die Person für die Testierfähigkeit nicht ausreichende geistige Fähigkeiten besitzen, ist es ihr nicht möglich, wirksam letztwillig zu verfügen. Infolge mangelnder Testierfähigkeit kann sie nicht selbst testieren. Wegen der Vertretungsfeindlichkeit der letztwilligen Verfügung kommt auch keine Vertretung durch den Sachwalter in Betracht.⁴⁰ Die Formen des § 568 ABGB ersetzen also nicht das Erfordernis der Testierfähigkeit.

Richter und Notare sind zur Vornahme der Amtshandlung verpflichtet.⁴¹ Sie dürfen die Aufnahme einer letztwilligen Verfügung nicht mit der Begründung verweigern, dass die behinderte Person nicht testierfähig sei. Zweifel an der Testierfähigkeit der behinderten Person wären im Protokoll zu vermerken.⁴²

Wurde anlässlich der Bestellung eines Sachwalters keine Beschränkung angeordnet, kann die behinderte Person – ihre Testierfähigkeit vorausgesetzt – ohne die Einschränkung des § 568 ABGB weiterhin in jeder Form testieren. Es steht ihr auch zu, wie nicht besachwaltete Personen frei zwischen allen Testamentsformen zu wählen.⁴³

³⁶ Christandl, Der Schutz pflegebedürftiger Erblasser vor Fremdbestimmung – eine kritische Bestandsaufnahme, JBl 2013, 681 (695f); ähnlich auch W. Tschugguel, Mündlich kann auch schriftlich sein: ein besonderer Fall der letztwilligen Verfügung einer besachwalteten Person, iFamZ 2012, 154 (155).

³⁷ Apathy in KBB⁴ §§ 568, 569 Rz 3.

³⁸ Unten bei FN 56.

³⁹ Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 568 Rz 2; Pierer, Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters bei erb- und familienrechtlichen Rechtsgeschäften, EF-Z 2013/158 (244); Spitzer, Neues zu letztwilligen Verfügungen – Ein Beitrag zu Nottestamente und Testierfähigkeit, NZ 2006, 77 (78).

⁴⁰ Schauer in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 123 Rz 14; Eccher in Schwimann/Kodek⁴ § 568 Rz 8; Pierer, EF-Z 2013/158 (244).

⁴¹ Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 568 Rz 4; Aufner, FamZ 2007, 92 (92).

⁴² Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 568 Rz 4; vgl. auch Steinbauer, Die Handlungsfähigkeit geistig Behinderter nach dem neuen Sachwalterrecht, ÖJZ 1985, 385 (391); Spitzer, NZ 2006, 77 (78).

⁴³ Apathy in KBB⁴ §§ 568, 569 Rz 1.

³¹ Vgl. Apathy in KBB⁴ § 566 Rz 1 mwN; RIS-Justiz RS0012427.

³² Apathy in KBB⁴ § 566 Rz 1 mwN.

³³ Apathy in KBB⁴ §§ 568, 569 Rz 1.

³⁴ Siehe FN 4.

³⁵ Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 568 Rz 1.

Wenn ein Fall des § 568 Satz 1 ABGB vorliegt, also eine Anordnung des Sachwalterschaftsgerichts besteht, muss das Gericht⁴⁴ sich durch eine angemessene Erforschung zu überzeugen suchen, dass die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe (§ 568 Satz 2 ABGB). Dies bedeutet, dass das Gericht insb auch untersuchen muss, ob der Besachwaltete im Zeitpunkt der Erklärung des letzten Willens für die Testierfähigkeit ausreichende geistige Fähigkeiten hatte und seine Erklärung frei von Willensmängeln abgibt.⁴⁵ Schon das wäre bei dem übergebenen Testament idR nicht möglich. Das Ergebnis der gerichtlichen Nachforschung ist dem über die Erklärung anzufertigenden Protokoll gem § 568 Satz 3 ABGB beizurücken. Auf Verlangen der behinderten Person ist ein gerichtliches Protokoll oder ein notarielles Protokoll gem § 70 NO aufzunehmen. Ob eine der Form des § 568 ABGB entsprechende letztwillige Verfügung nur mündlich durch notarielles Protokoll oder aber auch in Form eines Notariatsakts errichtet werden kann, ist strittig.⁴⁶

Es geht also darum, Zweifel an der Testierfähigkeit beim Testierakt festzuhalten. Deshalb wird das Sachwalterschaftsgericht von seiner Befugnis, die qualifizierte Form des mündlichen, vor Gericht oder Notar errichteten Testaments anzuordnen, vor allem dann Gebrauch machen, wenn Bedenken gegen die Testierfähigkeit der betroffenen Person bestehen.⁴⁷

Obwohl im Wortlaut des § 568 ABGB nicht explizit vorgesehen und trotz Fehlens eines Verweises auf § 568 ABGB in § 70 NO trifft den Notar bei Inanspruchnahme eines notariellen mündlichen Testaments nach zutr Ansicht eine vergleichbare Nachforschungspflicht.⁴⁸

Bei dieser Nachforschung durch die Urkundsperson sind keine aufwändigen Untersuchungen anzustellen oder Sachverständigengutachten einzuholen.⁴⁹ Die Testierfähigkeit ist durch die Urkundsperson anhand ihrer Lebenserfahrung und juristischen Fachkenntnis zu beurteilen und muss unmittelbar vor Aufnahme des letzten Willens geschehen. Auch das wäre beim übergebenen schriftlichen Testament nicht möglich. Das Ergebnis der Prüfung ist im Protokoll zu vermerken und stellt

ein absolutes Formerfordernis dar.⁵⁰ Die Protokollierung des Prüfungsvorgangs ist also Gültigkeitserfordernis.⁵¹ Die formelhafte Erklärung einer behinderten Person im Protokoll (etwa: *„Diese letztwillige Anordnung habe ich bei vollen Verstandeskräften frei von Betrug, Zwang und wesentlichem Irrtum errichtet“*) genügt diesen Anforderungen nicht.⁵² Eine nachträgliche „Beirückung“ desjenigen, was sich aus der Erforschung ergeben hat, wird aus Gründen der Rechtssicherheit nur dann zulässig sein, wenn die zeitgerechte Erfüllung der Nachforschungspflicht – etwa durch einen Aktenvermerk im Handakt – dokumentiert ist.⁵³

An den Inhalt der Erklärung nach § 568 Satz 3 ABGB werden keine hohen Anforderungen gestellt. Nach stRsp genügt ein bloß allgemein gehaltener Vermerk über das Ergebnis der gepflogenen Erforschung, ob die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschieht.⁵⁴ Andererseits reicht dem OGH das bloße Beifügen eines nicht datierten Attests des Hausarztes der besachwalteten Person nicht, weil es sich dabei eben nicht um die Wiedergabe der Wahrnehmungen des Richters handelt.⁵⁵

3. Die historische Entwicklung des § 568 ABGB

Wie das Recht der früher sog Entmündigung und so dann der Sachwalterschaft wurde auch § 568 ABGB über spezielle Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen behinderter Personen in den letzten Jahrzehnten mehrmals novelliert.

Zunächst war § 568 ABGB seit der Stammfassung 1811 bis zur Einführung des Sachwalterrechts eine inhaltliche Beschränkung der Testierfreiheit für den Verschwender.⁵⁶

Eine Vorgängerbestimmung zu § 568 ABGB mit seinem heutigen Inhalt (Regelung spezieller Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen behinderter Personen) fand sich nicht im ABGB, sondern in § 4 Abs 2 EntmO.⁵⁷ Der

⁴⁴ FN 19.

⁴⁵ Apathy in KBB⁴ §§ 568, 569 Rz 3.

⁴⁶ W. Tschugguel, iFamZ 2012, 150 (153) mN zur Diskussion. Siehe auch oben bei FN 36.

⁴⁷ Schauer in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 123 Rz 18.

⁴⁸ Apathy in KBB⁴ §§ 568, 569 Rz 6; Wagner/Knechtel, Notariatsordnung⁶ § 70 NO Rz 5; Schick/Gurmann, (Eigen-)Änderung einer Urkunde durch Vornahme einer nachträglichen Beirückung gem §§ 568f ABGB, NZ 2005, 1 (1); A. Tschugguel, Sachwalterschaft aus Sicht des Testamenterrichters – Testamentsform – Sorgfaltspflichten des Testamenterrichters? EF-Z 2013/161 (257 f); Spitzer, NZ 2006, 77 (FN 4); ders, Änderungen im Erbrecht durch das KindRÄG 2001, NZ 2003, 353 (354). Vgl auch E 4 Ob 69/03f NZ 2003, 371. IdS wohl auch schon ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 21.

⁴⁹ Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge § 16 Rz 36.

⁵⁰ Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge § 16 Rz 36.

⁵¹ OGH 4 Ob 69/03f; SZ 69/122; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 568 Rz 6.

⁵² OGH 10 Ob 81/05t; 4 Ob 69/03f; Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge § 16 Rz 36; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 568 Rz 6.

⁵³ Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 568 Rz 7.

⁵⁴ OGH 4 Ob 69/03f NZ 2003, 371; 4 Ob 198/11 p; 2 Ob 218/00y; Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 568 Rz 5.

⁵⁵ 6 Ob 2125/96 k. Siehe auch Tschugguel, iFamZ 2012, 150 (153).

⁵⁶ „Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann nur über die Hälfte seines Vermögens durch letzten Willen verfügen; die andere Hälfte fällt den gesetzlichen Erben zu.“ Siehe etwa OGH SZ 14/165. Es handelte sich um eine Parallelbestimmung zu § 273 ABGB (vor dem SachwG) bzw zum einschlägigen Tatbestand in der EntmO.

⁵⁷ Kaiserliche Verordnung v 28. 6. 1916 RGBl 1916/207.

Wortlaut der Bestimmung in der zuletzt geltenden Fassung lautete:

„§ 4 EntmO: (1) Wer beschränkt entmündigt ist, steht einem mündigen Minderjährigen gleich und erhält einen Beistand.

(2) Wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche beschränkt Entmündigte können nur mit Einwilligung des Beistandes und des Gerichtes eine Ehe eingehen und können nur mündlich vor Gericht testieren (§ 569 ABGB).

(3) Der Beistand hat die Rechte und Pflichten eines Vormundes, doch kann das Pflschaftsgericht dem Beistande die Verfügung über das, was sich der Entmündigte durch seinen Fleiß erwirbt, vorbehalten.“

§ 4 Abs 2 EntmO ordnete also an, dass beschränkt entmündigte Personen nur gerichtlich testieren konnten. Die Möglichkeit des notariellen Testaments kannte das Gesetz zu diesem Zeitpunkt noch nicht.⁵⁸ Unbeschränkt entmündigte Personen waren überhaupt testierungsfähig.⁵⁹

Eine wesentliche Änderung der Rechtslage ergab sich durch die Einführung der Sachwalterschaft.⁶⁰ Mit ihr trat die EntmO samt deren § 4 Abs 2 außer Kraft. An deren Stelle trat ein neuer § 568 ABGB. Der Regelungsgegenstand entsprach funktional der Vorgängerbestimmung des § 4 Abs 2 EntmO. § 568 ABGB regelt seitdem die letztwilligen Verfügungen besachwalteter Personen. Der Wortlaut des § 568 ABGB in seiner Stamfassung nach dem SachwG lautete:

„§ 568 ABGB: Personen, denen ein Sachwalter nach § 273 bestellt ist, können nur mündlich vor Gericht oder mündlich notariell testieren.“

§ 568 ABGB ordnete also an, dass Personen, denen ein Sachwalter bestellt wurde, nur gerichtlich oder notariell mündlich testieren konnten. Eine in der Regierungsvorlage⁶¹ vorgesehene Möglichkeit, bei einer besachwalteten Person von einer Beschränkung auf diese Formen abzusehen, wurde nicht umgesetzt. Es handelte sich somit um eine starre Regelung.⁶² Im Gegensatz zur vorangegangenen Rechtslage wurde jedoch durch die Novelle die Möglichkeit des notariellen zusätzlich zu der des gerichtlichen Testaments eröffnet.⁶³

Eine neuerliche – den Materialien⁶⁴ nach nur textliche – Veränderung von § 568 ABGB trat am 1. 7. 2001 in Kraft.⁶⁵ Die geänderte Fassung der Bestimmung lautete ab nun:

„§ 568 ABGB: Personen, denen ein Sachwalter nach § 273 bestellt ist, können nur mündlich vor Gericht oder mündlich notariell testieren. Das Gericht muss sich durch eine angemessene Erforschung zu überzeugen suchen, dass die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe. Die Erklärung muss in ein Protokoll aufgenommen, und dasjenige, was sich aus der Erforschung ergeben hat, beigerückt werden.“

Es ist offenkundig, dass nicht nur eine textliche Anpassung erfolgte. Vielmehr brachte das KindRÄG 2001 eine wichtige Neuerung, nämlich erstmals die ausdrückliche Anordnung einer gerichtlichen Nachforschung, ob die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschieht. Zudem wird seit damals normiert, dass die Erklärung in ein Protokoll aufgenommen werden muss, dem das Ergebnis der genannten Nachforschung beigefügt wird. Ausweislich der Materialien sollte damit die bis dahin von Teilen der Lehre⁶⁶ und Rsp⁶⁷ vertretene Pflicht⁶⁸ des Gerichts festgeschrieben werden, sowohl bei letztwilligen Verfügungen von minderjährigen als auch besachwalteten Personen (§ 569 ABGB per analogiam) deren Testierfähigkeit gesondert zu prüfen und darüber ein besonderes Protokoll anzulegen. Dies sollte somit eine bloße Veränderung des Wortlauts, nicht aber des Inhalts der Bestimmung darstellen.⁶⁹

Im Gegensatz dazu sah die letzte Novellierung des § 568 ABGB durch das FamErbRÄG 2004⁷⁰ auch eine inhaltliche Änderung vor, die seit 1. 1. 2005 gilt. Seither lautet – wie bereits eingangs dargelegt – § 568 ABGB:

„Eine Person, für die ein Sachwalter nach § 273 bestellt ist, kann, sofern dies gerichtlich angeordnet ist, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren; dies gilt nicht im Fall des § 597. Das Gericht muss sich durch eine angemessene Erforschung zu überzeugen suchen, dass die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung geschehe. Die Erklärung muss in ein Protokoll aufgenommen, und dasjenige, was sich aus der Erforschung ergeben hat, beigerückt werden.“

Der Formvorbehalt, dass besachwaltete Personen generell nur in bestimmter Form letztwillig verfügen können, wurde durch eine Regelung ersetzt, wonach – wie bereits Anfang der 1980er-Jahre im Zuge der Einführung der Sachwalterschaft angedacht⁷¹ – die besondere Form für letztwillige Verfügungen nur noch dann verpflichtend sein soll, wenn das Sachwalterschaftsgericht dies angeordnet hat. Die Regelung sieht somit keinen starren, sondern einen flexiblen Formvorbehalt vor. Ziel der Novelle war es, besachwalteten Personen durch die Möglichkeit, alle Testamentsformen zu nutzen, die Errichtung einer letztwilligen Verfügung zu erleichtern.⁷² Andererseits sollte aber auch weiterhin die Mög-

⁵⁸ Im Schrifttum wurde dies tw anders gesehen, vgl *W. Tschugguel*, iFamZ 2012, 150 (151) mN.

⁵⁹ ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 21.

⁶⁰ BG über die Sachwalterschaft für behinderte Personen BGBl 1983/136.

⁶¹ ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 21.

⁶² Schon früh wurde die Starrheit der Regelung kritisiert bzw deren Verfassungskonformität angezweifelt, vgl bspw *Steinbauer*, ÖJZ 1985, 385 (391); *W. Tschugguel*, Zum Anwendungsbereich des § 568 ABGB, NZ 1995, 81 (81 ff); *ders* in FS Weißmann 939 (940 f).

⁶³ Das war nach früherer Rechtslage zumindest str: *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 568 Rz 2. Siehe auch bei FN 58.

⁶⁴ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 81 f.

⁶⁵ Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135.

⁶⁶ *Welser* in *Rumpeß* §§ 566–569 Rz 8. Vgl auch die ausführliche Darstellung des Meinungsstands bei *Schick/Gurmann*, NZ 2005, 1 (FN 1).

⁶⁷ Vgl RIS-Justiz RS0021957; RS0021953.

⁶⁸ So auch schon die Mat zur vorangegangenen Novelle, vgl ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 21.

⁶⁹ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 81 f.

⁷⁰ Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 BGBl I 2004/58.

⁷¹ ErläutRV 742 BlgNR 15. GP 21.

⁷² ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 11.

lichkeit bestehen, einen solchen Formvorbehalt anzuordnen, wenn dies dem Schutz der besachwalteten Person dient.⁷³

§ 568 ABGB wurde textlich nicht an die Neugliederung des Sachwalterrechts durch das Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 – SWRÄG 2006 (BGBl I 2006/92) angepasst.⁷⁴ Seit dem SWRÄG 2006 entspricht § 268 ABGB dem früheren § 273 ABGB. Wegen der dynamischen Verweisung in Art X § 1 Abs 2 BGBl I 2006/92⁷⁵ war eine textliche Angleichung des § 568 ABGB auch nicht nötig. Der Verweis auf den § 273 ABGB aF (vor dem SWRÄG 2006) ist als Verweis auf den nunmehrigen § 268 ABGB zu lesen.

4. Die Teleologie des § 568 ABGB

Der Überblick zum Inhalt des § 568 ABGB (oben 2.) sowie der Abriss seiner historischen Entwicklung (oben 3.) lässt folgende Schutzzwecke der Norm erkennen:

1. erhöhte Beweissicherung
2. Konfliktvermeidung
3. Absicherung eines durchsetzbaren Erblasserwillens
4. erhöhten Übereilungsschutz
5. Schutz des Testierenden vor unangemessener Beeinflussung

Den Testamentsformen ist ganz allgemein der Zweck der Beweissicherung eigen, Streitigkeiten nach dem Tod des Erblassers soll vorgebeugt werden.⁷⁶ § 568 ABGB reichert die an sich schon dem gerichtlichen/notariellen Testament zukommende **Beweissicherungsfunktion um einen wichtigen Aspekt an**: Das Ergebnis der Untersuchung, ob der Testator im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung testierfähig war, ist der Erklärung beizurücken. Das wird idR ein starkes Indiz bilden, ob die **Testierfähigkeit** bei Abgabe der Erklärung tatsächlich gegeben war. Ohne eine solche Untersuchung kann es naturgemäß schwierig werden, diese Frage zu klären, stellt sie sich doch idR erst nach dem Tode des Testierenden.

Aus der genannten Beweissicherungsfunktion folgt auch eine **konfliktvermeidende Wirkung**. Streitigkeiten unter potenziellen Erben um die Frage, ob im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung die Testierfähigkeit gegeben war, werden durch die Beirückung des § 568 ABGB wohl eher vermieden werden können.⁷⁷

§ 568 ABGB wird damit wohl auch die **faktische Durchsetzbarkeit** des wirksam erklärten letzten Willens stär-

ken. Lässt sich doch wie ausgeführt durch das Untersuchungsergebnis leichter beweisen, dass die Testierfähigkeit im Zeitpunkt der Erklärung gegeben war. Somit ist eine an sich wirksame letztwillige Verfügung besser davor geschützt, im Nachhinein wegen scheinbar fehlender Testierfähigkeit des Testierenden im Zeitpunkt der Abgabe für unwirksam gehalten zu werden.

Die Formgebote für letztwillige Verfügungen haben Warnfunktion.⁷⁸ Das gerichtliche/notarielle Testament dient dem **Übereilungsschutz in besonderem Maße**. Wohl deshalb sind diese Testamentsformen vom Gesetzgeber für den besachwalteten Testierenden vorgesehen. § 568 ABGB verhindert nämlich, dass der Testierende leichtfertig und ohne ausreichend Bedacht zu nehmen, eine letztwillige Verfügung trifft, denn die Wichtigkeit der Handlung wird ihm durch die Involvierung der Amtsperson in Form eines Richters oder Notars bewusst.⁷⁹ Beim übergebenen schriftlichen statt des mündlichen Testaments wird der Testator nicht in gleicher Weise vor Übereilung geschützt.

Darüber hinaus verbessert der in § 568 ABGB angeordnete Formvorbehalt den Schutz des besachwalteten Testators vor **unangemessener** und damit von der Rechtsordnung unerwünschter **Beeinflussung** bei der Verfügung über sein Vermögen. Der Testator hat mündlich vor der Urkundsperson zu testieren. Diese hat auch zu überprüfen, dass die Erklärung des letzten Willens frei von Zwang, Betrug oder wesentlichem Irrtum ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass bei besachwalteten Personen im Einzelfall ein erhöhtes Gefahrenpotenzial bestehen kann, solcherart beeinflusst zu werden.⁸⁰

Aus diesem Grund dient die Möglichkeit für das Sachwalterschaftsgericht, die Form des gerichtlichen/notariellen Testaments anzuordnen, dem Schutz der besachwalteten Person. Denn ihre letztwillige Verfügung hat einen höheren Bestandschutz gegen Anfechtungen wegen eines behaupteten Willensmangels.

Bei den privaten Testamentsformen dagegen ist der Nachweis solcher Umstände in der Praxis häufig schwieriger. Das gilt sowohl für das holographe (§ 578 ABGB) als auch für das allographe (§ 579 ABGB) Testament. Die Errichtung eines holographen Testaments bedarf keiner Mitwirkung anderer Personen. Der Beweis eines Willensmangels des Testators kann sich daher schwierig gestalten. Auch beim allographen Testament sind derartige Gefahren nicht ausgeschlossen. Beim allographen Testament ist es für das Einhalten der Formvorschriften ausreichend, dass die vom Gesetz vorgeschriebenen Zeugen bloß die nuncupatio wahrnehmen. Der Testierende muss vor den Zeugen somit lediglich erklären, dass der Aufsatz sein letzter Wille sei. Weder

⁷³ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 29.

⁷⁴ Siehe FN 4.

⁷⁵ „Soweit in anderen Bundesgesetzen auf die Sachwalterschaft nach § 273 ABGB verwiesen wird, tritt an die Stelle dieser Verweisung die Verweisung auf § 268 ABGB.“

⁷⁶ OGH SZ 69/122; NZ 2003, 371; Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge § 16 Rz 48; Aufner, FamZ 2007, 92 (94).

⁷⁷ Apathy in KBB⁴ §§ 568, 569 Rz 3.

⁷⁸ Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge § 16 Rz 48.

⁷⁹ Ähnlich Ziehensack, Zum Anwendungsbereich der §§ 568f ABGB, NZ 1996, 25 (26).

⁸⁰ Für pflegebedürftige Personen Christandl, JBl 2013, 681 (682).

müssen die Zeugen den Inhalt des Dokuments kennen, noch brauchen sie der Abfassung noch der Unterfertigung desselben beizuwohnen. Die nuncupatio bildet somit in manchen Fällen die einzige für die Zeugen wahrnehmbare Verbindung zwischen Testament und Testator.⁸¹ Hierdurch wird zwar der Fälschung⁸² von Testamenten entgegengewirkt, für die Frage, ob der Testator einem Willensmangel unterlegen ist, lässt sich aus der nuncupatio jedoch wenig gewinnen. Daher macht es Sinn, dass § 568 ABGB die mündliche Erklärung des letzten Willens vor der Urkundsperson verlangt.

Überdies entspricht der so bezweckte Schutz des Testators auch dem zuletzt in einem vergleichbaren Fall geäußerten Willen des Gesetzgebers: Die Abschaffung des mündlichen Testaments durch das FamErbRÄG 2004⁸³ hatte unter anderem (neben der Hintanhaltung von Betrugsfällen) den Grund, dass bei dieser Testamentsform der animus testandi immer wieder zweifelhaft gewesen war.⁸⁴

Gerade weil das Formgebot des § 568 ABGB die Testierfreiheit der besachwalteten Person schützen soll, wird im Schrifttum sogar eine sachliche Ausweitung der Regelung auf die Landes-Heimgesetze vorgeschlagen.⁸⁵

5. Zwischenergebnis

Zusammengefasst ergibt sich folgendes Bild der geltenden Rechtslage: Volljährigen Personen stehen grds alle Testamentsformen zur Verfügung. Dies gilt unabhängig davon, ob diese unter Sachwalterschaft stehen oder nicht. Für besachwaltete Personen eröffnet aber § 568 ABGB die Möglichkeit, diese, wenn erforderlich, auf bestimmte öffentliche Testamentsformen zu beschränken. Für eine wirksame letztwillige Verfügung ist aber in allen Fällen nicht nur das Einhalten der gebotenen Form notwendig. Der Testierende muss im Zeitpunkt der Erklärung des letzten Willens auch testierfähig sein.

Als Schutzzwecke des § 568 ABGB lassen sich die erhöhte Beweissicherung, die Konfliktvermeidung, die Absicherung eines durchsetzbaren Erblasserwillens, ein erhöhter Übereilungsschutz sowie der Schutz des Testierenden vor unangemessener Beeinflussung ausmachen.

D. Sachwalterschaft und UN-Behindertenrechtskonvention

1. Die UN-Behindertenrechtskonvention

Die UN-Behindertenrechtskonvention sowie das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte

von Menschen mit Behinderungen wurden von der Republik Österreich ohne Vorbehalt ratifiziert und in BGBl III 2008/155 kundgemacht. Es trat mit 26. 10. 2008 für Österreich in Kraft. Die UN-Behindertenrechtskonvention soll dem Schutz und der Förderung von Rechten von Menschen mit Behinderung dienen. Bei der Definition von Behinderung unterscheidet die UN-Behindertenkonvention nicht zwischen geistiger und körperlicher Behinderung. Aus diesem Grund können sich durch die Verpflichtungen, welche sich aus der Konvention ergeben, Berührungspunkte mit dem Rechtsinstitut der Sachwalterschaft und den damit zusammenhängenden flankierenden Bestimmungen ergeben.⁸⁶

Die Ratifikation der UN-Behindertenrechtskonvention ist gem Art 50 Abs 2 Z 3 B-VG unter Erfüllungsvorbehalt erfolgt. Das Übereinkommen ist daher im Sinne dieser Verfassungsbestimmung „durch die Erlassung von Gesetzen“ zu erfüllen („spezielle Transformation“). Das Übereinkommen ist innerstaatlich nicht unmittelbar anwendbar und ändert auch die nationale Rechtslage nicht. Insb kann das Übereinkommen nicht Grundlage für subjektive Rechte sein.⁸⁷ Im Umfang der mit der Ratifikation eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen kann sich allerdings ein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber ergeben, wenn und soweit Regelungen des österr Rechts mit dem Übereinkommen im Widerspruch stehen.

Die UN-Behindertenrechtskonvention sieht keine höchstgerichtliche Kompetenz zur autoritativen Auslegung des Übereinkommens vor. Der in Art 34 ff UN-Behindertenrechtskonvention normierte „Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen“ (im Folgenden: „Ausschuss“) hat keine verbindliche Entscheidungs- oder Auslegungskompetenz. Der Ausschuss hat nur koordinierende und empfehlende Aufgaben sowie das Recht zur Erstattung von Vorschlägen.⁸⁸

2. Die Auslegung des Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention

Den folgenden Ausführungen ist vor auszuschicken, dass gem Art 50 UN-Behindertenrechtskonvention lediglich der arabische, chinesische, englische, französische, russische und spanische Wortlaut dieses Übereinkommens Verbindlichkeit genießt. Es existiert zwar eine

⁸¹ Rabl, Gefahren des fremdhändigen Testaments – die Nuncupatio in der Kritik, EF-Z 2012/95 (149).

⁸² Vgl jüngst OGH 5 Ob 185/12k EF-Z 2013, 132 (Palma).

⁸³ Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 BGBl I 2004/58.

⁸⁴ Etwa R. Welser, Ist das Nottestament riskant? Festheft für Karl Hempel zum 75. Geburtstag, GesRZ 2012, 63.

⁸⁵ Christandl, JBl 2013, 681 (696).

⁸⁶ Schauer, Das UN-Übereinkommen über die Behindertenrechte und das österreichische Sachwalterrecht – Auswirkungen und punktueller Anpassungsbedarf, iFamZ 2011, 258 (259).

⁸⁷ ErläutRV 564 BlgNR 23. GP 2. Vgl auch Ganner/Barth, Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht, BtPrax 2010, 204 (205); Schauer, iFamZ 2011, 258 (258); vgl aber Müller/Walter, Die vergessene Dimension in der stationären Altenhilfe – Implikationen des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen für demenzerkrankte Personen in Alten- und Pflegeheimen, RdM 2013/54 (90).

⁸⁸ Vgl Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (274); Schauer, iFamZ 2011, 258 (258).

amtliche deutsche Sprachfassung, doch ist diese unverbindlich.⁸⁹

Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention ist mit „*Equal recognition before the law*“ übertitelt:

„(1) States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law.

(2) States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life.

(3) States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity.

(4) States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.

(5) Subject to the provisions of this article, States Parties shall take all appropriate and effective measures to ensure the equal right of persons with disabilities to own or inherit property, to control their own financial affairs and to have equal access to bank loans, mortgages and other forms of financial credit, and shall ensure that persons with disabilities are not arbitrarily deprived of their property.“

In Zusammenhang mit dieser Bestimmung wird diskutiert, ob eine Beschränkung der Handlungs- bzw Geschäftsfähigkeit völkerrechtlich zulässig ist. Im Fokus des Diskurses steht insb die Auslegung von Art 12 Abs 2 UN-Behindertenrechtskonvention bzw des darin enthaltenen Begriffs „*legal capacity*“, der in Abs 3 und 4 wiederkehrt. Zentrale Frage ist hierbei, ob dieser Begriff bloß die Rechtsfähigkeit oder aber auch die Handlungs- bzw Geschäftsfähigkeit iS der österr Rechtsordnung umfasst und ob eine Einschränkung derselben dadurch in jedem Fall unzulässig ist.⁹⁰

Auswirkungen hätte dies insb auf die Zulässigkeit von Rechtsinstituten, die eine stellvertretende Entscheidungsfindung vorsehen (sog „*substituted decision-making*“). Das Modell des „*substituted decision-making*“ sieht für den Fall, in dem eine behinderte Person keine ausreichende Einsichtsfähigkeit besitzt, dass sie ohne die Gefahr von Nachteilen für sich selbst handeln bzw entscheiden kann, vor, dass ein Vertreter für diese Person handelt.⁹¹ Die behinderte Person kann in diesem Bereich selbst nicht mehr handeln. Bei diesem Modell wird somit die Handlungsfähigkeit der behinderten Person

eingeschränkt. Ein Beispiel für ein derartiges Rechtsinstitut ist die Sachwalterschaft gem § 268 ABGB.

Unter „*supported decision-making*“ versteht man demgegenüber, dass eine behinderte Person in jenem Maß ausreichend Unterstützung erfährt, dass sie ohne Gefahr von Nachteilen selbst eine Entscheidung treffen bzw handeln kann, obwohl ihr ursprünglich die hierfür nötige Einsichtsfähigkeit fehlte.⁹² Aus juristischer Sicht wird man als entscheidendes Merkmal festmachen können, dass die Person für sich selbst handelt. Sie behält somit ihre Handlungs- bzw Geschäftsfähigkeit, wird aber im erforderlichen Ausmaß unterstützt, sodass sie diese gefahrlos selbst ausüben kann.

Der grundlegende Unterschied beider Modelle besteht darin, welche Person handelt: Beim „*supported decision-making*“ handelt die behinderte Person selbst, beim „*substituted decision-making*“ handelt ihr Vertreter.

Es werden zur Auslegung von Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention unterschiedliche Ansätze vertreten. Für deren Verständnis ist vorweg die amtliche deutsche – nicht verbindliche – Übersetzung der Bestimmung dienlich. Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention wird mit „*Gleiche Anerkennung vor dem Recht*“ überschrieben:

„(1) Die Vertragsstaaten bekräftigen, dass Menschen mit Behinderungen das Recht haben, überall als Rechtssubjekt anerkannt zu werden.

(2) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen.

(3) Die Vertragsstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.

(4) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Maßnahmen verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmäßigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Die Sicherungen müssen im Hinblick auf das Ausmaß, in dem diese Maßnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismäßig sein.

(5) Vorbehaltlich dieses Artikels treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten und wirksamen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen das gleiche Recht wie andere haben, Eigentum zu besitzen oder zu erben, ihre finanziellen Angelegenheiten selbst zu regeln und gleichen Zugang

⁸⁹ Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (273).

⁹⁰ Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (272).

⁹¹ Vgl Mayrhofer, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung 2f, www.irks.at/assets/irks/IRKS_WP16_Unterst%C3%BCtzte-Entscheidungsfindung.pdf (Stand 22. 1. 2015); Lachwitz, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen, BtPrax 2008, 143 (146).

⁹² Vgl weiterführend Mayrhofer, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung 2f, www.irks.at/assets/irks/IRKS_WP16_Unterst%C3%BCtzte-Entscheidungsfindung.pdf (Stand 22. 1. 2015); Lachwitz, BtPrax 2008, 143 (146).

zu Bankdarlehen, Hypotheken und anderen Finanzkrediten zu haben, und gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen nicht willkürlich ihr Eigentum entzogen wird.“

Es gibt im Wesentlichen drei Ansätze einer Antwort auf die Frage, ob das österr Sachwalterrecht der UN-Behindertenrechtskonvention entspricht:

- Anlässlich der Ratifikation der UN-Behindertenrechtskonvention entsprach es dem offiziellen österr Standpunkt, dass das Sachwalterrecht konventionskonform sei (unten a).
- Nach einem Teil des Schrifttums ist das Sachwalterrecht konventionswidrig (unten b).
- Das wohl überwiegende Schrifttum vertritt eine vermittelnde Auffassung: Das Sachwalterrecht sei grundsätzlich konventionskonform, es bedürfe aber gewisser Anpassungen (unten c).

a) Konventionskonformes Sachwalterrecht

Anlässlich der Ratifikation der UN-Behindertenrechtskonvention entsprach es dem offiziellen österr Standpunkt, dass das Sachwalterrecht konventionskonform sei: Nach den Materialien zu BGBl III 2008/155 soll der Begriff „Rechts- und Handlungsfähigkeit“ nach Art 12 Abs 2 UN-Behindertenrechtskonvention eine „übereinkommensautonome“ Übersetzung des Begriffs „legal capacity“ aus dem englischen Text der Konvention sein. „Legal capacity“ könnte an sich auch mit bloßer „Rechtsfähigkeit“ übersetzt werden; im Zuge der Verhandlungen über den Text des Übereinkommens wäre aber stets klar gewesen, dass mit der „legal capacity“ nicht nur die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, sondern auch die rechtliche Handlungsfähigkeit gemeint sei.⁹³

Art 12 Abs 3 UN-Behindertenrechtskonvention drücke – so die Materialien weiter – aus, dass Menschen mit Behinderungen rechtlich handlungsfähig sind, aber zur Ausübung dieser Handlungsfähigkeit in unterschiedlichem Ausmaß Hilfe benötigen könnten. Diese Hilfe werde nach österr Recht durch frei gewählte Vorsorgebevollmächtigte, gerichtlich zu bestellende Sachwalter/innen oder die nächsten Angehörigen geleistet, wie es §§ 268, 273 bis 284 h ABGB idF Sachwalterrechts-Änderungsgesetz 2006 BGBl I 2006/92 vorsehen.⁹⁴

Die Ausführungen mögen zwar auf den ersten Blick den Eindruck vermitteln, dass die Materialien die Ansicht teilen, wonach eine Einschränkung der Handlungs- und Geschäftsfähigkeit im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention unzulässig sei. Tatsächlich aber meinen die Materialien hier mit Handlungsfähigkeit nicht wie im Zivilrecht die „Fähigkeit, durch eigenes Verhalten Rechte und Pflichten zu begründen“.⁹⁵ Vielmehr

geht es um die Fähigkeit, für das Rechtssubjekt Rechte und Pflichten zu begründen; unabhängig davon, ob das Rechtssubjekt selbst handeln kann oder dabei vertreten werden muss.

Offenbar wird dies durch die Ausführungen, „dass Menschen mit Behinderungen [...] zur Ausübung dieser Handlungsfähigkeit in unterschiedlichem Ausmaß Hilfe benötigen können. Diese Hilfe wird nach österreichischem Recht durch [...] den/die gerichtlich zu bestellende/n Sachwalter/in [...] geleistet [...]“. Das Institut der Sachwalterschaft sieht nämlich gerade nicht vor, dass der Besachwaltete für sich selbst handelt, sondern es wird für ihn durch den Sachwalter als Vertreter gehandelt. Die Materialien gehen somit von einer weiterhin gegebenen grds Zulässigkeit der stellvertretenden Entscheidungsfindung („substituted decision-making“) aus.

Darüber hinaus wird in den Materialien die Ansicht vertreten, dass den sich durch die UN-Behindertenrechtskonvention ergebenden völkerrechtlichen Verpflichtungen bereits durch die bei Inkrafttreten der Konvention bestehende Rechtslage „weitestgehend entsprochen“ wurde und sich dadurch kein Reformbedarf ergäbe.⁹⁶

b) Konventionswidriges Sachwalterrecht

Nach einem Teil des Schrifttums ist das Sachwalterrecht konventionswidrig. Buchner etwa meint, dass angesichts des Implementierungsprozesses der UN-Behindertenrechtskonvention noch erheblich weiter gehender Reformbedarf für das Sachwalterschaftsrecht ausgemacht werden könne.⁹⁷ Schließlich sehe Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention vor, dass jedem Menschen, unabhängig von seiner Behinderung, volle Rechts- und Handlungsfähigkeit zuzuerkennen sei und gesetzliche Stellvertretungsregelungen abzulehnen seien. Sei eine Person nicht in der Lage, ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit auszuüben, sei ihr nach Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention dieses Recht nicht abzuerkennen. Ihr werde stattdessen Unterstützung zugesagt, die ihr beim Treffen von Entscheidungen zum Ausüben der Rechts- und Handlungsfähigkeit assistieren soll.⁹⁸ So ersetze die UN-Behindertenrechtskonvention das Modell der gesetzlichen Vertretung durch ein Modell der gesetzlichen Unterstützung.⁹⁹

De facto sei das SWRÄG 2006, trotz aller Bemühungen hinsichtlich der Selbstbestimmung, letztlich ein Vertretungsgesetz. Mangelnde „Urteils- und Einsichtsfähigkeit“ diene dabei als Ausschlusskriterium für rechtliche

⁹³ Zum Hintergrund Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (273).

⁹⁴ ErläutRV 564 BlgNR 23. GP 5.

⁹⁵ Definition des Begriffs Handlungsfähigkeit nach Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 184.

⁹⁶ ErläutRV 564 BlgNR 23. GP 2.

⁹⁷ Buchner, „Meine Wünsche sollen ernst genommen werden!“ – Sachwalterschaft und Selbstbestimmung im Spiegel der Wahrnehmung von Klientinnen mit intellektueller Behinderung, iFamZ 2009, 120 (122 ff).

⁹⁸ Buchner, iFamZ 2009, 120 (122 ff).

⁹⁹ Buchner, iFamZ 2009, 120 (122 ff); idS auch für das deutsche Recht Lachwitz, BtPrax 2008, 143 (145 ff).

Handlungsfähigkeit.¹⁰⁰ Somit sei schon aufgrund der Vertretungsregelungen das SWRÄG nicht mit Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention vereinbar. Zudem seien die im SWRÄG 2006 enthaltenen Elemente zur Selbstbestimmung und die Festlegung der Aufgaben einer Sachwalterin nicht mit der in Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention angeführten Unterstützung zum Ausüben der Rechts- und Handlungsfähigkeit zu vergleichen. Das Einrichten solcher Unterstützungsstrukturen würde vielmehr eine der zentralen Herausforderungen des Implementierungsprozesses der Konvention in Österreich bedeuten.¹⁰¹

Buchners These läuft also darauf hinaus, dass die UN-Behindertenrechtskonvention jegliche Einschränkung der Handlungsfähigkeit verbiete und ein „*Substituted-decision-making*“-Modell jedenfalls unzulässig wäre. Im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention wäre nur das „*Supported-decision-making*“-Modell zulässig, bei dem der Behinderte so weit unterstützt wird, dass er selbst handeln kann.

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch der BRK-Ausschuss in seinem general comment No. 1¹⁰²: „*Article 12 does not permit such discriminatory denial of legal capacity, but, rather, requires that support be provided in the exercise of legal capacity.*“¹⁰³

Die Auslegung des Ausschusses ist allerdings wie erwähnt nicht verbindlich.¹⁰⁴ Schmalenbach weist aber auf Folgendes hin: In dem Maße, in dem der BRK-Ausschuss stetig sein Verständnis des Art 12 BRK und des lückenlosen Modells der unterstützten Entscheidungsfindung anmahne, könne sich dieses in der Praxis schnell als maßgeblich verfestigen, nicht zuletzt aufgrund der ständigen Rezeption durch Wissenschaft und Interessenverbände.¹⁰⁵

c) Sachwalterrecht mit Anpassungen konventionskonform

Das wohl überwiegende Schrifttum vertritt eine vermittelnde Auffassung: Das Sachwalterrecht sei grundsätzlich konventionskonform, es bedürfe aber gewisser Anpassungen. Das ist etwa die von Ganner und Barth vertretene Ansicht.¹⁰⁶ Auch die Rsp scheint sich dieser An-

sicht anzuschließen.¹⁰⁷ Danach ist eine Interpretation des Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention, wonach eine gesetzliche Vertretung – also „*substituted decision-making*“ – jedenfalls unzulässig sei, nicht richtig.¹⁰⁸ Dies entspräche nämlich nicht dem wahren Willen der Vertragsparteien, weil die Staaten in gewissen Fällen immer ein Vertretungsmodell vorsahen und durch den Abschluss des Vertrags dies auch nicht in allen Fällen eliminieren wollten. Als Beleg hierfür sehen die beiden Autoren bspw die österr Erläuterungen zum Ratifikationsakt sowie die interpretativen Erklärungen anderer Staaten wie Kanada, auf Vertretungsregelungen nicht zu verzichten.¹⁰⁹

Darüber hinaus ließe sich ein gänzlicher Verzicht auf solche Vertretungsregelungen auch nicht mit dem von der UN-Behindertenrechtskonvention vorgesehenen Schutz von behinderten Menschen vereinbaren.¹¹⁰ Nach vielen Rechtsordnungen – bspw auch der österr – setzte die Handlungsfähigkeit ein gewisses Maß an Diskretions- und Dispositionsfähigkeit voraus. Fehlten diese Fähigkeiten und könnten sie auch nicht durch unterstützende Maßnahmen hergestellt werden, liege eben keine Handlungsfähigkeit vor und sie könne deshalb auch nicht – bspw durch eine Sachwalterbestellung – entzogen werden; eine Vertretung solcher Personen müsse aber zur Wahrung ihrer Interessen und zu ihrem Schutz möglich sein.¹¹¹ Ein generelles Verbot von Vertretungsregelungen würde seinerseits in einem Spannungsverhältnis zu Art 16 UN-Behindertenrechtskonvention – welcher den Schutz vor Ausbeutung und Missbrauch regelt – stehen und liefere deshalb selbst Gefahr, menschenrechtswidrig zu sein.¹¹²

Allerdings sehen Ganner und Barth auch legistischen Handlungsbedarf, weil Teile des geltenden Rechts konventionswidrig seien.¹¹³

Für Ganner ist bspw die mit der Sachwalterbestellung gem § 280 Abs 1 ABGB verbundene automatische Beschränkung der Geschäftsfähigkeit konventionswidrig, weil es damit zur Situation kommen könne, dass eine Person ihre Geschäftsfähigkeit verliere, obwohl sie eine ausreichende Diskretions- und Dispositionsfähigkeit besitze.¹¹⁴

Barth weist allerdings darauf hin, dass die Geschäftsfähigkeit (etwa bei Minderjährigen) aus Verkehrsschutzüberlegungen durch Pauschalierungen gekennzeichnet sei.¹¹⁵ Solche Pauschalierungen dienten aber auch dem

¹⁰⁰ Buchner, iFamZ 2009, 120 (122f).

¹⁰¹ Buchner, iFamZ 2009, 120 (122f). Ähnlich auch Lachwitz, BtPrax 2008, 143 (146).

¹⁰² General comment No. 1, 3f, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement> (Stand 22. 1. 2015).

¹⁰³ Zum Hintergrund Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (273).

¹⁰⁴ Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (274).

¹⁰⁵ Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (274).

¹⁰⁶ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 204; sich diesen grds anschließend Schauer, iFamZ 2011, 258 (260); vgl auch 200 Jahre ABGB 378; ders, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzrechts in rechtsvergleichender Sicht, BtPrax 2013, 171 (172); idS auch Aichele/von Bernstorff, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, BtPrax 2010, 199 (202ff).

¹⁰⁷ OGH 3 Ob 97/13f.

¹⁰⁸ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 204 (206).

¹⁰⁹ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 204 (206).

¹¹⁰ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 204 (206).

¹¹¹ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 206.

¹¹² Ganner/Barth, BtPrax 2010, 206.

¹¹³ Weitere Beispiele finden sich auch bei Ganner in FS 200 Jahre ABGB 378f.

¹¹⁴ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 206; Ganner in FS 200 Jahre ABGB 378. Ähnlich Schauer, iFamZ 2011, 258 (260f).

¹¹⁵ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 206f.

Wohle der Behinderten, weil sie die rasche und friktionsfreie Abwicklung ihrer rechtlichen Angelegenheiten beförderten.¹¹⁶

Darüber hinaus ist seiner Ansicht nach zu beachten, dass das geltende Recht es bereits ermöglichen würde, für den Einzelfall passgenaue Sachwalterschaften anzuordnen.¹¹⁷ Barth räumt aber ein, dass es hierbei im praktischen Vollzug Probleme geben würde und zu oft Sachwalterschaften für alle Angelegenheiten angeordnet würden.¹¹⁸

Zusammengefasst sind nach hA Regelungen, die „*substituted decision-making*“ vorsehen, nicht grds konventionswidrig. Derartige Anordnungen sind jedoch auf Fälle zu beschränken, in denen dies unvermeidlich ist. Das Rechtsinstitut der Sachwalterschaft kann somit grds bestehen bleiben, doch besteht in mehr oder weniger großem Ausmaß Anpassungsbedarf, wobei dieser tw nicht den rechtlichen Rahmen, sondern den Vollzug der an sich konventionskonformen Regelungen betrifft.

3. Zwischenergebnis

Ob nach der UN-Behindertenrechtskonvention Regelungsmodelle, die ein „*substituted decision-making*“ vorsehen, jedenfalls unzulässig sind oder ob diese in einem mehr oder minder großen Ausmaß in Konformität zur Konvention angeordnet werden können, kann aus heutiger Sicht nicht abschließend beurteilt werden.

Es spricht jedoch vieles dafür, dass nach der UN-Behindertenrechtskonvention zumindest in Extremfällen „*substituted decision-making*“ weiterhin zulässig ist.

Von prominenter völkerrechtlicher Seite stammt eine vergleichbare Einschätzung: Die Frage nach der Völkerrechtswidrigkeit einer Sachwalterschaft könne zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschließend beantwortet werden.¹¹⁹ Auf Basis des Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention ergebe sich eindeutig die Staatenverpflichtung, ein System einer unterstützenden Entscheidungsfindung einzuführen.¹²⁰

Schmalenbach warnt aber:¹²¹ Das Festhalten an einer Sachwalterschaft in Fällen, in denen die Erforschung des autonomen Willens an medizinische Grenzen stoße, sei derzeit in einer völkerrechtlichen Grauzone. Wenn die Vertragsstaaten keinen aktiven oder passiven Widerstand gegen die Ausschussinterpretation des Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention leisteten, zB durch Beibehaltung einer Ultima-ratio-Sachwalterschaft, werde die jetzt noch in der Staatenwelt als isoliert wahrgenommene Ausschussauffassung sukzessive zur herrschenden

Rechtsauffassung, die für die völkerrechtliche Interpretation des Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention bestimmend sein werde.¹²²

E. Konventionswidrigkeit des § 568 ABGB?

Wie bereits eingangs erwähnt, wird derzeit in Zusammenhang mit der Reform des Sachwalterschaftsrechts auch jene des § 568 ABGB diskutiert, weil diese Bestimmung mit den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention in Widerspruch stehen soll. Trifft dies aber wirklich zu?

Wie im vorigen Abschnitt D. bereits dargestellt wurde, ist einer der wesentlichen Diskussionspunkte in Zusammenhang mit der UN-Behindertenrechtskonvention, ob Regelungen, die ein „*substituted decision-making*“ vorsehen, weiterhin zulässig sind oder ob ausschließlich Modelle vorgesehen werden dürfen, die dem „*supported decision-making*“ entsprechen.

Wie ebenfalls bereits mehrfach erwähnt, handelt es sich bei der Erklärung des letzten Willens um ein **vertretungsfeindliches Rechtsgeschäft**.¹²³ Daran ändert eine Anordnung gem § 568 ABGB nichts. Durch eine solche Anordnung wird der **Besachwaltete** zwar auf bestimmte **Testamentsformen** beschränkt, doch ist er es **weiterhin selbst, der seinen letzten Willen erklärt** und auch den Inhalt dieser Erklärung – ohne materielle Einschränkung – bestimmt.¹²⁴ Ein nach der UN-Behindertenrechtskonvention allenfalls unzulässiges „*substituted decision-making*“ liegt also gar nicht vor. Fazit: **§ 568 ABGB ist konventionskonform**.¹²⁵

Es stellt sich sogar die berechtigte Frage, **ob die UN-Behindertenrechtskonvention nicht womöglich eine derartige Regelung des nationalen Rechts erforderlich macht**.

Denn Art 12 Abs 4 UN-Behindertenrechtskonvention¹²⁶ verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, dass die Maßnah-

¹²² Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (274).

¹²³ Oben bei FN 21.

¹²⁴ Apathy in KBB⁴ §§ 568, 569 Rz 3.

¹²⁵ AA offenbar Ganner, BtPrax 2013, 171 (174), der allerdings keine Begründung dafür liefert, warum diese „Gesetzesnorm [...] daher im Lichte der UN-BRK und der Gleichbehandlung ganz allgemein jedenfalls bedenklich“ sein soll.

¹²⁶ „(4) States Parties shall ensure that all measures that relate to the exercise of legal capacity provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse in accordance with international human rights law. Such safeguards shall ensure that measures relating to the exercise of legal capacity respect the rights, will and preferences of the person, are free of conflict of interest and undue influence, are proportional and tailored to the person's circumstances, apply for the shortest time possible and are subject to regular review by a competent, independent and impartial authority or judicial body. The safeguards shall be proportional to the degree to which such measures affect the person's rights and interests.“ „(4) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Maßnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirk-

¹¹⁶ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 207. AA Schauer, iFamZ 2011, 258 (261).

¹¹⁷ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 207. So auch Schauer, iFamZ 2011, 258 (263).

¹¹⁸ Ganner/Barth, BtPrax 2010, 207.

¹¹⁹ Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (274).

¹²⁰ Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (274).

¹²¹ Schmalenbach, NLMR 2014, 271 (274).

men zur Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit der behinderten Personen auch vorsehen müssen, dass ein Schutz vor Interessenkollisionen und **missbräuchlicher Einflussnahme** („undue influence“) gegeben ist.

Was unter missbräuchlicher Einflussnahme zu verstehen ist, wird in der UN-Behindertenrechtskonvention nicht definiert.¹²⁷ „Undue influence“ bezeichnet im englischen Recht Fälle, in denen zwischen zwei Personen ein besonderes Vertrauensverhältnis¹²⁸ besteht, wobei die eine Person – ohne dass dabei die Schwelle zur „duress“ (Zwang) notwendigerweise überschritten wird – auf die Willensbildung der anderen Partei Druck ausübt oder deren Vertrauen ausnützt und dadurch eine für diese nachteilige Vertragsgestaltung herbeiführt.¹²⁹ Versteht man die missbräuchliche Einflussnahme in diesem Sinn, so geht es gleichsam um die Kehrseite der Achtung des Willens und der Präferenzen der betroffenen Person: Wer „undue influence“ ausübt, achtet den Willen und die Präferenzen der anderen Person gerade nicht.¹³⁰

Gerade der **Schutz vor „undue influence“** wurde in dieser Untersuchung ja **als einer der Schutzzwecke des § 568 ABGB** ermittelt.¹³¹ Daher wird man davon ausgehen dürfen, dass eine Anordnungsbefugnis des Gerichts für Maßnahmen, die den Behinderten vor missbräuchlicher Einflussnahme bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung schützen sollen, **konventionskonform** ist.¹³² Vor allem wenn man bedenkt, dass diese Maßnahmen nur in jenen Fällen Anwendung finden sollen, in denen ein solcher Schutz auch erforderlich ist, wodurch auf die Gegebenheiten des Einzelfalls ausreichend Rücksicht genommen werden kann. § 568 ABGB ist daher auch aus diesem Grund konventionskonform.

F. Überlegungen de lege ferenda

Will man darüber nachdenken, wie es rechtspolitisch weitergehen könnte, so muss ein Fixum der lex lata je-

same Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Maßnahmen verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmäßigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Die Sicherungen müssen im Hinblick auf das Ausmaß, in dem diese Maßnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismäßig sein.“

¹²⁷ Schauer, iFamZ 2011, 258 (263).

¹²⁸ Eine in diesem Zusammenhang einschlägige problematische Situation könnte vorliegen, wenn ein pflegebedürftiger Erblasser eine letztwillige Verfügung zu Gunsten seines Pflegepersonals trifft. Vgl hierzu den Überblick über die unübersichtliche österr. Rechtslage bei Christandl, JBl 2013, 681 (686 ff).

¹²⁹ Schauer, iFamZ 2011, 258 (263).

¹³⁰ Schauer, iFamZ 2011, 258 (263).

¹³¹ Oben C.4.

¹³² So auch Christandl, JBl 2013, 681 (695 ff).

denfalls bedacht werden: § 568 ABGB hängt von der Sachwalterbestellung und einer Anordnung iSd § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG ab. Wird kein Sachwalter bestellt oder erfolgt keine entsprechende Anordnung, kann § 568 ABGB nicht eingreifen.¹³³

Somit sind drei Szenarien der rechtspolitischen Entwicklung denkbar:

1. Es werden **sowohl** die Sachwalterschaft **als auch** § 568 ABGB **entfallen**.
2. Zwar wird die **Sachwalterschaft entfallen**, eine **§ 568 ABGB** entsprechende Regelung wird aber weiterhin **bestehen** bleiben.
3. Sachwalterschaft **und** § 568 ABGB werden **bestehen** bleiben.

1. Abschaffung der Sachwalterschaft samt § 568 ABGB

Sollte die Sachwalterschaft samt § 568 ABGB ersatzlos entfallen, könnten Behinderte alle Testamentsformen wie nicht behinderte Personen nutzen. Für den zukünftigen rechtlichen Rahmen wird es jedoch wesentlich sein, ob für eine wirksame letztwillige Verfügung neben der vorgesehenen Form auch eine entsprechende Einsichtsfähigkeit – also Testierfähigkeit – gegeben sein muss.

Würde man nämlich der teilweise vertretenen strengen Auslegung von Art 12 UN-Behindertenrechtskonvention folgen, wäre jegliche Beschränkung der Handlungsfreiheit – somit auch der Testierfreiheit – unzulässig. Die Testierfreiheit wäre folglich in jedem Fall gegeben bzw. würde das Gesetz diese als eigenständige Voraussetzung womöglich gar nicht mehr voraussetzen (dürfen).

Es müssen somit im Folgenden zwei Unterfälle unterschieden werden:

- Die Testierfähigkeit Behinderter ist immer gegeben. Sie wird also fingiert, sollte sie tatsächlich nicht gegeben sein.
- Für die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung muss auch weiterhin das Vorliegen der Testierfähigkeit geprüft werden.

a) Fiktion der Testierfähigkeit

Es ist zu überlegen, welche praktischen Konsequenzen es hätte, würde man von dem Erfordernis der Testierfähigkeit absehen und es Behinderten darüber hinaus ermöglichen, in jeder Form zu testieren.

Naturngemäß würde die Testierfähigkeit als Streitgegenstand zwischen den Erben entfallen. Denkbar wäre es aber, dass vermehrt über das Vorliegen des Testierwillens, über Willensmängel oder die Auslegung der letztwilligen Verfügung gestritten werden würde.

¹³³ Oben C.

Die behinderte Person verlöre den sich aus § 568 ABGB ergebenden Schutz vor unangemessener Beeinflussung. Das wiederum könnte konventionswidrig sein, weil der von der UN-Behindertenrechtskonvention geforderte Schutz des Behinderten vor „undue influence“ im österr Recht bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung nicht gewährleistet wäre.¹³⁴ Die Abschaffung des § 568 ABGB brächte keinen Vorteil. Vielmehr würde sich der Gesetzgeber dem Risiko aussetzen, damit eine konventionswidrige Rechtslage zu schaffen.

b) Testierfähigkeit bleibt unverändert – Voraussetzung

In diesem Fall entstünde ein erhebliches Streitpotenzial. Neben den bereits sub a genannten Punkten (Testierwille, Willensmängel, Auslegung) würden die Erben über die bei einer behinderten oder alten Person im Einzelfall durchaus naheliegende Frage streiten, ob der Testierende im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung eine ausreichende Testierfähigkeit besaß. § 568 ABGB soll solche Streitfälle gerade hintanhalten¹³⁵, dient also dem Rechtsfrieden. Ein Fortschritt durch seine Abschaffung ist nicht ersichtlich.

2. Abschaffung der Sachwalterschaft – § 568 ABGB bleibt bestehen

Sollte die Sachwalterschaft abgeschafft werden, zwingt jedenfalls die UN-Behindertenrechtskonvention nicht zur Streichung auch des wie ausgeführt konventionskonformen¹³⁶ § 568 ABGB.

Legistische Schwierigkeiten könnte die Abschaffung der Sachwalterschaft bei einem bestehen bleibenden § 568 ABGB bereiten, weil dieser von einer Anordnung im Beschluss über die Bestellung des Sachwalters abhängt. Eingehende Überlegungen dazu sind hier nicht unsere Aufgabe. Idealtypisch sind wohl zwei künftige Lösungen denkbar: Es wird ein Alternativmodell statt der Sachwalterschaft geben, daran könnte man dann § 568 ABGB anknüpfen. Oder man definiert den Anwendungsbereich des § 568 ABGB in dessen Tatbestand autonom.

3. Sachwalterschaft und § 568 ABGB bleiben bestehen

Wenn Sachwalterschaft und § 568 ABGB bestehen bleiben, so sehen wir bei § 568 ABGB aus den angeführten Gründen keinen Reformbedarf. Es könnte aber uU sinnvoll sein, beim Verfahren nachzubessern:

Das österr Sachwalterrecht ist schon heute durch den Grundsatz der **Erforderlichkeit** geprägt. Eine explizite gesetzliche Betonung findet dieser Grundsatz in Zusammenhang mit der Betrauung des Sachwalters mit allen

Angelegenheiten in § 268 Abs 3 Z 3 ABGB.¹³⁷ Gleiches gilt auch für die Anordnung des Formvorbehalts gem § 568 ABGB. Auch dieser soll vom Gericht nur angeordnet werden, wenn dies erforderlich ist.¹³⁸ Daher ist wie ausgeführt davon auszugehen, dass § 568 ABGB bereits jetzt den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention entspricht.

Der Vollzug der § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG, § 568 ABGB dürfte aber mitunter auf praktische Schwierigkeiten stoßen. Für das Sachwalterschaftsgericht wird es nicht immer leicht sein, über die Erforderlichkeit einer Beschränkung auf die öffentlichen Testamentsformen zu entscheiden. Auch die von § 568 ABGB geforderte Nachforschung kann im Einzelfall durchaus diffizil sein. Nun handelt es sich dabei aber um Probleme der **Vollziehung** der § 568 ABGB, § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG und **nicht** um solche der **Normen** selbst. Man kann höchstens darüber nachdenken, ob und wie man die Normen mit weitergehenden Vorgaben für die Vollziehung „nachscharfen“ kann.

Zumindest ein Teil der Praxisprobleme dürfte wohl mit der anerkannt missglückten Formulierung des § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG zusammenhängen, der weder die Anordnung noch die Erforderlichkeit erwähnt.¹³⁹ Ein allfälliger Reformbedarf ist also hier und nicht bei § 568 ABGB zu verorten. Es liegt daher nahe, über Änderungen bei § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG nachzudenken.

§ 123 AußStrG lautet derzeit:

„(1) Der Beschluss über die Bestellung des Sachwalters hat zu enthalten:

1. den Ausspruch, dass der betroffenen Person ein Sachwalter bestellt wird;
 2. die Umschreibung der Angelegenheiten, die der Sachwalter zu besorgen hat;
 3. gegebenenfalls, inwieweit die betroffene Person frei verfügen oder sich verpflichten kann;
 4. die Bezeichnung der Person des Sachwalters;
 5. den Hinweis auf die besondere Formvorschrift für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 568 ABGB);
 6. den Ausspruch über die Kosten;
 7. gegebenenfalls, ob daneben die Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger (§§ 284 b bis 284 e ABGB) besteht.
- (2) Der Beschluss über die Bestellung eines Sachwalters auf Antrag der betroffenen Person ist stets zu begründen.“

Denkbar wäre, § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG folgenden Wortlaut zu geben:

„5. gegebenenfalls eine Anordnung gemäß § 568 ABGB, sofern dies zum Schutze der betroffenen Person erforderlich ist.“

Mit diesem Wortlaut wäre klargestellt, dass eine Anordnung iSd § 568 ABGB nur in jenen Fällen erfolgen soll, in denen dies auch zum Schutze des behinderten Testators **erforderlich** ist.

Zusätzlich wäre zu überlegen, ob man für eine derartige Anordnung eine separate **Begründung** fordert, in wel-

¹³⁴ Oben E.

¹³⁵ Oben C.3.

¹³⁶ Oben E.

¹³⁷ Schauer in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 123 Rz 9.

¹³⁸ Schauer in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 123 Rz 19 mwN.

¹³⁹ Dazu oben C.1.

cher dargelegt wird, warum die Beschränkung auf die genannten Testamentsformen im konkreten Fall erforderlich ist.

Eine derartige Regelung könnte als zweiter Satz dem zuvor vorgeschlagenen Text der Z 5 angehängt werden: „Die Erforderlichkeit ist zu begründen.“

§ 123 Abs 1 Z 5 AußStrG hätte dann folgenden Inhalt:

„(1) Der Beschluss über die Bestellung des Sachwalters hat zu enthalten:

[...]

5. gegebenenfalls eine Anordnung gem § 568 ABGB, sofern dies zum Schutze der betroffenen Person erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ist zu begründen.“

Allerdings könnte man auch weitergehen und überlegen, im Zuge einer Reform den von Teilen der Lehre geäußerten Bedenken zu entsprechen und die Anordnung des Formvorbehalts nicht notwendigerweise an die Besachwalterung der Person zu knüpfen. Die Bestellung eines Sachwalters kann nämlich bspw trotz psychischer Behinderung auch unterbleiben, wenn für die Person keine Angelegenheiten zu besorgen sind oder die Angelegenheiten von einem Bevollmächtigten oder den nächsten Angehörigen besorgt werden.¹⁴⁰ In diesem Fall wäre die Anordnung eines Formvorbehalts gem § 568 ABGB mangels Sachwalterschaft nicht möglich, obwohl diese zum Schutz des Behinderten notwendig wäre.¹⁴¹ Das Ergebnis, dass die Schutzmöglichkeit des Behinderten davon abhängt, in welcher Form seine Angelegenheiten erledigt werden, erscheint fragwürdig. Zusätzlich kann hierin ein Schutzdefizit erblickt werden, welches gerade im Lichte der Verpflichtungen des Art 12 Abs 4 UN-Behindertenrechtskonvention problematisch erscheint. Über die mit einer Abkoppelung

¹⁴⁰ Man beachte idZ die in der Praxis diskutierte Frage, ob § 568 ABGB auf Vorsorgevollmachten analog angewendet wird. Dies verdeutlicht, dass eine gesetzliche Regelung dieser Frage im Lichte der Rechtssicherheit begrüßenswert erscheint. Vgl hierzu W. Tschugguel, iFamZ 2012, 105.

¹⁴¹ Schauer in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG § 123 Rz 18.

des § 568 ABGB vom Sachwalterbestellungsbeschluss auftauchenden legistischen Folgeprobleme ist sub 2. bereits berichtet worden.

Bei einer Abwägung der Schutzbedürftigkeit einer behinderten Person mit dem Gebot ihrer Gleichstellung mit nicht behinderten Personen drängt sich letztlich auch der Gedanke auf, ob man nicht de lege ferenda über Betragsgrenzen nachdenken sollte. Vereinfacht und ohne dass dies hier im Detail ausgeführt werden kann, würde dies heißen: Über kleine Vermögen bis zu einer zu definierenden Grenze soll die behinderte Person ohne Formzwang testieren können. Darüber hinaus bleibt es bei der Regelung der § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG, § 568 ABGB.

G. Zusammenfassung in Thesen

1. § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG idGF ist missglückt und sollte reformiert werden. Unser Formulierungsvorschlag findet sich unter F.3.
2. § 568 ABGB dient dem verstärkten Schutz der besachwalteten Person vor Risiken, die bei der letztwilligen Verfügung solcher Personen besonders ausgeprägt sein können (erhöhte Beweissicherung, Konfliktvermeidung, Absicherung eines durchsetzbaren Erblasserwillens, erhöhter Übereilungsschutz).
3. § 568 ABGB schützt den Testierenden vor unangemessener Beeinflussung, wie dies Art 12 Abs 4 UN-Behindertenrechtskonvention erfordert.
4. § 568 ABGB ist konventionskonform. Ein konventionsbedingter Reformbedarf ist nicht ersichtlich.

Über die Autoren:

Univ.-Prof. Dr. Michael Gruber lehrt an der Universität Salzburg.

Univ.-Ass. Mag. Ulrich E. Palma ist Universitätsassistent an der Universität Salzburg.

Rechtsprechung

Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

NZ 2015/29

§ 5 Abs 2 WEG idF der WRN 2006 BGBl I 2006/124

Die Beschränkungen des § 5 Abs 2 WEG gelten auch für derivative Erwerbsvorgänge.

1. Die Beschränkung des § 5 Abs 2 Satz 1 WEG gilt sowohl für die erstmalige Begründung von Wohnungseigentum als auch für derivative Erwerbsvorgänge innerhalb der Dreijahresfrist.

2. Die in den Entscheidungen 5 Ob 151/08d und 5 Ob 164/12x enthaltenen gegenteiligen obiter dicta werden nicht aufrechterhalten.

3. Der Senat teilt die im Revisionsrekurs geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken an der in § 5 Abs 2 Satz 1 WEG normierten Erwerbsbeschränkung nicht.

OGH 6. 11. 2013, 5 Ob 124/13s (LG Linz 19. 3. 2013, 32 R 19/13i; BG Linz 2. 1. 2013, TZ 23786/2012)

Revisionsrekurs erfolglos (weithin gleichlautend OGH 5 Ob 125/13p und 5 Ob 126/13k vom selben Tage)

NZ 2015/44

Erbrechtsnovelle: Bewertungsfragen in Bezug auf Schenkungen

Im Zusammenhang mit der geplanten und notwendigen Novellierung des Erbrechts werden in der Fachwelt diverse Fragen diskutiert. Unter den vielen Diskussionspunkten ist eine Frage zentral und von besonderer Bedeutung: Wie soll in Zukunft die Bewertung von zu Lebzeiten erfolgten Schenkungen im Gesetz sachgerecht geregelt werden?

Von Manfred Umlauf

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangsgrundlage
- B. Derzeitige Gesetzes- und Meinungslage
- C. Kritik an der Rechtsprechung
- D. „Gegenbeispiel“
- E. Grundsatzüberlegungen
- F. Aktuelle Judikatur als Vorbild für die gesetzliche Regelung?
 1. Liegenschaften
 2. Unternehmen, Geld und sonstige bewegliche Sachen
 3. Kritik Schauers
- G. Schlussfolgerung und Verprobung des Ergebnisses
 1. Schlussfolgerung
 2. Verprobung der Ergebnisse

A. Ausgangsgrundlage

In vielen Fällen wendet der (künftige) Erblasser zu seinen Lebzeiten eigenen Familienangehörigen (insbesondere Kindern, dem Ehegatten oder eingetragenen Partner), aber auch sonstigen Dritten (insbesondere dem Lebensgefährten) Vermögenswerte unentgeltlich zu. Solche Zuwendungen wirken sich insbesondere auf das Ausmaß der Erb- bzw. Pflichtteilsansprüche des Zuwendungsempfängers selbst, aber auch auf jene der sonstigen Nachlassbeteiligten aus. Eine zentrale Frage in diesem Zusammenhang besteht darin, wie solche Zuwendungen, die mitunter lange Zeit vor dem Tod des Erblassers erfolgen, zu bewerten sind.

B. Derzeitige Gesetzes- und Meinungslage

Die derzeitige Gesetzeslage (§ 794 ABGB) stammt aus dem Jahre 1811. Der damalige **historische Gesetzgeber** ist im Wesentlichen von einer **Wertstabilität** ausgegangen. Diese Annahme trifft heute in keinsten Weise mehr zu, weshalb es diesbezüglich in den letzten Jahrzehnten zu einer richterlichen Rechtsfortbildung gekommen ist.¹ Heute wird vom Obersten Gerichtshof (OGH)² im Wesentlichen folgende Bewertungsformel

angewendet, welche von der ganz überwiegenden Lehre³ grundsätzlich gebilligt wird. Diese Bewertungsformel lautet (mit mehr oder weniger geringfügigen Abweichungen) wie folgt:

Es wird fingiert, dass die Zuwendung nicht erfolgt ist und die zugewendete Sache sich somit noch im Nachlass befindet. Dabei werden jedoch Wertveränderungen, die auf den Zuwendungsempfänger zurückzuführen sind (zB seine Investitionen), nicht berücksichtigt. Die Bewertung erfolgt sodann nach dem Wertmaßstab im Todeszeitpunkt des Erblassers. Geldschenkungen werden nach dem Verbraucherpreisindex (VPI) auf den Todestag valorisiert.

C. Kritik an der Rechtsprechung

Neuerdings wird in der einschlägigen Literatur Kritik an der derzeitigen Judikatur geäußert,⁴ welche von den Autoren dieser Kritik durch folgendes Beispiel untermauert wird:

Ein Vater schenkt im Jahre 1988 in vorweggenommener Erbfolge seinen beiden Töchtern eine Liegenschaft mit einem Verkehrswert von damals je 10 Mio ATS. Gleichzeitig schenkt der Vater 1988 seine Barmittel im Ausmaß von ebenfalls 10 Mio ATS seinem Sohn. Diese verschenkten Vermögenswerte waren im Wesentlichen das gesamte Vermögen des Vaters. Eine Tochter behält die Liegenschaft, während die andere Tochter ihre Liegenschaft ein Jahr nach der väterlichen Schenkung 1989 um 10 Mio ATS (zum damaligen Zeitpunkt wertkongruent) verkauft. Der Sohn verwendet das Geld, um eine Familie zu gründen und eine berufliche Existenz aufzubauen. Der Vater stirbt 2013. Beide Liegenschaften der Töchter haben nunmehr auf Grund einer Umwidmung und der Ansiedelung interessanter Betriebe in der Nahregion den Wert von jeweils 30 Mio Euro (also etwa den 40-fachen Wert von damals).

¹ Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 794 Rz 2 (mwN); Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 530.

² ZB OGH 7 Ob 248/11 p; 6 Ob 54/11 a; 6 Ob 108/97 v ua.

³ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 530; Eccher, Bürgerliches Recht VI⁵ (2014) Rz 7/30; ders in Schwimann/Kodek, ABGB III⁴ § 794 Rz 2; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 794 Rz 1; Umlauf, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfangen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 241 f (jeweils mwN); aA Ch. Rabl, Die Auswirkungen eines Fruchtgenussvorbehalts auf die Schenkungsanrechnung, NZ 1999, 293 ff, welcher bei Liegenschaften auf den Wert im Zuwendungszeitpunkt abstellt und diesen Betrag sodann zur Kompensation der Geldentwertung auf den Todestag aufwertet.

⁴ Kalss/Probst, Privatstiftung-Pflichtteilsansprüche, StiftungsLetter, Ausgabe 18, 1. Quartal 2013, 26 (28 ff); dieselben, Familienunternehmen (2013) Rz 21/220 ff.

Der Bruder macht gegenüber seinen Schwestern nunmehr den **Pflichtteilsergänzungsanspruch** geltend, da seine Geldzuwendung nach dem Verbraucherpreisindex zwischen 1988 und 2013 „nur“ eine Wertsteigerung von etwa 80% erfahren hat, sodass seine Zuwendung mit etwa 18 Mio ATS (= ca 1,3 Mio Euro) anzusetzen ist, während bezüglich der an die Töchter geschenkten Liegenschaften nach der Judikatur fingiert wird, dass sie sich noch im Nachlass befinden; sie sind somit mit je 30 Mio Euro zu bewerten. Die Pflichtteilsbemessungsgrundlage beträgt somit:

30 Mio Euro + 30 Mio Euro + 1,3 Mio Euro = 61,3 Mio Euro.

Die Pflichtteilsquote jedes Kindes entspricht der Hälfte der gesetzlichen Erbquote, also je 1/6; der Pflichtteil beträgt sohin je ca 10,2 Mio Euro ($61,3 : 6 = \text{ca } 10,2$). Von diesem Betrag muss sich der Sohn die eigene Zuwendung in Höhe von 1,3 Mio Euro abziehen lassen, sodass ihm ein Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen beide Schwestern in Höhe von insgesamt etwa 8,9 Mio Euro zusteht. Die beiden Schwestern sind bezüglich der Haftung für diese Pflichtteilsergänzungsansprüche zweifach geschützt:

- Da die Schwestern auch pflichtteilsberechtigt sind, endet die Haftung für die Pflichtteilsergänzungsansprüche eines anderen Pflichtteilsberechtigten dort, wo der eigene Pflichtteil verletzt würde, das heißt vom Geschenk bzw vom Erlös aus der Veräußerung des Geschenkes kann jede Schwester jedenfalls so viel behalten, als ihrem eigenen Pflichtteil entspricht. Mit einem darüber hinausgehenden Wert wird für den Pflichtteilsergänzungsanspruch des Bruders grundsätzlich gehaftet.
- Die Schwester, die das Grundstück schon bald nach der Schenkung um 10 Mio ATS verkauft hat, ist durch § 952 ABGB zusätzlich geschützt: Sie haftet über den noch vorhandenen Veräußerungserlös hinaus nur insofern, als sie bei der Veräußerung der geschenkten Sache **unredlich** war. Dies wäre dann der Fall, wenn sie mit der Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen anderer Pflichtteilsberechtigter rechnen musste. Das wird wohl kaum der Fall gewesen sein. Die Pflichtteilsergänzungsansprüche resultieren aus der Umwidmung; hätte sie mit dieser Umwidmung gerechnet, hätte sie mit dem Verkauf zweifelsohne zugewartet. Da der Veräußerungserlös geringer war als der eigene Pflichtteilsanspruch dieser Schwester, haftet sie nicht für die Pflichtteilsergänzung des Bruders. Einen eigenen Pflichtteilsergänzungsanspruch kann sie aber nicht geltend machen, da sie sich den fiktiven Wert von 30 Mio Euro anrechnen lassen muss, sodass ihr Pflichtteil jedenfalls gedeckt ist.

Es wird kritisiert, dass durch diese Bewertungsmethode für die Geschenknehmer keine Planungs- bzw Rechtssi-

cherheit bestehe, weshalb von den vorgenannten Autoren⁵ vorgeschlagen wird, die Bewertung im Zuge der Erbrechtsnovelle wie folgt neu zu regeln:

- Alle Sachen sind nach den gleichen Grundsätzen in die Berechnung einzubeziehen.
- Maßgeblich ist der Wert der Sache im Empfangszeitpunkt (Schenkungszeitpunkt).
- Der zum Empfangszeitpunkt ermittelte Wert ist sodann nach dem Verbraucherpreisindex (VPI) auf den Todeszeitpunkt zu valorisieren.

Mit dieser Vorgehensweise seien Rechtssicherheit und Rechtsfrieden verbunden – zwei sicher erstrebenswerte Ziele, die aber im **Gesamtzusammenhang** zu sehen sind.

D. „Gegenbeispiel“

Die Frage nach einer sachgerechten gesetzlichen Bewertungsregelung ist äußerst schwierig zu beantworten. Dass die in der Literatur vorgeschlagene neue Bewertungsregelung genauso zu höchst problematischen Ergebnissen führt bzw führen kann, sei an folgendem Beispiel demonstriert:

Das Vermögen des Vaters (künftigen Erblassers) besteht ausschließlich aus 3 ha Landwirtschaftsgrund. Er hat zwei Söhne und eine Tochter. Den beiden Söhnen schenkt er 2005 je 1 ha dieses Landwirtschaftsgrundes, während das restliche Hektar in seinem Eigentum verbleibt und im Erbweg auf seine Tochter übergehen soll. Im Zeitpunkt der Schenkung (2005) hatte dieser Grund einen Wert von € 10,- pro m², 1 ha hatte also einen Wert von € 100.000,-. Aus damaliger Sicht hätte also jedes Kind einen Wert € 100.000,- erhalten (Söhne) bzw Aussicht auf einen solchen Wert (Tochter) gehabt. Im Jahre 2010 kam es zur Umwidmung dieses Landwirtschaftsgrundes in „Baufläche“. 2015 ist der Vater gestorben. Die beiden Söhne sind nach wie vor im Besitz dieser Grundstücke. Die Tochter hat das verbliebene Hektar dieses Grundstückes geerbt. Auf Grund der Umwidmung beträgt der Wert nunmehr € 300,- pro m² (also das 30-fache des ursprünglichen Werts). Jedes Kind besitzt nunmehr einen Wert von 3 Mio Euro. (10.000 m² x € 300,- = 3 Mio Euro).

Käme die neuerdings in der Literatur vorgeschlagene Bewertungsregelung (siehe oben) zur Anwendung, so hätten die beiden Söhne einen **Pflichtteilsergänzungsanspruch** gegenüber ihrer Schwester: Die beiden Söhne müssten sich nämlich lediglich den ursprünglichen Wert von je € 100.000,- zuzüglich Wertsicherung anrechnen lassen. Die Wertsicherung nach dem VPI beträgt für die zehn Jahre (zwischen 2005 und 2015) etwa 20%, jeder Sohn hätte sich also einen Wert in Höhe von € 120.000,- anrechnen zu lassen. In diesem Fall errechnet sich – nach der in der Literatur vorgeschlagenen Bewertungsmethode – der Pflichtteil jedes dieser drei Kinder wie folgt: 3 Mio Euro (im Nachlass befindlicher Grund) + € 120.000,- (Schenkungen an einen Sohn) + € 120.000,- (Schenkungen an den weiteren Sohn) =

⁵ Siehe FN 4. So auch schon (de lege ferenda) Schauer, Die Bewertung von Vorempfang und Schenkungen bei der Pflichtteilsanrechnung, NZ 1998, 23 (32 ff).

€ 3.240.000,-. Der Pflichtteil davon beträgt 1/6, also je € 540.000,-. Die beiden Söhne hätten also einen Pflichtteil in Höhe von je € 540.000,-, wovon sich jeder die eigene Zuwendung in Höhe von € 120.000,- abziehen lassen muss, sodass der Pflichtteilergänzungsanspruch jedes Sohnes € 420.000,- beträgt. Dieser Pflichtteilsergänzungsanspruch könnte also von beiden Söhnen gegenüber ihrer Schwester geltend gemacht werden, die somit insgesamt € 840.000,- Pflichtteilsergänzungsansprüche zu leisten hätte. Und dies obwohl alle drei Kinder denselben Wert erhalten haben und im Todeszeitpunkt des Erblassers sogar noch besitzen – zweifellos ein höchst problematisches Ergebnis! Nach den derzeit von der Judikatur angewendeten Grundsätzen käme es zu keinen Pflichtteilsergänzungsansprüchen, da alle drei Liegenschaften zum Todeszeitpunkt zu bewerten sind.

E. Grundsatzüberlegungen

Wie diese Beispiele zeigen, ist es augenscheinlich nicht zielführend, auf Extrembeispielen aufbauend – also im Wege der induktiven Methode – eine sachgerechte Gesetzesnorm zu suchen. Vielmehr ist dem Gesetzgeber zu empfehlen, Grundsatzüberlegungen über die **Anforderungen an eine solche Bewertungsregelung** anzustellen und daraus eine sachgerechte Norm abzuleiten. Die Angemessenheit der auf der Grundlage solcher Überlegungen entwickelten Gesetzesbestimmung soll dann an praktischen Beispielen „verprobt“ werden (siehe Abschnitt G). Aus meiner Sicht sind im Wesentlichen **drei Grundsatzüberlegungen** anzustellen:

1. Bei der Schenkungsanrechnung „trifft“ das zu **Lebzeiten** zugewendete anrechenbare Vermögen im **Todeszeitpunkt** auf das im Nachlass **noch vorhandene Vermögen**. Bezüglich dieser beiden Vermögensmassen unterschiedliche Wertmaßstäbe anzulegen hieße, eine **Verzerrung** zuzulassen, was vermieden werden sollte.⁶ Zu dieser Verzerrung käme es nach der vorgeschlagenen neuen Bewertungsregelung insbesondere im Bereich der Liegenschaften, da es unbestritten ist, dass beispielsweise in den letzten Jahrzehnten die Immobilienpreise wesentlich stärker gestiegen sind als der Verbraucherpreisindex. ZB haben die Liegenschaftspreise in Vorarlberg in den letzten zehn Jahren eine Steigerung um etwa 100% erfahren, während der Verbraucherpreisindex in diesem Zeitraum lediglich um etwa 20% gestiegen ist. Ähnliches wird auch für die übrigen Teile Österreichs gelten. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass es – wie in den Beispielen dargestellt – zwischen dem Zuwendungs- und Todeszeitpunkt nicht selten zu **Umwidmungen** von Grünland in Bauland kommt. Wenn zugewendetes Grünland im Todeszeitpunkt als Bauland gewidmet ist und sich der Zuwendungsempfänger lediglich den Grünlandpreis zuzüglich Valorisierung nach dem VPI anrechnen lassen muss, ist dies be-

sonders deshalb nicht sachgerecht, weil die Erb- und Pflichtteilsauseinandersetzung im **Todeszeitpunkt** des Erblassers erfolgt und der VPI die Wertentwicklung speziell von Liegenschaften nur **unzulänglich abbildet**.

Von den oben erwähnten jüngeren Literaturstimmen wird kritisiert, dass durch die Bewertung im Todeszeitpunkt der Verkauf einer zu Lebzeiten zugewendeten Liegenschaft zu einem ungünstigen Zeitpunkt für den Beschenkten zu großen Nachteilen führen könne. Dieses Argument vermag aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

- Wenn der Geschenknehmer die Liegenschaft verkauft und mit dem Verkaufserlös ein Investment tätigt, mit welchem er bis zum Todeszeitpunkt des Geschenkgebers einen größeren Wertzuwachs als durch das Behalten der Liegenschaft erzielen kann, wird trotzdem nur der fiktive Liegenschaftswert im Todeszeitpunkt angerechnet; der darüberliegende Wertzuwachs bleibt unberücksichtigt. Konsequenterweise kommt es jedoch im umgekehrten Fall (schlechtes Investment) auch zur Anrechnung des fiktiven Werts der zugewendeten Liegenschaft zum Todeszeitpunkt. Der Zuwendungsempfänger hat also **Chance und Risiko**; beides bleibt bei der Bewertung unberücksichtigt.
- Im Wirtschaftsleben ist es ein durchgängiges Prinzip, dass die Folgen einer wirtschaftlichen Entscheidung (Verkaufsentscheidung) von jenem zu tragen sind, der die Entscheidung trifft. Diesem Prinzip wird durch die der bisherigen Judikatur entsprechende Bewertung im Todeszeitpunkt Rechnung getragen, indem weder eine realisierte Chance noch ein eingetretener Verlust – gemessen am fiktiven Wert der geschenkten Sache im Todeszeitpunkt – bei der Anrechnung Berücksichtigung finden.
- Wenn ein Geschenknehmer zu einem ungünstigen Zeitpunkt verkauft und dabei redlich ist (also keine Verteilung von Pflichtteilsansprüchen anderer Pflichtteilsberechtigter vor Augen hat bzw haben muss), haftet er nur im Rahmen des noch vorhandenen Veräußerungserlöses; außerdem kann er jedenfalls das, was seinem eigenen Pflichtteil entspricht, behalten.

2. Bei der legistischen Erarbeitung einer solchen Bewertungsregelung ist es sicher richtig, die Interessen des Geschenknehmers (insbesondere Planungs- und Rechtssicherheit) zu berücksichtigen. Dies allein **greift aber zu kurz**: Das Pflichtteilsrecht gilt nicht nur für die zu Lebzeiten Beschenkten, sondern auch für die **übrigen Pflichtteilsberechtigten**. Also sind auch **deren Interessen** in angemessener Weise zu berücksichtigen. Dieser Anforderung ist durch die Bewertung einer zu Lebzeiten zugewendeten Liegenschaft im Schenkungszeitpunkt mit Valorisierung nach dem VPI evident nicht entsprochen, wie durch das „Gegenbeispiel“ gezeigt wurde.

3. Wertveränderungen zwischen Zuwendungs- und Todeszeitpunkt, die dem Geschenknehmer zuzurechnen

⁶ Vgl. Welser in Rummel³ § 794 Rz 1.

sind (zB Investitionen in die geschenkte Sache), sollen bei der Bewertung unberücksichtigt bleiben.

F. Aktuelle Judikatur als Vorbild für die gesetzliche Regelung?

1. Liegenschaften

Es erweist sich somit, dass die aktuelle Judikatur des OGH grundsätzlich durchaus als Vorbild für eine neue gesetzliche Regelung dienen kann, da sie den vorgeannten Postulaten für eine gesetzliche Bewertungsregelung entspricht. Jedenfalls gilt dies für die **Bewertung von Liegenschaften**.⁷

2. Unternehmen, Geld und sonstige bewegliche Sachen

Anders verhält es sich bei **Unternehmen** bzw **Unternehmensanteilen**. Kommt es hier zu einer Zuwendung zu Lebzeiten, wird die weitere Wertentwicklung des Unternehmens bzw des Unternehmensanteiles bis zum Todeszeitpunkt des Geschenkgebers sehr wesentlich vom Geschenknehmer beeinflusst bzw verantwortet. Diese Umstände sind – wie auch zB Investitionen des Geschenknehmers in eine zugewendete Liegenschaft – bei der Bewertung außer Betracht zu lassen. Da es bei Unternehmen bzw Unternehmensanteilen sehr schwierig ist zu unterscheiden, ob bzw in welchem Ausmaß eine Wertveränderung durch objektive Umstände (Marktentwicklung) einerseits und durch das persönliche Engagement des Geschenknehmers andererseits verursacht wurden, erweist sich der in der Literatur gemachte Vorschlag, die Bewertung im Zuwendungszeitpunkt vorzunehmen und diesen Betrag sodann nach dem VPI zu valorisieren, diesbezüglich durchaus als zutreffend und sachgerecht.⁸ Dasselbe gilt auch für **Geld** und **sonstige bewegliche Sachen** (wie zB Pkw, Möbel, verbrauchbare Sachen etc). Auch hier wäre es nicht sachgerecht, einen vor 20 Jahren einem Kind zugewendeten Pkw nach den Wertmaßstäben im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers zu bewerten. Auch wenn ein neuwertiger Zustand im Todeszeitpunkt angenommen wird, so ist der Pkw technisch vollkommen überholt, weshalb auch hier eine Bewertung im Schenkungszeitpunkt mit einer Valorisierung nach dem Verbraucherpreisindex bis zum Todeszeitpunkt als sachgerecht anzusehen ist.

3. Kritik Schauers

Schauer⁹ kritisiert, dass der Unterscheidung zwischen Liegenschaften (Fiktion der Nachlasszugehörigkeit) und beweglichen Sachen bzw Geld (Aufwertung nach

dem VPI zum Todestag) kein klares Wertungskonzept zugrunde liege. Wenn fingiert werde, dass sich eine zu Lebzeiten verschenkte Liegenschaft noch im Nachlass befinde, müsste derselbe Gedanke auch bei beweglichen Sachen und insbesondere auch bei verschenktem Geld zum Tragen kommen, sodass diesbezüglich eine Valorisierung nach dem VPI also nicht konsequent sei. Aus diesem Grund plädiert Schauer (aaO) de lege ferenda dafür, bei Geld, sonstigen beweglichen Sachen und Liegenschaften einheitlich auf den Wert im Empfangszeitpunkt abzustellen und diesen Betrag nach dem VPI auf den Tag der Zuteilung des Pflichtteils zu valorisieren. Schauer nimmt also mit seinem Lösungsvorschlag offensichtlich die vielfach auftretenden problematischen Ergebnisse, die oben mit dem „Gegenbeispiel“¹⁰ exemplarisch dargestellt wurden, in Kauf. Mit der in dieser Arbeit vorgeschlagenen Lösung wird versucht, diese Probleme zu vermeiden.

Außerdem besteht für die hier vertretene Lösung auch folgende **rechtstheoretische Rechtfertigung: Liegenschaften** werden typischerweise für die eigene dauerhafte Benützung oder aber als Wertanlage angeschafft. Die Immobilie verkörpert also im Normalfall gewissermaßen eine „**Besitzkontinuität**“; dem entspricht die Fiktion, dass sich die geschenkte Liegenschaft noch im Nachlass befindet. Ganz anders ist die Situation bei **Geld** und **sonstigen beweglichen Sachen**, die rasch an Wert verlieren. Kaum jemand verwahrt seine Ersparnisse zu Hause als Barschaft. Üblicherweise werden sie gewinnbringend angelegt. Es ist zwar zuzugeben, dass dies mit dem derzeitigen Zinsniveau nicht einfach ist. Dennoch besteht die – vielfach genutzte – Möglichkeit, durch Kauf von Fondsanteilen bzw sonstigen Wertpapieren den inflationsbedingten Wertverlust weitestgehend zu kompensieren. Die Valorisierung eines geschenkten Geldbetrags nach dem VPI zeichnet das Verhalten des „durchschnittlichen“ Geschenkgebers, wenn er diese Geldschenkung nicht gemacht hätte, nach und hält deshalb auch rechtstheoretischen Überlegungen stand. Ähnliches gilt für sonstige bewegliche Sachen, die üblicherweise kurzlebig sind und daher einem schnellen Wertverfall unterliegen. Ein zehn Jahre alter Pkw hat, auch wenn er ungebraucht ist, im Hinblick auf den laufenden technischen Fortschritt nur noch geringen Wert. Aus diesem Grund wird ein Pkw keinem vernünftigen Menschen als Wertanlage dienen. Wenn der künftige Erblasser seinem Sohn einen Pkw schenkt, so besteht sein Alternativverhalten im Falle des Unterbleibens dieser Schenkung nicht im Behalten dieses Pkw's. Vielmehr wird er den Pkw verkaufen und den Verkaufserlös möglichst fruchtbringend (bzw werterhaltend) anlegen. Damit korrespondiert die Bewertung des Pkw's im Zuwendungszeitpunkt mit Valorisierung nach dem VPI auf den Todestag. Freilich ist nicht auszuschließen, dass der künftige Erblasser den Verkaufserlös

⁷ Im Ergebnis wohl ebenso Welser, Erbrechtsreform, 17. ÖJT 2009 II/2, 144 ff.

⁸ Probst, Rechtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge in praktischen Fällen, UnternehmerCircle 2/2014, 4 ff; Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 21/228 ff.

⁹ NZ 1998, 32 ff.

¹⁰ Siehe Abschnitt D.

verbraucht. Diese Thematik stellt sich aber auch bei der Geldschenkung: Unterbleibt diese, so ist durchaus denkbar, dass der künftige Erblasser den betreffenden Geldbetrag verbraucht. Trotzdem ist unbestritten, dass der geschenkte Geldbetrag mit Valorisierung in die Bewertung einzubeziehen ist. Die Möglichkeit des Verbrauchs wird also ignoriert, was auf dem **Ausgleichsge-danken** beruht und daher nicht zu beanstanden ist.

Der in dieser Arbeit de lege ferenda vertretenen Lösung liegt also folgendes **Bewertungskonzept** zugrunde: Auf der Basis der Durchschnittsbetrachtung des Gesetzgebers ist das typische Verhalten des künftigen Erblassers die Richtschnur für die gesetzliche Bewertungsregel. Bei Liegenschaften überzeugt daher im Hinblick auf die ihnen innewohnende Besitzkontinuität der Ansatz der hA, wonach fingiert wird, dass sich diese noch im Nachlass befinden. Bei beweglichen Sachen und Geld ist, wie oben begründet, die Valorisierung nach dem VPI sachgerecht, da dadurch das hypothetische Verhalten des „durchschnittlichen“ Geschenkgebers bei unterbliebener Schenkung nachgezeichnet wird.¹¹ Dasselbe gilt für Unternehmen und Unternehmensanteile, weil bei diesen die Wertentwicklung nach dem Zuwendungszeitpunkt typischerweise stark vom Geschenknehmer abhängt, was bei der Bewertung – als zur Sphäre des Geschenknehmers gehörend – nicht zu berücksichtigen ist. Durch dieses Konzept können unbefriedigende Ergebnisse, die vor allem iZm Liegenschaften entstehen (stark vom VPI abgekoppelte Wertentwicklung und/oder erhebliche Wertsteigerung wegen Umwidmung), weitestgehend vermieden werden.

Schließlich wird die in dieser Arbeit vorgeschlagene Bewertungsregelung noch von folgender Überlegung „getragen“: Wenn die verschenkten Liegenschaften – wie hier vorgeschlagen – mit ihrem Wert im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers veranschlagt werden, so wird dieser Betrag in der Regel höher sein als der Wert im Empfangszeitpunkt mit Valorisierung nach dem VPI auf den Todeszeitpunkt. Wenn „weichende Kinder“ des Erblassers eine Liegenschaft im Schenkungsweg bzw. als Vorschuss auf den Pflichtteil erhalten, so ist also durch die Bewertung im Todeszeitpunkt gewöhnlich ein größerer Teil ihres Pflichtteils erfüllt als dies der Fall wäre, wenn die Bewertung im Zuwendungszeitpunkt mit Valorisierung auf den Todeszeitpunkt vorgenommen würde. Dieser Umstand **erleichtert** also **Unternehmensübergaben**, was einer berechtigten rechtspolitischen Forderung entspricht.¹²

¹¹ Basierend auf diesen Überlegungen könnte angedacht werden, dass Kunstgegenstände und Antiquitäten, für die gewöhnlich auch die Besitzkontinuität gilt, ebenfalls wie Liegenschaften bewertet werden, indem fingiert wird, dass sie sich noch im Nachlass befinden.

¹² Krejci, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht (2006) 1 f. Hierzu nimmt Welser (Erbrechtsreform, 17. ÖJT 2009 II/2, 105 ff) ausführlich Stellung: Er anerkennt diese Forderung als grundsätzlich berechtigt; gleichzeitig verlangt Welser (aaO) –

G. Schlussfolgerung und Verprobung des Ergebnisses

1. Schlussfolgerung

Zusammenfassend ist daher dem Gesetzgeber aus meiner Sicht zu empfehlen, bei der Neuregelung der Bewertung lebzeitiger Zuwendungen folgende Grundsätze anzuwenden:

- Bei Liegenschaften ist zu fingieren, dass sie sich nach wie vor im Nachlass befinden. Wertverändernde Umstände, die zwischen dem Zuwendungs- und Todeszeitpunkt eingetreten und der Sphäre des Geschenknehmers zuzuordnen sind (zB Investitionen), sind nicht zu berücksichtigen.
- Geld, Unternehmen, Unternehmensanteile und sonstige bewegliche Sachen sind zum Zuwendungszeitpunkt zu bewerten; der Wert ist sodann nach dem Verbraucherpreisindex zum Todeszeitpunkt des Geschenkgebers zu valorisieren.

2. Verprobung der Ergebnisse

Die **Verprobung** der geschilderten Fälle ergibt folgendes Ergebnis:

- Durch den vorstehend gemachten Gesetzesvorschlag erfährt das „Gegenbeispiel“ (siehe oben Abschnitt D) zweifelsohne eine angemessene Lösung. Keinem Kind steht ein Pflichtteilsergänzungsanspruch zu, was sachgerecht ist, da alle drei Kinder denselben Wert zugewendet erhalten haben und sogar noch im Besitz desselben sind.
- Das Ergebnis für das in der Literatur vorgebrachte Beispiel (siehe oben Abschnitt C) ist wie folgt zu würdigen: Die Tochter, die die geschenkte Liegenschaft behalten hat, unterliegt dem Bewertungsmaßstab im Todeszeitpunkt des Erblassers, was nachvollziehbar ist; es erfolgt keine Wertverzerrung in Bezug auf die geschenkte und die im Nachlass befindliche Liegenschaft. Die andere Tochter, die die Liegenschaft verkauft hat, muss sich den fiktiven Wert der Liegenschaft zum Todeszeitpunkt anrechnen lassen, was aber nicht zu beanstanden ist, da es doch geradezu selbstverständlich ist, dass jeder die wirtschaftlichen Folgen eigener Entscheidungen selbst tragen muss. Dies entspricht auch dem Grundsatz, dass wertverändernde Umstände, die dem Zuwendungsempfänger zuzurechnen sind (eigene Verkaufsentscheidung), außer Betracht bleiben. Bei Redlichkeit ist diese Tochter außerdem von einer Haftung über den vorhandenen Veräußerungserlös hinaus befreit. Bei Berücksichtigung der Interessen aller Nachlassbeteiligten (Pflichtteilsberechtigten) erscheint durch die hier vorgeschlagene Bewertungsregelung auch dieser Fall angemessen gelöst.

durchaus zu Recht – eine diesbezügliche Regelung „mit Augenmaß“, indem auch die Interessen der (übrigen) Pflichtteilsberechtigten angemessen berücksichtigt werden.



Mathias Walch
Zur Notariatsaktspflicht der Geschäftsanteilsübertragung bei zeitlichem
Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

Über den Autor:

Der Autor Dr. Manfred Umlauf ist Notar in Dornbirn,
Vizepräsident der Notariatskammer für Tirol und Vor-

arlberg und Universitätsdozent für Bürgerliches
Recht an der Juridischen Fakultät der Universität
Innsbruck (manfred.umlauft@notariat-umlauft.at).