

**Rechtswissenschaftliche Fakultät**

Institut für Zivilrecht
Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer
Univ.-Ass. Mag. Bernhard Motal, LL.M.
Univ.-Ass. Mag. Sebastian Reiter
Univ.-Ass. Mag. Marlene Hofmair
Univ.-Ass. Mag. Sebastian Wöss
Schottenbastei 10-16
A- 1010 Wien

T +43 (1) 4277-348 30
F + 43(1) 4277-348 93

martin.schauer@univie.ac.at
<http://www.univie.ac.at/zivilrecht/>

Wien, am 30.4.2015

STELLUNGNAHME

zum Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Anerbengesetz, das Außerstreitgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtskommissärsgesetz, das Gerichtskommissionstarifgesetz, das allgemeine Grundbuchsgesetz 1955, das IPR-Gesetz, die Jurisdiktionsnorm, das Kärntner Erbhöfegesetz 1990, die Notariatsordnung, das Rechtspflegergesetz, das Tiroler Höfegesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 2002 und die Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geändert werden

(Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015)

Executive Summary

Die Verfasser begrüßen die Reform des Erbrechts und unterstützen die vom Gesetzgeber verfolgten Ziele. Der Entwurf kann in weiten Teilen als gelungen bezeichnet werden und verdient grundsätzlich Zustimmung. Gleichwohl enthält der Entwurf noch verschiedene Vorschläge, die noch näher reflektiert werden sollten und überarbeitungsbedürftig erscheinen. Zu den aus der Sicht der Verfasser jedenfalls änderungsbedürftigen Punkten zählen die folgenden:

1. In einem – praktisch durchaus bedeutenden - Fall der gesetzlichen Erbfolge ist nach dem Entwurf unklar, wer wieviel aus dem Nachlass erhält. Hinterlässt der Erblasser seinen Ehegatten, einen Elternteil und Repräsentanten des zweiten Elternteils, so erhält der Ehegatte 2/3 des Nachlasses und der überlebende Elternteil 1/6 (§ 744). Ob das übrige Sechstel dem überlebenden Elternteil zuwächst oder an den Ehegatten fällt ist nicht geregelt. Die systematische Interpretation spricht für Ersteres, was in Anbetracht der gesetzgeberischen Zielsetzung jedoch inkonsequent ist.
2. Der vorgeschlagene Regelung des § 746, der den Verlust des Ehegattenerbrechts bei Scheidung und Einleitung eines Scheidungsverfahrens regelt, ist dringend korrekturbedürftig. Dabei sind zwei Gesichtspunkte entscheiden: Es muss verhindert werden, dass es Fälle gibt, in denen es weder zu einer erbrechtlichen noch zu einer scheidungsrechtlichen Vermögensauseinandersetzung kommt. Scheidungsrechtliche Aufteilungsverfahren zwischen einem Ehegatten und den Erben des anderen (geschiedenen oder zu scheidenden) Ehegatten sind tunlichst zu vermeiden, da sie erhebliche Beweis- und Wertungsprobleme mit sich bringen.
3. Hinsichtlich der Frage, welche Zuwendungen zur Pflichtteilsdeckung geeignet sind, enthält das Gesetz widersprüchliche Anordnungen. Hier besteht eine Antinomie zwischen § 765 Abs 2 und § 780. Soweit der Entwurf in § 765 Abs 2 darauf abstellt, dass dem Pflichtteilsberechtigten innerhalb von fünf Jahren Liquidität zukommen muss, ist festzuhalten, dass die Frage der sofortigen Verwertbarkeit im Rahmen der Bewertung der Sache zu berücksichtigen wäre und damit für die Frage ob ein allfälliger Pflichtteilergänzungsanspruch besteht. Für die Eignung zur Pflichtteilsdeckung spielt dies hingegen keine Rolle. Die derzeit vorgeschlagene Regelung führt jedenfalls zu erheblicher Rechtsunsicherheit bei der Testamentsgestaltung.
4. Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen weist insb bei der Berücksichtigung von Vermögenswidmungen an Privatstiftungen erhebliche Defizite auf. Ausschüttungen an begünstigte Pflichtteilsberechtigte werden unabhängig davon hinzugerechnet, ob die Begünstigung auf den Stifter zurückgeführt werden kann oder nicht. Folgt man den Materialien, so ist überdies jede Vermögenswidmung an eine Stiftung unbefristet anzurechnen, weil die Frist niemals zu laufen beginnen kann.
5. Die Stundungsregel für Pflichtteilsansprüche (§ 767) ist sehr zu begrüßen. Soweit es um den Bestandsgefährdung von Unternehmen geht, ist der Normzweck jedoch unklar. Der Gesetzgeber sollte klar zum Ausdruck bringen, ob es beim Erhalt des Unternehmens um den Schutz der Eigentümerstruktur, das heißt um einen besonderen Schutz des Familienunternehmens geht oder ob das Ziel „bloß“ im Erhalt der Arbeitsplätze als volkswirtschaftlich wünschenswert gesehen wird. Derzeit ist

unklar, wann der „*Fortbestand eines Unternehmens erheblich gefährdet] ist*“. Auch das Verhältnis zum Tatbestand, nach dem das Unternehmen die wirtschaftliche Lebensgrundlage des Pflichtteilsschuldners sein muss, ist nicht restlos geklärt.

6. Bei der Abgeltung von Pflegeleistungen (§ 815) sind wesentliche verfahrensrechtliche Fragen ungeklärt. Daneben bestehen insb Inkonsistenzen zwischen den Rechtsfolgen einer letztwilligen Hinterlassung der Abgeltung und dem Anspruch nach § 815, bzw ist dieses Verhältnis nicht hinreichend geklärt.

Generelle Anmerkungen zum Entwurf

Die Reform des Erbrechts wird ausdrücklich begrüßt. Gerade im Erbrecht spiegelt das Gesetz in vielen Punkten nicht mehr die die Anwendungspraxis wieder. Die Kodifizierung des entstandenen „Case Law“ und die Klärung dogmatischer Streitfragen ist daher ein wichtiger, begrüßenswerter Schritt. Dasselbe gilt für die Aufhebung von Bestimmungen, die heute lediglich totes Recht darstellen. Ebenso positiv stehen die Verfasser dem Ziel gegenüber, das ABGB sprachlich zu modernisieren. Endlich wurden in einigen Bereichen auch Kritikpunkte aus dem Schrifttum aufgegriffen und strukturelle Mängel des Gesetzes beseitigt, wie das etwa bei der Anrechnung von Vorempfängen und Schenkungen geschehen ist, wobei freilich die rechtstechnische Umsetzung in manchen Bereichen einer Überarbeitung bedarf. Ungeachtet dessen sind an diesem Entwurf der Reform des österreichischen Erbrechtes drei markante Mängel festzustellen:

Erstens wurde die Gelegenheit **nicht genutzt**, zum Teil bereits seit der Urfassung bestehende **Regelungslücken zu schließen**. So wurde es beispielsweise verabsäumt verfahrensrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit der Nacherbschaft in zeitgemäßer Form zu kodifizieren. Darüber hinaus ist die unklare Rechtsstellung zwischen Vor- und Nacherben längst reformbedürftig, und zwar hinsichtlich des Schutzes des Nacherben vor unzulässigen Verfügungen des Vorerben an gutgläubige Dritterwerber, der Rechtsnatur der Nacherbenstellung (Anwartschaftsrechts dinglicher Natur oder publizianisches Eigentum gem § 372) und der Frage, ob zwischen Vor- und Nacherben eine funktionelle Eigentumsteilung vorliegt oder der Vorerbe als Treuhandeigentümer gilt.

Zweitens **fehlt es** - gemessen am Anspruch einer großen Erbrechtsreform in weiten Teilen an über sprachliche Anpassungen hinausgehenden **inhaltlichen Neuerungen**. Zur Schaffung eines modernen Erbrechts wäre die Methode der **Rechtsvergleichung** geradezu prädestiniert gewesen, zumal es in Europa in den letzten Jahren zur Schaffung zahlreicher neuer Zivilrechtskodifikationen gekommen ist, beispielsweise in den Niederlanden oder auch in den Staaten Osteuropas. Stattdessen wurden nahezu keine rechtsvergleichenden Anstrengungen unternommen wurden, um Regelungskonzepte und Erfahrungswerte anderer Rechtsordnungen in den Entwurf einfließen zu lassen. Dies verblüfft umso mehr, als schon der deutschsprachige Rechtsraum genug Vergleichsmöglichkeiten böte, welche leicht zugänglich gewesen wären. So hätte etwa ein Blick nach Deutschland, Liechtenstein oder der Schweiz genügt, um festzustellen, dass der **Erbvertrag** in seiner derzeitigen und im Entwurf im Wesentlichen unveränderten Form den aktuellen Anforderungen bei Weitem nicht mehr genügt.¹ Alle genannten Staaten akzeptieren Erbverträge über das gesamte Vermögen zwischen beliebigen Personen und zugunsten Dritter. Das eröffnet beispielsweise eine gesamtheitliche Planung der familiären Vermögensübertragung von Todes wegen, unter Miteinbeziehung aller Beteiligter (Pflichtteilsberechtigter). Die Verbreitung des Erbvertrags in Deutschland zeigt, dass durch eine zeitgemäße Gestaltung dieses Rechtsinstituts praktischen Bedürfnissen entsprochen wird. Dagegen wird der Erbvertrag in Österreich auch nach der Reform weitgehend totes Recht bleiben. Auch hat der Gesetzgeber bedauerlicherweise die **Testamentsvollstreckung** inhaltlich nicht angetastet, die wegen der äußerst schwachen und zum Teil unklaren Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers praktisch keine Bedeutung zukommt. In Deutschland hingegen ist dieses Rechtsinstrument

¹ Vgl *Motal*, Die Reform des Erbrechts in Liechtenstein - Vorbild für Österreich?, NZ 2013/134, 328 ff.

von immenser Bedeutung.² Eine Orientierung am deutschen Recht, hätte es mit sich gebracht, Gestaltungsmöglichkeiten, die derzeit alleine mithilfe der Privatstiftung verwirklicht werden können, durch das Rechtsinstrument der Testamentsvollstreckung für jedermann zur Verfügung zu stellen. Abschließend sei noch erwähnt, dass bei einer innovativen, mutigen Reform auch über die Einführung des **Trusts** hätte nachgedacht werden können. Die jungen kontinentaleuropäischen Kodifikationen der Tschechischen Republik und Ungarn haben diesen Weg eingeschlagen. Liechtenstein verfügt bereits seit mehr als hundert Jahren über ein Trustrecht. Die Schaffung oder vollständige Überarbeitung der erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des ABGB wären insb auch vor dem Hintergrund der EuErbVO wünschenswert gewesen. Diese ermöglicht es nämlich, das anzuwendende Erbrecht durch Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts und durch eine beschränkte Rechtswahlmöglichkeit zu beeinflussen. Insoweit besteht auch ein Wettbewerb der Rechtsordnungen. Da man davon ausgehen kann, dass diese Reform das österreichische Erbrecht auf die nächsten Jahrzehnte prägen wird, wiegen diese Versäumnisse des Gesetzgebers besonders schwer.

Drittens fällt bei Durchsicht des Entwurfes auf, dass bei der – an sich begrüßenswerten – Modernisierung der Sprache offenbar nicht immer die gebotene Sorgfalt angewandt wurde. So kommt es als Folge dieser Modernisierung teilweise zu **ungewollten inhaltlichen Änderungen**, da der historisch-soziologische Kontext der ursprünglichen Bestimmungen schlicht nicht ausreichend mitbedacht wurde. Zwei besonders krasse Beispiele sollen das Problem verdeutlichen:

Zu § 683

§ 683 aF normierte das Vermächtnis an sog Dienstpersonen. § 683 nF spricht hingegen von Dienstnehmern. *Zeiller*³ verstand unter Dienstpersonen etwa Kammerdiener, Jäger oder auch Köche und sah den Zweck dieser Bestimmung darin, dass diese mit Tod des Erblassers ihren „Dienst“ verlieren und möglicherweise „nicht so bald wieder einen ähnlichen finden“, weshalb diese „einer Art von Vergütung würdig“ seien. Es ging dem historischen Gesetzgeber also um eine Abfindung und Überbrückungshilfe bis zum Antritt einer neuen Arbeitsstelle. Diesen historischen Begriff der Dienstpersonen durch den des Dienstnehmers nach heutigem Verständnis zu ersetzen, bringt eine inhaltliche Änderung mit sich, von der in den Materialien keine Rede ist – ganz im Gegenteil: Zu den §§ 681 bis 684 wird lediglich angemerkt, dass die Änderungen bloß sprachlicher Natur sein sollen. Heutzutage meint der Begriff „Dienstnehmer“ jedoch einen unselbständigen Arbeitnehmer. Der Tod des Dienstgebers bewirkt heute grds keine Beendigung des Dienstverhältnisses. Die Frage der Vergütung – wie *Zeiller* sie bezeichnet – im Sinne einer „Abfertigung“ aufgrund der Beendigung des

² Vgl bloß *Schauer*, Neue Gestaltungsformen für die generationenübergreifende Vermögensplanung, in FS Kerschner (2013) 445 mwN.

³ Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie Bd II 631: *Das Vermächtnis, wodurch den Dienstpersonen überhaupt eine bestimmte Summe zur Verteilung, oder ein monatlicher oder jährlicher bisher genossener Lohn, oder einzelnen, nicht namentlich, sondern durch das Dienstverhältnis bezeichneten Dienern wie Kammerdiener, Jäger, Koch usw ein bestimmter Betrag zugedacht wird, kommt sehr häufig vor und unterliegt nur dann einem Zweifel, wenn an die Stelle der Personen, die zur Zeit des errichteten letzten Willens in dem Dienste des Erblassers waren, andere eingetreten sind, und zur Zeit des Ablebens des Erblassers noch in dem Dienstverhältnisse stehen. Im Allgemeinen führt für die Letzteren der gewöhnliche Beweggrund eines solchen Legats das Wort, welcher in der billigen Betrachtung liegt, dass dergleichen Personen durch den Tod des Erblassers ihren Dienst verlieren, nicht so bald wieder einen ähnlichen finden, folglich einer Art von Vergütung würdig sind.*

Dienstverhältnisses, stellt sich daher grds nicht mehr, da eine Abhängigkeit, wie sie damals im Verhältnis Erblasser und Dienstperson vorlag, heute nicht mehr in gleichem Maße gegeben ist. Es scheint daher so, als hätte der Reformgesetzgeber den historisch-soziologischen Bezug gänzlich außer Acht gelassen und lediglich den der Dienstperson auf den ersten Blick naheliegendsten Begriff des Dienstnehmers ersetzt, ohne sich im Klaren darüber zu sein, dass § 683 dadurch eine inhaltliche Änderung erfährt.

Zu § 668

Als zweites Beispiel für den angesprochenen methodischen Mangel dieses Entwurfs soll § 668 nF dienen: Nach diesem soll ein Vermächtnis über alle Forderungen des Erblassers im Zweifel keine Forderungen aus Anleihen der Gebietskörperschaften erfassen. § 668 aF sprach hingegen von Forderungen aus öffentlichen Credits-Papieren. Nach Zeiller⁴ sind darunter „die Stelle des Geldes im Umlauf vertretende (unverzinsliche) öffentliche Credit-Papiere zu verstehen“; also offenbar eine Form des Wertpapiers, die wie Banknoten die Funktion von Bargeld erfüllt. Folgerichtig ordnet das ABGB die „öffentlichen Credit-Papiere“ im Vermächtnisrecht der „Barschaft“ zu (§ 680 ABGB aF). Diese öffentlichen Credit-Papiere sind etwa vollkommen anderes als die Anleihen von Gebietskörperschaften, durch sie der Gesetzgeber nunmehr ohne Bedeutungswandel gleichzusetzen meint. In der Tat lässt sich auch kaum auf einen vermuteten Erblasserwillen zurückführen, dessen Ermittlung die Auslegungsregeln des Vermächtnisrechts jedoch dienen sollen, dass beispielsweise eine vom Bund begebene Anleihe nicht zu den Forderungen zählen soll, eine Anleihe der Asfinag oder eines anderen ausgegliederten Rechtsträgers hingegen schon. In der Sache selbst besteht Grund zur Annahme, dass die Regel überhaupt entbehrlich ist; weil das Vermächtnis aller Forderungen ohne nähere Spezifikation heute ungebräuchlich sein dürfte. Sollte der Gesetzgeber gleichwohl an der Regelung festhalten wollen, so sollte er sich zumindest des Bedeutungswandels der Bestimmung bewusst sein; und er sollte sich die Frage stellen, ob die Bestimmung dann noch einem vernünftigen regulatorischen Anliegen entspricht.

Sowohl § 683 als auch § 668 des Entwurfs zeigen die **methodische Mangelhaftigkeit** des Reformvorhabens, einzelne Normen **losgelöst von ihrem historischen Kontext**, der bei Bestimmungen des Originalbestands des ABGB aus dem Jahr 1811 unweigerlich gegeben ist, in eine zeitgemäße Sprache zu überführen. Die sprachliche Modernisierung bedarf jedoch einer eingehenderen Auseinandersetzung mit der Sprache des ABGB.

⁴ Zeiller, Commentar II 612: *Man unterscheidet aber auch noch die (so genannten laufenden) Forderungen, die man nach der Verfallzeit zum weiteren Verzehr einzutreiben pflegt, sowohl von den in öffentlichen Credit-Cassen liegenden, oder auf einem unbeweglichen Gute haftenden Capitalien, die man selbst im Aufkündigungsfalle wieder anzulegen und wovon man gewöhnlich nur die Zinsen zum Gebrauche oder Verzehr zu verwenden pflegt, als auch von den die Stelle des Geldes im Umlauf vertretenden (unverzinslichen) öffentlichen Credit-Papieren, die vielmehr unter dem Rahmen der Barschaft begriffen sind.*

Zu den Bestimmungen des Entwurfs im Einzelnen

Zu § 536

Der Überschrift der Bestimmung zufolge, regelt § 536 den *Erbfall*. Tatsächlich enthält sie allerdings eine **nicht ganz glückte Definition des Erbanfalls**, wie sich auch aus den Materialien ergibt. Demnach soll mit dem Wort „frühestens“ klargestellt werden, „dass das Erbrecht unter einer aufschiebenden Bedingung eingeräumt werden kann“. Will man tatsächlich eine Definition des Erbfalls schaffen, müsste das Wort „frühestens“ entfallen, weil der Erbfall immer der Zeitpunkt des Todes ist. Insoweit wäre aber die Formulierung, dass das Erbrecht mit dem Tod eintritt, nicht passend. Der zweite Satz hat nur klarstellende Funktion und könnte als selbstverständlich wohl entfallen. Sofern man sich gegen eine Streichung entscheidet, ist eine Umformulierung geboten. Vor dem Tod gibt es ja gerade kein Erbrecht, sondern bloß eine rechtlich bedeutungslose Erbaussicht (vgl auch § 879 Abs 2 Z 3). Gerade das will dieser Satz auch ausdrücken. Es ist daher äußerst missverständlich, wenn davon gesprochen wird, dass „das Erbrecht nicht auf seine Erben über[geht]“, wenn der mögliche Erbe vor dem Erblasser verstirbt. Es wäre deshalb sinnvoll Erbfall und Erbanfall in einer Bestimmung zusammenzufassen Siehe hierzu im Übrigen auch die Stellungnahme zu § 543.

Zu § 538

Nach § 538 des Entwurfs soll die Bezugnahme auf die absoluten Erbunwürdigkeitsgründe entfallen, da nach Meinung des Gesetzgebers diesbezüglich kein Bedarf mehr bestehe. Der Hinweis scheint aber weiterhin geboten: Zum einen ist an das Retorsionsrecht nach § 33 ABGB zu denken, welches (theoretisch) absolute Erbunfähigkeit nach sich ziehen kann. Zum anderen blieben jene Fälle unberücksichtigt, bei denen das Recht eines Erbschaftserwerbes in der Satzung juristischer Personen ausgeschlossen wird. Der Ausschluss führt nämlich nach hA zu absoluter Erbunfähigkeit.⁵

Zu den §§ 539 ff

Die von der Lehre bereits seit längerem geforderte Ausdehnung der Erbunwürdigkeitsgründe auf strafbare Handlungen gegenüber gewissen nahen Angehörigen des Erblassers ist zu begrüßen. Der Gesetzgeber schießt bei seiner „moderaten“ Erweiterung jedoch über das Ziel hinaus.

So erscheint insbesondere die Sinnhaftigkeit der **Unterschied hinsichtlich der Höhe der Strafdrohung** nicht gegeben. Nach Durchsicht des StGB hinsichtlich der im Wesentlichen einschlägigen Delikte gegen Leib und Leben sowie gegen das Vermögen kommt man zu dem Ergebnis, dass es nur wenige Delikte gibt, die zwar mit mehr als einjähriger, nicht aber mit mehr als zweijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, sodass der Differenzierung zwischen §§ 539 und 541 Z 1 kaum Bedeutung zukommt. Neben dem von den Materialien bereits erwähnten – und praktisch wohl bedeutsamsten – schweren Sachbeschädigung gem § 126 Abs 1 StGB, ergeben sich Unterschiede lediglich beim Raufhandel mit Körperverletzung (§ 91 Abs 1 und 2 StGB) sowie bei der Überanstrengung unmündiger, jüngerer oder schonungsbedürftiger Personen (§ 93 Abs 1 StGB). Die Anknüpfung an unterschiedliche Strafdrohungen scheint auch sachlich nicht gerechtfertigt, zumal nicht ganz ersichtlich ist, weshalb gerade bei der schweren Sachbeschädigung und nicht etwa auch beim Betrug

⁵ Vgl Werkusch-Christ in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 538 Rz 2 mwN.

zwischen Begehung gegenüber dem Erblasser einerseits, und einer der in § 541 genannten Personen andererseits unterschieden werden sollte. Im Sinne eines Gleichlaufes der §§ 539 und 541 sollte deshalb eine einheitliche Strafdrohung gewählt werden, wobei eine Strafdrohung von mehr als einem Jahr – wie in § 539 vorgesehen – sinnvoll erscheint. Die Ausführungen gelten überdies auch für die Enterbungsgründe nach § 770.

§ 541 des Entwurfs sieht überdies vor, dass die Erbunwürdigkeit nur dann eintritt, wenn der Erblasser „*aufgrund seiner Testierunfähigkeit oder aus sonstigen Gründen nicht in der Lage war, ihn [Anm: denjenigen der einen Enterbungsgrund setzt] zu enterben*“. Die Passage sollte **ersatzlos gestrichen** und wie in § 539 **einzig auf das Element des Verzeihens abgestellt** werden: Zum einen ist nicht klar, welche *sonstigen Gründe* der Gesetzgeber tatsächlich vor Augen hat – auch die Materialien schweigen dazu. Gemeint sein können wohl nur Sachverhalte, in denen der Ausspruch der Enterbung faktisch unmöglich ist, was jedoch in den wenigsten Fällen tatsächlich der Fall sein wird. (Theoretischer) Anwendungsfall wäre dann wohl etwa, wenn der Erblasser alleine und ohne Zugang zu Papier und Stift eingesperrt wäre und deshalb die Enterbung nicht wirksam aussprechen kann. Weitere – praktisch bedeutsame – Fälle lassen sich nur schwerlich finden. Neben der Frage des (fehlenden) Anwendungsbereiches wiegt noch schwerer, dass die Regelung in der vorgeschlagenen Form wohl häufig zu vom Erblasser nicht gewollten Ergebnissen führen wird. Etwa dann, wenn dem Erblasser die Enterbung zwar faktisch möglich wäre, er jedoch schlicht vergisst, diese auszusprechen oder dann, wenn der Erblasser vor einer gewollten (geplanten) Enterbung unerwartet verstirbt, er also „nicht mehr dazu gekommen ist“. In beiden Fällen wäre der Erblasser grundsätzlich in der Lage gewesen wäre, die Enterbung auszusprechen, hat dies jedoch aus allein in seiner Sphäre liegenden Gründen verabsäumt. Zugleich würde eine ganz erhebliche Rechtsunsicherheit geschaffen werden, die vermehrt zu Konflikten im Zusammenhang mit der Ebberechtigung einzelner Personen führen würde. Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass § 541 bereits auf Tatbestandsseite ausreichend eingeschränkt ist (eingeschränkter Adressatenkreis, Beschränkung auf schwere seelische Leiden, etc), bestehen keine zwingenden Gründe, an das Verhalten des Erblassers andere Maßstäbe anzulegen, als in § 539, wo mit dem aktiven Element des Verzeihen das Auslangen gefunden wird. Auch bei § 541 würde dies zu einem sachgerechten, dem Willen des Erblassers (deutlicher) entsprechenden Ergebnis führen, als dies in der derzeitigen Form der Fall wäre. Schließlich würde dies zur Vereinfachung des Tatbestandes beitragen.

Von den §§ 539, 541 sind lediglich der Erblasser selbst, dessen Nachlass sowie dem Erblasser nahestehende natürliche Personen erfasst, nicht hingegen **juristische Personen**. Nicht erfasst sind also Fälle, in denen der potentielle Erbe (etwa als Geschäftsführer) vorsätzlich eine strafbare Handlung (zB Untreue) gegen eine Gesellschaft begeht, an welcher der Erblasser – vielleicht sogar als persönlich haftender Gesellschafter – beteiligt ist, obwohl dies im Ergebnis einer strafbaren Handlung gegen den Erblasser selbst gleichkäme. Hier wäre in den Materialien zu klären, ob dies vom Gesetzgeber so gewollt ist. UE spricht der hypothetische Erblasserwille, der durch § 541 Z 1 ABGB verwirklicht werden soll, eher dafür, derartige Fälle gleich zu behandeln. Es handelt sich hier nämlich nicht, um eine Durchbrechung des gesellschaftsrechtlichen Trennungsgrundsatzes, sondern um die Frage, ob der hypothetische Erblasserwille erfordert, Straftaten gegen Gesellschaften, denen er verbunden ist, gleich zu behandeln, wie Straftaten gegen ihn selbst. Uns ist allerdings bewusst, dass eine scharfe Abgrenzung, wann der Erblasser „seiner“ Gesellschaft derart verbunden ist, dass dies einen Erbunwürdigkeitsgrund darstellen sollte, nur schwer abstrakt umschrieben werden kann. Aufgrund dieser Regelungsproblematik schlagen wir daher vor, Straftaten

„gegen Gesellschaften, an denen der Erblasser beteiligt ist, es sei denn es handelt sich bei dieser Beteiligung um bloße Wertanlagen,“

als Enterbungsgrund in § 770 Z 2 ABGB aufzunehmen. Die Formulierung orientiert sich hinsichtlich der erforderlichen Erheblichkeit der Beteiligung an § 82 Abs 1 Z 4 EheG. Denkbar wäre auch eine Orientierung am Konzernatbestand des Rechnungslegungsrechts (§ 244 UGB) Erfasst wären nach dem Vorschlag beispielsweise Fälle, in denen der Erblasser unbeschränkt haftender Gesellschafter einer OG oder KG ist. Weiters solche, in denen er Alleingesellschafter oder Mehrheitsgesellschafter einer Kapitalgesellschaft ist. Wesentlich muss sein, die Straftat gegen die Gesellschaft einer solchen gegen den Erblasser vergleichbar ist.

Da auch eine Straftat zulasten einer Stiftung einer solchen gegen den Erblasser gleichkommen kann, wenn die Eigentümerinteressen (bspw aufgrund eines vorbehaltenen Widerrufsrechts) noch bei diesem liegen, schlagen wir ferner vor, auch Straftaten

„gegen eine vom Stifter errichtete Privatstiftung, bei der dieser sein Vermögensopfer noch nicht erbracht hat“

als Enterbungsgrund aufzunehmen.

Entgegen der Ansicht von Hofmann⁶ ist der Begriff „schweres seelisches Leid“ (§ 541 Z 2) nicht zu unbestimmt. Bereits die Materialien konkretisieren das zugrundeliegende Verständnis in Beispielen, anhand derer die Gerichte die Bestimmung sinnvoll anwenden können. Eine Engerfassung des Tatbestandes würde allenfalls dazu führen, tagtäglich vorkommende Formen psychischer Gewalt als Erbunwürdigkeitsgrund auszuschließen. Dies wird aber kaum dem hypothetischen Willen des Erblassers entsprechen, der Opfer solcher psychischer Gewalt wird.

In § 541 Z 1 liegt ein Tippfehler vor: So heißt es, „Wer gegen [...] Lebensgefährten des Erblassers oder dessen Verwandten in gerader Linie [...]. Richtigerweise sollte es heißen „[...] oder dessen Verwandte in gerader Linie [...].“

Zu § 543

§ 543 sollte neu gefasst werden. In derzeitiger Form stiftet er mehr Verwirrung als Nutzen. Nach Absicht des Gesetzgebers soll bei die Beurteilung, ob eine Person erbfähig ist oder nicht, auf den Zeitpunkt des Todes abgestellt werden. Dies jedoch nur insoweit, als gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Der Gesetzgeber möchte damit ausdrücken, dass die Erbfähigkeit bei Auseinanderfallen von Erbfall und Erbanfall, dh bei Erbeinsetzung unter aufschiebender Bedingung, der Zeitpunkt des Erbanfalls maßgeblich ist. Ferner soll damit ausgedrückt werden, dass im Falle des § 540 auch nachträglich (nach Erbanfall) ein Erbunwürdigkeitsgrund gesetzt werden kann, der beachtlich ist. Die Formulierung ist indes nicht gelungen, weil sich die Formulierung „Dieser Zeitpunkt“ am Beginn des zweiten Satzes auf den Zeitpunkt des *Erbanfalls* bezieht. Mit dem nachträglichen Eintreten eines Erbunwürdigkeitsgrundes wird aber nicht der Zeitpunkt des Erbanfalls verändert. Ferner ist der erste Satz dieser Norm der einzige, in dem den Begriff des Erbanfalls verwendet wird.

⁶ Hofmann, Stellungnahme zum Ministerialentwurf für das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, 1/SN-100/ME, 1.

Es wird vorgeschlagen den Begriff des Erbanfalls zu definieren, wobei diesfalls § 703 entfallen könnte, was der besseren Übersichtlichkeit dient. Die Definition könnte lauten:

Erbfall und Erbanfall

„Der Erbfall ist der Todeszeitpunkt des Erblassers. Der Erbe muss bei Tod des Erblassers existent sein.⁷ Zu diesem Zeitpunkt fällt grundsätzlich auch das Erbrecht an (Erbanfall). Im Falle einer aufschiebend bedingten Erbeinsetzung hingegen fällt das Erbrecht erst mit Eintritt der Bedingung an.“

Der Zeitpunkt der Erbfähigkeit könnte dann wie folgt definiert werden.

„Zeitpunkt der Erbfähigkeit“

„Die Erbfähigkeit muss im Zeitpunkt des Erbanfalls vorliegen. Im Falle des § 540 sind aber auch nach Erbanfall gesetzte Handlungen beachtlich und führen zum nachträglichen Entfall der Erbfähigkeit.“

Zu § 548

§ 548 kann **ersatzlos gestrichen** werden. Die in Satz 1 genannten Verbindlichkeiten des Erblassers bzw die darin enthaltene Rechtsfolgeanordnung ist bereits von § 547 erfasst und muss in § 548 nicht speziell wiederholt werden. Satz 2 ist entbehrlich, weil bereits § 411 StPO, § 173 FinStrG sowie § 14 Abs 2 VStG normieren, dass rechtskräftig verhängte Geldstrafen mit dem Tod des Verpflichteten erlöschen. Gilt dies schon für rechtskräftig verhängte Geldstrafen, muss dies – im Sinne eines Größenschlusses – umso mehr für nicht rechtskräftig verhängte gelten.

Zum Entfall des § 568 aF

Der **Entfall der Sonderbestimmungen der Testamentserstellung besachwalteter Personen** ist – unabhängig von der Frage, ob § 568 aF in Einklang mit der UN-Behindertenrechtskonvention zu bringen ist – **ausdrücklich zu begrüßen**: Als Argument für die fallweise eingeschränkten Möglichkeiten wirksam zu testieren wird regelmäßig insb ein erhöhtes Schutzbedürfnis beim Besachwalteten ins Treffen geführt. Da aber auch Personen, für die kein Sachwalter bestellt ist, besonders schutzbedürftig sein können. Etwa dann, wenn sich die Personen in Pflege befinden und ihre Angelegenheiten von nahen Angehörigen im Rahmen deren gesetzlichen Vertretungsbefugnis besorgt werden oder wenn die Besorgung der Angelegenheiten durch eine Vorsorgevollmacht organisiert ist. In diesen Fällen wird nämlich nicht etwa deshalb von einer Sachwalterbestellung abgesehen, weil kein Schutzbedürfnis vorläge, sondern weil die Sachwalterschaft nach dem gesetzlichen Regelungskonzept bloß subsidiär ist. Da eine gesetzliche Regelung, die der Vielzahl an möglichen Sachverhalten, in denen die Testierfreiheit zwar vorhanden, aber eingeschränkt ist, kaum denkbar erscheint, ohne die Gerichte mit diesbezüglichen Verfahren zu überfrachten, sieht der Entwurf zurecht als einziges Kriterium vor, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung des letzten Willens testierfähig war. Nur auf diese Weise wird dem

⁷ Die Formulierung „existent sein“ wurde bewusst gewählt, da auch juristische Personen Erben sein können, diese jedoch nicht „leben“, vom Wortlaut jedoch mitumfasst sein sollten.

Bedürfnis nach einer – in Bezug auf die Organisation der Betreuung der betroffenen Person – rechtsformneutralen Lösung Rechnung getragen.

Zu § 559

Die **Zweifelsregel** im letzten Satz, wonach dann, wenn eine **Körperschaft** als Erbe eingesetzt wird, diese als eine Person zu betrachten ist, ist **entbehrlich**. Auch dem durchschnittlichen Rechtsanwender wird heute der Unterschied zwischen einer natürlichen Person auf der einen und juristischen Person bzw Körperschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit auf der anderen Seite bekannt sein. Dementsprechend wird man heute zweifelsfrei annehmen könne, dass derjenige, der in seiner letztwilligen Verfügung eine Körperschaft bedenkt, eben diese meint, und nicht die dahinterstehenden (natürlichen) Personen. Eine Zweifelsregel oder Klarstellung durch den Gesetzgeber mochte zur Zeit der Entstehung des ABGB, als die Dogmatik der juristischen Person in ihren Anfängen steckte, geboten gewesen sein; heute bedarf es hier nicht mehr.

Zu § 566

Die Wortfolge „entsprechend verhalten“ ist für die Definition der Verschuldensfähigkeit oder Deliktsfähigkeit sinnvoll (Schuldfähigkeit liegt vor, wenn der Täter das Unrecht seiner Tat einsehen und sich entsprechend verhalten kann); bei der Testierfähigkeit erscheint dieses Tatbestandsmerkmal irreführend: Wie sollte sich ein Erblasser, der die Bedeutung und Folgen einer letztwilligen Verfügung versteht, „entsprechend verhalten“. Diese Worte sollten **ersatzlos entfallen**.

Zu § 579

Dem Gesetzeswortlaut zu folge müssen die Zeugen ihre Zeugeneigenschaft mit einem Zusatz eigenhändig bestätigen (*arg: „Die Zeugen [...] haben auf der Urkunde mit einem auf ihre Eigenschaft als Zeugen hinweisenden und eigenhändig geschriebenen Zusatz zu unterschreiben“*). Die Eigenhändigkeit dieses Zusatzes sollte zur Klarstellung auch in den Materialien erwähnt werden. Die bisherigen Materialien sind diesbezüglich missverständlich, da sie die Vermutung zulassen, dass der Zusatz – wie der Vor- und Familienname und das Geburtsdatum – auch fremdhändig verfasst werden kann.

Das verpflichtende Beisetzen des **Geburtsdatums des Zeugen** ist vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber das Geburtsdatums sogar bei Erblasser selbst als entbehrlich erachtet (vgl § 578), überschießend und daher zu streichen. Geradezu katastrophale Auswirkungen hätte es, wenn die Anführung des Geburtsdatums der Zeugen ein Gültigkeitserfordernis der letztwilligen Verfügung wäre, dessen Fehlen die Unwirksamkeit nach sich zöge. Deshalb wäre – wenn der Gesetzgeber an diesem Erfordernis wirklich festhalten will – dringend die Klarstellung geboten, dass dies nicht der Fall ist.

Zu § 581

Empfohlen wird, das **gerichtliche Testament ersatzlos zu streichen**. Schon heute werden Testamente, sofern sie nicht überhaupt von den Erblassern selbst verfasst werden, nahezu ausschließlich bei Notaren errichtet. Die Notare sollten deshalb auch offiziell die einzige Anlaufstelle zur „behördlichen“ Testamentserstellung bilden. Das gerichtliche Testament stammt aus einer Zeit, in der das nächste Gericht regelmäßig näher lag als der nächste Notar. Dies ist heute – in Zeiten der Gerichtsschließungen – nicht mehr der Fall.

Darüber hinaus brächte dies weitere Vorteile: Aufgrund des Wegfalls der dafür notwendigen Infrastruktur würde die Streichung zu einer Kosteneinsparung in der Justizverwaltung führen. Die ohnehin schon vorhandene Kompetenz würde bei den Notaren weiter gebündelt. Schließlich würde der Weg zum Notar zu keiner Mehrbelastung der Erblasser führen, da sich die Kosten eines gerichtlichen und eines notariellen Testaments im selben Rahmen bewegen.

Wird dem Vorschlag nicht entsprochen, bedarf § 581 zumindest der **Klarstellung**. So sind die Anforderungen an den Erblasser bzw die Vorgehensweise des Gerichtes missverständlich. Spricht etwa Abs 1 von einer schriftlichen Anordnung, welche vom Erblasser eigenhändig unterschrieben und übergeben werden müsse, spricht § 582 davon, dass das Gericht die schriftliche (oder mündliche) Erklärung aufnehmen würde. Während die erste Bestimmung also darauf hindeutet, dass das Testament selbst verfasst werden muss und dem Gericht lediglich übergeben wird, deutet die zweite darauf hin, dass auch das Verfassen durch das Gericht erfolgt. Auch der Hinterlegungsprozess scheint nicht hinreichend durchdacht. Nach § 581 Abs 2 hat das Gericht nur das Protokoll des mündlichen letzten Willens aufzunehmen und (versiegelt) zu hinterlegen. Das schriftliche Testament wird hingegen nicht erfasst. Die Frage, was mit einem mündlich aufgenommenen bzw zu Gericht gebrachten letzten Willen zu geschehen hat, bleibt hingegen offen.

Zu § 583

Fälle der Testamentserrichtung beim Notar sind heute regelmäßig keine des § 583 bzw des § 70 NO mehr. Vielmehr werden Testamente beim Notar aus Beweisgründen der entweder gleich in Form eines Notariatsaktes erstellt, oder aber – und zwar in den häufigsten Fällen – als privates fremdhändiges Testament unter Anleitung und Teilnahme des Notars bzw seiner Kanzleikräfte. Insbesondere vor dem Hintergrund der oben angeregten Streichung des gerichtlichen Testamento sollte deshalb § 583 überarbeitet und an diese faktischen Gegebenheiten angepasst werden. Neben der Möglichkeit in der Form des § 583 idF des Entwurfes zu testieren, sollte insbesondere die beiden übrigen Möglichkeiten – Notariatsakt und fremdhändiges Testament unter Anleitung und Teilnahme des Notars – Eingang in § 583 finden, welcher sohin sämtliche Möglichkeiten eines Testamento unter notarieller Beteiligung aufzeigen und ausreichend beschreiben sollte.

Zu § 586

Abs 2 leg cit sollte **ersatzlos gestrichen** werden. Das gemeinschaftliche Testament in derzeitiger sowie in geplanter Form bringt für die Beteiligten keinen Mehrwert gegenüber zwei Testamenten, in denen sich die Erblasser gegenseitig zu Erben einsetzen. Das gemeinschaftliche Testament hat demnach auch keine praktische Bedeutung. Der eingeschränkte Adressatenkreises tut dabei sein übriges, weswegen die Streichung angeregt wird.

Sollte dieser Empfehlung nicht gefolgt werden, sollte zumindest der subjektive Anwendungsbereich des gemeinsamen Testamento erweitert werden, da eine **sachliche Rechtfertigung der Beschränkung auf Ehegatten und eingetragene Partner nicht erkennbar** ist. Dies, zumal es bisher schon zulässig war, Dritte darin zu bedenken.

Zu § 588

Die Erweiterung des Personenkreises der von der Zeugenschaft ausgeschlossenen Personen ist grundsätzlich zu begrüßen. Dem Wortlaut nach erfasst § 588 dabei jedoch auch

Gesellschafter bedachter juristischer Personen, und zwar unabhängig ihres Beteiligungsmaßes bzw ohne Berücksichtigung der tatsächlich im Einzelfall vorhandenen Gegebenheiten. Dies ist **überschießend** und im Hinblick auf praktisch häufig vorkommende Minderheitsanteile zu Kapitalanlagezwecken **problematisch**. Da es bei der Zeugnisfähigkeit, um die Unabhängigkeit des Zeugens und damit seine Fähigkeit interessensfrei den Willen des Erblassers festzuhalten geht, sollte der Tatbestand Personen als Zeugen ausschließen, bei denen diese Interessenunabhängigkeit in Zweifel steht, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Zeuge in concreto den Erblasserwillen unabhängig festhalten kann oder nicht, sondern darauf, ob der Zeuge aufgrund seiner Gesellschafterstellung ein besonderes Interesse an der letztwilligen Zuwendung hat oder nicht. Wir schlagen daher eine negative Definition vor, der zufolge

„Gesellschafter, deren Anteil an der Gesellschaft nicht nur privaten Kapitalanlagezwecken dient“

nicht zeugnisfähig sind.

Zu § 611 S 2

„Zeitgenossen sind natürliche Personen, die zum Zeitpunkt der Errichtung der Nacherbschaft bereits gezeugt (§ 22) oder geboren sind.“ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass **juristische Personen in keinem Fall Zeitgenossen** sein können. Es ist daher davon auszugehen, dass auch bereits bestehende juristische Personen als Nichtzeitgenossen gelten sollen. Um endgültig Rechtssicherheit zu schaffen, sollte der Reformgesetzgeber dies ausdrücklich klarstellen, da dies in der Literatur bis dato nicht einheitlich beurteilt wird.⁸

Zu § 616

§ 616 S 1 ist sprachlich nicht gegückt. Die Bestimmung spricht zunächst davon, dass der Erblasser „für eine testierunfähige Person einen Nacherben bestimmt“. In der Folge zeigt sich dann aber, dass eine Zweifelsregel dafür aufgestellt werden soll, dass der Erblasser für eine vermeintlich testierunfähige Person, eine Nacherbschaft bestimmt. Die Vorschrift sollte daher stattdessen lauten:

„Hat der Erblasser für eine im Zeitpunkt der letztwilligen Anordnung vermeintlich testierunfähige Person einen Nacherben bestimmt, so gilt die Nacherbschaft im Zweifel als nicht angeordnet. Hat der Erblasser für eine tatsächlich testierunfähige Person einen Nacherben bestimmt, so erlischt die Nacherbschaft, sofern sie die Testierfähigkeit später erlangt; sie lebt bei erneutem Wegfall der Testierfähigkeit nicht wieder auf.“

Zu § 648 Abs 3

Grundsätzlich ist anzumerken, dass die Regelung des Hinein- bzw Vorausvermächtnisses gelungen ist. Es stellt sich jedoch eine grundlegende Frage, die § 648 Abs 3 nicht klärt: Es geht aus § 648 Abs 3 nämlich nicht hervor, ob der Wert des Hineinvermächtnisses den letztwillig zugedachten Erbteil **zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung** oder **zum Zeitpunkt des Erb(an)falls** übersteigen muss. IdR wird man davon ausgehen können,

⁸ Kritisch: Apahty in KBB⁴ (2014) § 611 f Rz 3; Eccher, Erbrecht, Rz 4/111 (Fn 120); Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 611 Rz 4, die bei juristischen Personen auf das Lebensalter des eigentlich interessierten Gesellschafters abstehen.

dass der Erblasser bei der Anordnung eines Hineinvermächtnisses den Zeitpunkt der Errichtung des Testaments vor Augen hatte. Besitzt jedoch der Vermächtnisgegenstand von vornherein einen volatilen Wert, wird der Erblasser hingegen in der Regel den Wert zum Zeitpunkt seines Ablebens meinen. Eine entsprechende Klarstellung erscheint geboten.

Zu § 662 Abs 1 S 3, § 686 S 2

§ 686 S 2 regelte auch bisher gemeinsam mit § 662 Abs 1 S 3 die Pflicht des Legatars, alle auf dem Vermächtnisgegenstand haftenden Lasten zu übernehmen.⁹

Inwiefern es dafür beider Bestimmungen bedarf, ist uE nicht klar, da sich **kein Mehrwert durch die doppelte Regelung** von auf dem Vermächtnis haftenden Lasten gemäß § 662 Abs 1 S 3 und § 686 S 2 ergibt. Es erscheint deshalb sinnvoll, die beiden Sätze aufeinander abzustimmen und in eine Bestimmung zusammenzufassen.

Zu § 672

Den Materialien zufolge soll einer (noch) nicht selbsterhaltungsfähigen Person das Vermächtnis des Unterhalts im Zweifel bis zum Zeitpunkt der **Erlangung ihrer Selbsterhaltungsfähigkeit** gewährt werden; einem erwachsenen, selbsterhaltungsfähigen Legatar wird das Unterhaltsvermächtnis hingegen im Zweifel **lebenslänglich** gewährt. Im Wortlaut des Gesetzes findet diese vernünftige Regelung jedoch keine Deckung: „*Im Zweifel umfasst das Vermächtnis des Unterhalts Nahrung, Kleidung, Wohnung, die nötige Ausbildung und die übrigen Bedürfnisse des Vermächtnisnehmers bis zu seiner Selbsterhaltungsfähigkeit.*“ Da ausschließlich dem Gesetz Bindungswirkung zukommt, wäre es ratsam, um diese Diskrepanz zwischen Gesetz und Materialien zu beheben, § 672 diesbezüglich zu ergänzen. Das **Vermächtnis der Kost** scheint aus heutiger Perspektive **antiquiert** und kann daher gerade durch eine Novelle, die eine Modernisierung des Normenbestands anstrebt, ersatzlos entfallen: Wer vermachte heute noch „die Kost“?

Zu § 688 S 2, § 684 S 2

Laut den Materialien zu den §§ 686 bis 694 ABGB wird der letzte Satz des § 688 (Verweis auf § 437 ABGB) aus systematischen Gründen an § 684 angefügt. Nun wurde zwar der Satz bei § 684 angefügt, jedoch bei § 688 nicht gestrichen. Die Materialien legen jedoch nahe, dass es sich hierbei um **Redaktionsversehen** handelt.

Zusätzlich soll angemerkt sein, dass der implizite Verweis auf § 437 (Erwerb einer vermachten Sache durch Übergabe iSd § 437 ABGB) keinen eigenständigen normativen Charakter aufweist, weil in § 684 S 2 ABGB ohnehin auf die Übergabearten des Fünften Hauptstücks verwiesen wird.

Zu § 700

Die Streichung des § 700 ABGB wurde von Teilen der Lehre gefordert. Die Bestimmung ist zwar nicht unbedingt notwendig, um Nichtverehelichungsklauseln als sittenwidrig zu erkennen, sie erfüllt jedoch eine Konkretisierungsfunktion im Rahmen der Prüfung einer Nichtverehelichungs- oder Nichtverpartnerungsklausel anhand der guten Sitten: Finanzielle Anreize aufgrund letztwilliger Verfügungen sollen nicht dazu missbraucht werden Einfluss

⁹ Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 686 Rz 11.

auf die freie Willensbildung im höchstpersönlichen Bereich haben. Vorgeschlagen wird daher eine zeigemäße Neuformulierung:

„Die Bedingung, dass der Erbe oder Legatar nicht heiraten oder eine eingetragene Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft eingehen soll, ist unwirksam. Gleiches gilt für die Bedingung einer bestimmten Religion anzugehören oder Mitglied einer bestimmten politischen Partei zu sein.“

Fälle, in den bspw die Bedingung gesetzt wird, eine Person aus einer bestimmten Gruppe zu heiraten, oder eine bestimmte Person nicht zu heiraten, sind im Lichte dieser Wertung auf ihre sachliche Rechtfertigung hin zu überprüfen und gegebenenfalls gem § 698 ABGB unwirksam. Zur Konkretisierung der sachlichen Rechtfertigung kann die Judikatur zur „begründeten Missbilligung der Ehe“ nach § 1222 ABGB herangezogen werden.

Sollte § 700 ABGB gestrichen werden, wäre eine Klarstellung in den Materialien erforderlich, ob damit der Gestaltungsspielraum des Erblassers, kontroverse Bedingungen zu setzen, erweitert werden soll oder nicht.

Zu § 726

Mit § 726 ABGB wird einem typisierten hypothetischen Erblasserwillen Rechnung getragen, dass letztwillige Verfügungen an Ehegatten, eingetragene Partner oder Lebensgefährten, aufgehoben werden soll, wenn diese tatbestandliche Nahebeziehung weggefallen ist. Klarzustellen wäre, dass dieser hypothetische Erblasserwille dann **nicht anzunehmen** ist, wenn die letztwillige Verfügung getroffen wurde, noch **bevor eine der tatbeständlichen Nahebeziehungen** begründet wurde. Die Bestimmung legt fest, dass der Verlust der Angehörigenstellung bewirken soll, dass eine davor errichtete letztwillige Anordnung, die sich auf diese Angehörigenstellung bezieht, aufgehoben wird, „es sei denn der Erblasser hat ausdrücklich das Gegenteil angeordnet“ (Abs 1). In Absatz zwei soll dies „im Zweifel“ auch dann gelten, wenn bloß das Verfahren zur Beseitigung der Angehörigenstellung bereits eingeleitet worden ist.

Die Zweifelsregel des Abs 2 sollte uE anstelle der derzeit in Absatz 1 vorgesehenen ausdrücklichen Anordnung für beide Absätze gelten. Vorgeschlagen wird daher:

„§ 726. (1) Mit Auflösung der Ehe, der eingetragenen Partnerschaft oder der Lebensgemeinschaft zu Lebzeiten des Erblassers werden davor errichtete letztwillige Anordnungen, soweit sie den früheren Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten betreffen, im Zweifel aufgehoben [...]“

Die Grundwertung des vorgeschlagenen § 726 ABGB ist begrüßenswert und sachlich gerechtfertigt. UE soll es aber möglich sein von der Zweifelsregel abzuweichen, wenn der Beweis gelingt, dass der Erblasser dies gewollt hätte, und nicht erst, wenn der Erblasser dies ausdrücklich angeordnet hat. Denn dies würde fordern, dass die Erblasserin, die ihr Testament verfasst, darin eine Klausel aufnimmt, die bspw lauten müsste: „*Mein Mann soll, auch wenn wir uns einmal scheiden lassen, mein Vermögen erben.*“ Derartige Klauseln dürften aber keine allzu große Verbreitung erlangen.

Zu § 729

Abs 1 hat einen pflichtteilsrechtlichen Inhalt und erscheint im 13. Hauptstück, das von der gesetzlichen Erbfolge handelt, verfehlt. Überdies ist die Bestimmung überflüssig, weil sich ihr normativer Gehalt aus dem vorgeschlagenen § 763 ABGB (Geldpflichtteilsanspruch) ergibt. Sie kann deshalb **ersatzlos gestrichen** werden.

Die Materialien zu § 729 ABGB verweisen offenbar auf Vorarbeiten zum Entwurf. Der Entwurf verweist auf § 775 Abs 2 ABGB, gemeint dürfte § 775 Abs 1 sein. Der Verweis auf § 764 ABGB passt nicht, weil es in der Bestimmung nunmehr um Beiträge zur Deckung des Pflichtteils geht. Der Verweis auf § 543 ABGB dürfte wohl auf § 542 ABGB zielen.

Zu § 744

Hinterlässt der Erblasser einen Ehegatten, sollen neben diesem in der zweiten Parentel in Zukunft nur mehr die Eltern zum Zug kommen, deren Nachkommen (die Geschwister des Erblassers) erhalten keinen gesetzlichen Erbteil mehr. Die dritte Parentel wird gänzlich vom Ehegatten verdrängt.

Nach geltendem Recht erhält der Ehegatte gem § 757 Satz 2 und 3 jenen Erbteil, der den Repräsentanten verstorbener Großeltern oder Geschwistern zufiele. Nach dem Entwurf fehlt es hingegen an einer vergleichbaren Regelung. Nach dem Gesetzeswortlaut bleibt offen, wer den Erbteil erhält, der den Repräsentanten eines verstorbenen Elternteils zufiele.

In Ermangelung einer der bisherigen Rechtslage entsprechenden Regelung müsste wohl § 737 des Entwurfs herangezogen werden, sodass der Erbteil eines vorverstorbenen Elternteils dem noch lebenden Elternteil zuwachsen würde. Angesichts des verfolgten gesetzgeberischen Ziels, das Ehegattenerbrecht weiter zu stärken, ist fraglich, ob es sich hier um eine bewusste Wertungsentscheidung handelt oder ob nicht vielmehr ein Versehen vorliegt, zumal es damit trotz Verschiebung der Erbrechtsgrenze – in diesem praktisch bedeutenden Fall – zu keiner Stärkung des Ehegattenerbrechts käme. Eine **Klarstellung** durch den Gesetzgeber erscheint zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit **dringend geboten**.

Zu § 746

Die Bestimmung soll dem bisherigen § 759 ABGB entsprechen.¹⁰ Der vorgeschlagene § 746 Abs 1 enthält eine Kombination aus § 759 ABGB und § 1266 letzter Satz ABGB: Mit der Scheidung der Ehe oder Auflösung der eingetragenen Partnerschaft geht das gesetzliche Erbrecht und Vorausvermächtnis verloren.

Abs 2 sieht vor, dass das gesetzliche Erbrecht und das gesetzliche Vorausvermächtnis dem überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner auch dann nicht zustehen soll, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft geklagt hat und der Klage stattzugeben gewesen wäre. Dies entspricht im Wesentlichen § 759 Abs 2 ABGB alt.

Die Materialien folgen dem Vorschlag Spitzers¹¹, das Erbrecht und Vorausvermächtnis unabhängig vom Verschulden bereits dann erloschen zu lassen, wenn ein Scheidungsverfahren eingeleitet worden ist, das zur Auflösung der Ehe oder eingetragenen

¹⁰ Ministerialentwurf 18.

¹¹ Verlust des Ehegattenerbrechts durch Eröffnung des Scheidungsverfahrens? - Zugleich eine Besprechung von OGH 12. 12. 2002, 6 Ob 259/02k, JBl 2003, 837.

Partnerschaft geführt hätte.¹² Dementsprechend sieht Abs 3 des Entwurfs vor, dass Abs 2 sinngemäß gelten soll, wenn ein Ehegatte oder eingetragener Partner während des Verfahrens über die Scheidung oder die Auflösung im Einvernehmen vor Rechtskraft des ergangenen Scheidungs- oder Auflösungsbeschlusses stirbt; in diesem Fall bleibe eine bereits abgeschlossene Vereinbarung über die Aufteilung des Gebrauchtvermögens und der Ersparnisse aufrecht.

Die vorgeschlagene Regelung ist unvollständig und dringend ergänzungs- und/oder korrekturbedürftig! Situationen müssen verhindert werden, in denen es weder zu einer erbrechtlichen noch zu einer scheidungsrechtlichen Vermögensauseinandersetzung kommt.

Eine klaffende Regelungslücke besteht dort, wo zwar die Klage auf Scheidung (bspw) aus Verschulden bereits eingebracht wurde und ihr auch stattgegeben werden würde, der Erblasser jedoch verstirbt bevor er einen Antrag auf Aufteilung des ehelichen Vermögens gestellt hat, sodass dieser nicht vererbt werden kann. Spitzer und Holzner¹³ befürworten für solche Fälle de lege lata eine Analogie zu den §§ 81 ff EheG. Im Rahmen einer Reform des Erbrechts wäre eine solche Frage aber vom Gesetzgeber zu klären. Ebenso sollte eine Regelung klären, was passiert, wenn der Erblasser auf Scheidung aus Verschulden klagt, und die Ehe auch rechtskräftig geschieden wird, aber noch kein Antrag auf Aufteilung des ehelichen Vermögens gestellt wurde, bevor der Erblasser stirbt. Dann gibt es aufgrund der rechtskräftigen Scheidung kein Ehegattenerbrecht mehr und mangels gerichtlicher Geltendmachung des Aufteilungsanspruchs kann dieser auch nicht mehr von den Erben durchgesetzt werden (§ 96 EheG).

Abs 3 sagt nicht, was geschehen soll, wenn keine Vereinbarung über die die Aufteilung des Gebrauchtvermögens und der Ersparnisse vorliegt. Zum einen wäre denkbar, dass dann das Erbrecht weiterhin besteht, denn eine Einigung über die Aufteilung des Ehevermögens ist Voraussetzung für die einvernehmliche Scheidung. Zum anderen wäre denkbar, dass davon ausgegangen wird, dass eine derartige Einigung entsprechend den Wertungen der §§ 81 ff EheG zustande gekommen wäre, sodass die Richterin diese in analoger Anwendung zur Aufteilung des Vermögens heranziehen kann. Hier muss klargestellt werden, dass der Verlust des Erbrechts nur dann eintreten kann, wenn eine Einigung über die Aufteilung des Ehevermögens vorliegt.

Zur (analogen) Anwendung der §§ 81 ff EheG anstelle der erbrechtlichen Auseinandersetzungsregeln ist in verfahrensrechtlicher Hinsicht anzumerken, dass der Entwurf keine dahingehenden Bestimmungen zum Außerstreitgesetz enthält. Soll der Gerichtskommissar die §§ 81 ff EheG sinngemäß anwenden? Soll eine Richterin im Außerstreitverfahren eine Aufteilung gem §§ 81 ff EheG vornehmen? Zu Recht weist T. Maier auf Beweisprobleme hin, wenn ein Aufteilungsverfahren mit nur einem Beteiligten durchzuführen ist.¹⁴

In materieller Hinsicht stellt sich die Frage, welche Prinzipien bei (analoger) Anwendung der §§ 81 ff EheG heranzuziehen sind. Soll die Aufteilung so erfolgen, wie sie hypothetisch erfolgt wäre, wenn der Erblasser erst nach Abschluss des Aufteilungsverfahrens verstorben wäre? Dann wäre neben dem Beitragsprinzip des § 83 Abs 1 S 2 EheG insb das

¹² Ministerialentwurf 18.

¹³ Ehevermögen bei Scheidung und bei Tod (1998) 15.

¹⁴ Ehegattenerbrecht und Scheidung, EF-Z 2013, 109 (113).

Trennungsprinzip des § 84 EheG von größter Bedeutung. Oder verschiebt sich durch den Tod des Erblassers nicht die Interessenlage, was gebührend zu berücksichtigen wäre?

Möchte man § 746 Abs 2 und 3 ABGB nicht ganz streichen und den Verlust des Erbrechts an den Eintritt der formellen Rechtskraft knüpfen,¹⁵ sollte als Tatbestandsmerkmal für den Wegfall des Erbrechts nicht allein die hypothetisch statzugebende Scheidungsklage oder der hypothetisch statzugebende Scheidungs- oder Auflösungsantrag herangezogen werden, sondern zunächst **das Vorliegen einer Einigung über die Aufteilung des ehelichen Vermögens**. Denn ein Aufteilungsverfahren mit nur einem Beteiligten ist nicht sinnvoll durchführbar. Diesem Vorschlag kann nicht entgegengehalten werden, dass dann jemand der schuldhaft einen Scheidungsgrund gesetzt hat aus seinem Erbrecht einen unverdienten finanziellen Vorteil ziehe. Denn aufgrund des Spannungsverhältnisses zwischen erbrechtlichen und scheidungsrechtlichen Verteilungsregeln hängt es zwangsläufig oftmals vom Zufall ab, welches Regelungsregime für den Betroffenen vorteilhafter ist.

Um so weit wie möglich Aufteilungsverfahren zu verhindern, an denen die Erben beteiligt sind, schlagen wir vor § 746 Abs 2 und 3 ABGB in der vorliegenden Fassung zu streichen und folgende Bestimmung einzuführen:

„§ 746. (2) Das gesetzliche Erbrecht und das gesetzliche Vorausvermächtnis stehen dem überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner vor Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung nicht zu, wenn der Erblasser auf Auflösung der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft geklagt hat, oder gemeinsam mit dem Ehegatten oder eingetragenen Partner einen Antrag auf Scheidung oder Auflösung im Einvernehmen gestellt hat, und eine Vereinbarung über die Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und der ehelichen Ersparnisse vorliegt.“

Zu § 750

Satz 2 der Bestimmung ist missverständlich und sollte **gestrichen** werden, da er – interpretationsabhängig – **in Widerspruch zu Art 33 EuErbVO** stehen könnte. Es würde ausreichen, Satz 1 zu belassen und in der Regierungsvorlage auszuführen, dass gem § 750 ABGB Satz 1 iVm Art 33 EuErbVO ein Recht des Bundes besteht, Vermögen, das in Österreich belegen ist, anzueignen, wenn das Vermögen nach dem anzuwendenden Erbstatut an einen anderen Staat oder eine von diesem als gesetzlicher Erbe vorgesehene juristische Person fallen soll.

Zu § 754

Das Pflichtteilsrecht ist als Schutz der Interessen naher Angehöriger des Erblassers ausreichend. Einer **Anrechnung von Schenkungen auf den Erbteil bedarf es nicht**. § 754 sollte **gestrichen** werden.

Falls eine Anrechnung von Schenkungen auf den Erbteil dennoch beschlossen werden soll, wäre klarzustellen, was unter der Anrechnung „als Vorschuss“ zu verstehen ist.

Zu § 755

¹⁵ So noch vor dem Reformentwurf de lege ferenda T. Maier, EF-Z 2013, 109 (112).

Abs 2 spricht von einem „auf diese Art **vergrößerten Erbteil**“ des anrechnungspflichtigen Erbens. Dies ist **verfehlt**. Die Anrechnung beim Erbteil führt niemals – auch nicht nach dem Entwurf – zu einer Vergrößerung der Erbquote und ist lediglich bei der Erbteilung durchzuführen.

Zu § 760

Abs 1 spricht ungenau von der „*Ausschlagung*“ des Pflichtteils. Es gibt aber **weder eine Annahme noch eine Ausschlagung eines Pflichtteils**. Vor dem Tod des Erblassers unterliegt der Pflichtteilsverzicht den Regeln des Erbverzichts; nach dem Tod des Erblassers erlischt er durch einen Verzichtsvertrag, also durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen dem ruhenden Nachlass oder Erben und dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten.

Nach Abs 2 soll die Minderung oder der Wegfall des Pflichtteils aus anderen Gründen als Verzicht oder „*Ausschlagung*“, wenn in der Folge keine Nachkommen den Pflichtteil erhalten, die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten erhöhen. Eine Verschiedenbehandlung zwischen den Fällen des Abs 1 und des Abs 2 erscheint **in keiner Weise gerechtfertigt**; auch die Materialien bleiben jede Begründung für diese dem österreichischen Recht bisher fremde Rechtsfolgeanordnung schuldig. Vorzugwürdig erscheint dagegen eine Beibehaltung des geltenden § 767 Abs 1, wonach das Pflichtteilsrecht vom gesetzlichen Erbrecht abhängt und folglich – mit der Wirkung, dass die Pflichtteile anderer Berechtigter erhöht werden – entfällt, wenn das gesetzliche Erbrecht nicht besteht.

Selbst wenn der Gesetzgeber an dieser fragwürdigen Regelung festhalten wollte, müsste zumindest klargestellt werden, wie die Erhöhung erfolgen soll. Wird bspw der Pflichtteil eines von zwei Kindern gemindert, bleibt offen, ob die halbe Quote nur dem anderen Kind zuwächst oder ob auch der Ehegatte partizipieren soll (Verhältnis 1/3 zu 2/3?). Die zweite Lösungsvariante wäre systemwidrig, weil die Nachkommen im Verhältnis zum Ehegatten als Einheit zu betrachten sind. Die Materialien halten hierzu nur fest: „*Im Fall der Pflichtteilsminderung um die Hälfte wächst die halbe Quote des betroffenen Pflichtteilsberechtigten den anderen an.*“ Fraglich ist auch, ob der Zuwachs bei Wegfall eines Pflichtteilsberechtigten nach Stämmen erfolgt (§ 733) oder nicht.

Zu § 762

Eine **Klarstellung**, dass § 762 ABGB nur **letztwillige Bedingungen und Belastungen** meint, ist anzuraten. Andernfalls könnte insb das Abstellen auf die **Verwertbarkeit** der Sache zu Auslegungsschwierigkeiten iZm §§ 765 Abs 2 und 780 Abs 2 führen, weil die Verwertbarkeit zu Recht kein Kriterium für die Tauglichkeit einer Sache zur Pflichtteilsdeckung ist.

Zu § 765 Abs 2

§ 765 Abs 2 offenbart eine **entscheidende Schwachstelle bei der Neugestaltung der Pflichtteilsdeckung**. Der Entwurf kann sich nämlich nicht entscheiden, ob es bei der Pflichtteilsdeckung lediglich um einen **Wertzuwachs** geht, was sich offenbar aus **§ 780 ABGB** ergibt, oder um einen **Zufluss von Liquidität**, was **§ 765 Abs 2** offenbar meint. Der **Widerspruch zwischen den beiden Bestimmungen ist eklatant** und droht die testamentarische Gestaltungspraxis mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit zu belasten. Vorzuziehen wäre eine Regelung, die es bei § 780 ABGB belässt und auf § 765 Abs 2 verzichtet.

Selbst wenn man § 765 Abs 2 ABGB festhalten wollte, ist vollkommen unklar, welche Art von Liquiditätszufluss mit dem Wort „*zukommen*“ gemeint ist. Ist die Zuwendung eines Renten- oder Fruchtgenusslegats oder die Einräumung einer Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung ein *Zukommen* des Pflichtteils iS dieser Bestimmung oder kommt es auf die konkreten Ausschüttungen an? Richtigerweise ist die Frage, in welchem Umfang Liquidität an den Pflichtteilsberechtigten fließt und in Zukunft fließen wird, eine Frage der Bewertung der Sache. Damit ist wohl bereits die Zuwendung bspw des Fruchtgenusslegats selbst ein *Zukommen* des Pflichtteils, auch wenn innerhalb der ersten fünf Jahre keine oder nur geringe Erträge an den Pflichtteilsberechtigten fließen. Eine Klarstellung wäre dringend geboten. Vorzugswürdig wäre freilich – wie bereits erwähnt – die **Streichung des § 765 Abs 2.**

Zu § 767

Die Möglichkeit der Stundung und Ratenzahlung wird ausdrücklich begrüßt. Der **Normzweck** der einzelnen Tatbestände ist hingegen **nicht hinreichend klar**. In jener Variante, in der das Unternehmen die wirtschaftliche Lebensgrundlage des Pflichtteilsschuldners bildet, dürfte der Normzweck – zumindest nach dem Gesetzeswortlaut – darin liegen, dem Erben seine Einnahmequelle zu sichern. Versteht man diese Bestimmung so, dann ist nicht verständlich, weshalb unter dem Begriff des Unternehmens zwar auch Gesellschaftsanteile fallen sollen, die einen Einfluss auf die Unternehmensführung sichern, nicht aber solche, die als bloße Wertanlage dienen.¹⁶ Dieser Regelungsansatz deutet eher auf einen besonderen Schutz des Familienunternehmens hin, der zwar begrüßenswert wäre, den die Regelung insgesamt aber offenbar nicht vor Augen hat, da andernfalls das Abstellen auf die *wirtschaftliche Lebensgrundlage* nicht sinnvoll wäre. Diese Voraussetzung würde die Stundungsregel zu stark einschränken, sodass ein adäquater Schutz von Familienunternehmen nicht gewährleistet werden könnte.

Unklar ist insb auch der Zweck des Tatbestands, wonach die sofortige Entrichtung des Pflichtteils den Fortbestand eines Unternehmens erheblich gefährden würde. Aus dem Verhältnis zur Variante, in der das Unternehmen die wirtschaftliche Lebensgrundlage des Pflichtteilsschuldners bildet, ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht den Schutz des Pflichtteilsschuldners vor Augen hat. Damit stellt sich die Frage, ob *Erhalt des Unternehmens* iS von Erhalt der Arbeitsplätze als volkswirtschaftlich wünschenswert anzusehen ist, oder ob darüber hinaus auch die Eigentümerstruktur geschützt werden soll, was wiederum einem Schutz von Familienunternehmen gleichkäme. Für Zweiteres spricht insbesondere, dass ein Unternehmen ohnedies kein taugliches Objekt der Veräußerung im Rahmen der Exekution ist, sondern nur die Zwangsverwaltung oder Zwangsverpachtung iSd §§ 341ff EO in Frage käme, so dass eine „Zerschlagung“ durch Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen nicht droht. Freilich kann in einzelne Objekte des Unternehmens Zwangsvollstreckung geführt werden. Bei einer solchen Auslegung, wäre allerdings eine Unterscheidung in zwei Varianten entbehrlich, weil es dann alleine darauf ankäme, dass das übrige Vermögen nicht ausreicht, um die Veräußerung des Unternehmens zu verhindern. Das Verhältnis der beiden Tatbestände und insb die ratio legis sind klarzustellen. Das die Notwendigkeit der Veräußerung durch alle Tatbestände verhindert werden soll, legen die Materialien in ihrem Einleitungssatz nahe, wo es heißt: „*Allgemein wird gefordert, dass die – in Sondergesetzen [...] bereits bestehende – Möglichkeit von Stundungen und Ratenzahlungen geschaffen werden sollte, um eine Vernichtung von Unternehmen oder*

¹⁶ So aber der Ministerialentwurf 25.

anderer wirtschaftlicher Grundlagen des bzw. der Erben zu verhindern [...]. Mit folgendem Regelungsvorschlag [...] soll diesem Anliegen entsprochen werden.“

Die Stundungsregel stellt anders als § 2331a BGB und § 783a flABGB nur auf die Interessen des Pflichtteilsschuldners und nicht auch auf dessen Familie ab. Dies sollte ergänzt werden, sodass eine Stundung bspw auch dann gerechtfertigt erscheint, wenn die Veräußerung einer Wohnung von Nöten wäre, die einem dringenden Wohnbedürfnis eines nahen Angehörigen des Pflichtteilsschuldners dient.

Ferner wäre es zweckmäßig, ergänzende verfahrensrechtliche Bestimmungen aufzunehmen, etwa hinsichtlich der Frage welches Gericht für die Gewährung der Stundung oder Anpassung an geänderte Umstände verantwortlich ist. § 783a Abs 4 flABGB enthält bspw eine entsprechende Bestimmung.

Zu § 769

Die **Möglichkeit der Enterbung in einem Erbvertrag** wäre zu streichen. Auch nach dem Entwurf sind Erbverträge zugunsten Dritter – nach Ansicht der Verfasser bedauernswerter Weise – weiterhin unzulässig. Eine vertraglich bindende Enterbung kann daher nur gegenüber dem Ehegatten oder eingetragenen Partner erfolgen. Eine solche Enterbung wäre aber in Wahrheit ein Pflichtteilsverzicht iSd § 551, weil der Vertragspartner der Entziehung des Pflichtteils vertraglich zustimmt und die Formvorschriften (Notariatskat oder Beurkundung durch gerichtliches Protokoll) eingehalten sind. Gegenüber den übrigen Pflichtteilsberechtigten hat der Erbvertrag aber nur die Wirkung einer letztwilligen Verfügung.

Zu § 775

In der Überschrift wäre das Wort „*irrtümliche*“ zu streichen, weil Abs 1 die Setzung auf den Pflichtteil zum Gegenstand hat. Diese erfolgt bewusst; der Irrtum besteht nur über das vermeintliche Vorliegen eines Enterbungsgrundes.

Der erste Satz des Abs 2 wäre umzuformulieren, weil der entscheidende **Zeitpunkt**, in dem **Kenntnis von der Existenz** eines übergangenen Kindes vorliegen muss, jener der **Errichtung der letztwilligen Verfügung** ist. Das Abstellen darauf, dass der Erblasser bis zu seinem Tod keine Kenntnis von der Existenz haben darf, ist rechtspolitisch fragwürdig und gefährdet die Rechtssicherheit: Wie, wenn der Erblasser erst kurz vor seinem Tod von der Existenz des Kindes Kenntnis erlangt hat, und keine Gelegenheit mehr hatte, sein Testament zu ändern? Wie, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt, in dem er von dem Kind Kenntnis erlangte, die Testierfähigkeit bereits verloren hat? Überdies ist die Formulierung des § 775 Abs 2 insofern misslungen, als nicht darauf ankommen kann, dass der Erblasser lediglich die Existenz des Kindes kennt; er muss auch über die Abstammung von ihm Bescheid wissen.

Abs 2 Satz 1 könnte bspw lauten:

„Abs. 1 gilt nicht für stillschweigend übergangene Kinder und deren Nachkommen, von deren Existenz der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung nichts wusste.“

§ 775 Abs 2 enthält zudem offenbar ein korrekturbedürftiges Redaktionsversehen. Ausweislich der Materialien, sollen mit dieser Bestimmung die §§ 777, 778 übernommen werden. Alleine der – hier kritisierte – erste Satz soll eine inhaltliche Neuerung bringen. Die Neuformulierung stellt aber nun die Vermutung auf, dass das irrtümlich übergangene Kind gleich bedacht werden soll, wie das Kind mit dem *geringsten Erbteil*. Dies sollte zugunsten der bisherigen Formulierung geändert werden, wonach das Kind so viel erhält, wie das am mindesten bedachte Kind. Die unterschiedliche Formulierung kommt zum Tragen, wenn das am mindesten bedachte Kind ein Vermächtnis erhält.

Zu § 776

Zu Abs 1 Satz siehe die Stellungnahme zu **§ 769**.

Fraglich ist auch, ob es der Möglichkeit der Pflichtteilsminderung gegenüber dem Ehegatten bedarf, vor allem hier auch die Möglichkeit der Scheidung zur Verfügung stünde (Zerrüttungsscheidung). Hier könnten möglicherweise Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des fehlenden Naheverhältnisses auftreten, zumal das Zusammenleben gerade kein Kriterium ist.¹⁷ Gegen die Beibehaltung dieser Möglichkeit bestehen aber andererseits auch keine erheblichen Bedenken.

Zu § 781 Abs 2 Z 4

§ 781 Abs 2 Z 4 bestimmt, dass die Vermögenswidmung an eine Stiftung oder an eine vergleichbare Vermögensmasse als Schenkung im Sinne dieser Bestimmung gilt und somit dem Nachlass hinzuzurechnen ist. Soweit der Wert der Vermögenswidmung nicht hinzuzurechnen ist, soll die Einräumung der Stellung als Begünstigter einer vom Erblasser errichteten Stiftung oder vergleichbaren Vermögensmasse als Schenkung im Sinne dieser Bestimmung gelten.

Der Fall, dass eine **Vermögenswidmung an die Stiftung nicht mehr**, die **Einräumung der Begünstigtenstellung** aber sehr wohl noch **hinzuzurechnen** ist, spielt nach geltendem Recht wegen der unterschiedlichen Fristen für die Anrechnung eine Rolle, wenn die – nicht pflichtteilsberechtigte Stiftung über Geheiß des Stifters Ausschüttungen an nach dem Stifter pflichtteilsberechtigte Personen vornimmt. Bei einem Gleichlauf der Fristen für die Hinzurechnung von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte und nicht pflichtteilsberechtigte Personen, wie sie § 781 Abs 3 mit jeweils 10 Jahren vorsieht, ist dies aber **undenkbar**. Es wird daher die Streichung des mit „*soweit*“ eingeleiteten Satzteils vorgeschlagen. Sollte der Gesetzgeber von dessen Notwendigkeit ausgehen, wäre statt auf die Hinzurechnung auf die Haftung nach den §§ 789ff abzustellen, weil nur dort unterschiedliche Fristen bestehen (§ 792). In diesem Zusammenhang wäre allerdings der Gesetzestext dahingehend zu korrigieren, dass nicht die „*Einräumung der Stellung als Begünstigter*“ als Schenkung gilt, sondern, wie es die Materialien¹⁸ nahelegen, die *Ausschüttungen* an den Begünstigten, weil eine Rechtsstellung nicht *hinzugerechnet* werden kann. Hinzuzurechnen wären damit alle Ausschüttungen, die der Pflichtteilsberechtigte als Begünstigter bis zum Tod tatsächlich erhalten hat, bzw die er nach dem Tod erhalten wird, wobei nicht nur klagbare Ansprüche umfasst sein müssten, sondern auch solche bei denen nur die Modalitäten der Ausschüttung (das Wann/Wieviel) im Ermessen des Vorstands stehen, zumal klagbare Ansprüche in der Praxis kaum vorkommen.

¹⁷ Vgl Scheuba, 17. ÖJT Band II/2, 125.

¹⁸ Ministerialentwurf 31.

Ferner geht der vorgeschlagene Wortlaut weit über das hinaus, was bisher hinsichtlich der Schenkungsanrechnung bei Privatstiftungen vertreten wurde. Der Gesetzeswortlaut erfasst nämlich jegliche Begünstigung unabhängig davon, ob diese unmittelbar auf den Stifterwillen zurückzuführen ist und damit als Schenkung des Erblassers betrachtet werden kann, oder nicht. Erfasst wären daher auch Fälle, in denen die Begünstigung des Pflichtteilsberechtigten alleine auf einer Ermessensentscheidung des Vorstands beruht. Ebenfalls erfasst wären Fälle, in denen der Erblasser nur einer von mehreren Stiftern ist und bspw nur einen sehr geringen Vermögensbeitrag zur Errichtung leistet, obgleich dann wirtschaftlich betrachtet keine Schenkung vom Erblasser an den Begünstigten vorliegt. Dies wäre jedenfalls zu korrigieren.

§ 781 Abs 3 ordnet ferner iSd hL und Rsp an, dass die Schenkung erst mit dem Vermögensopfer als erbracht gilt. Die Materialien führen hierzu aus: „*Bei Zuwendungen an eine Privatstiftung oder an den Begünstigten einer Privatstiftung beginnt diese Frist nicht zu laufen, solange der Erblasser Stifter der Privatstiftung bzw. er oder einer seiner abstrakt Pflichtteilsberechtigten zum Kreis der Begünstigten der Privatstiftung gehört, weil in diesem Fall das Vermögensopfer noch nicht endgültig erbracht worden ist.*“ Diese Annahme ist indes nicht nachvollziehbar. Die Rechtsstellung als Stifter geht erst mit dem Tod unter, ein Verzicht ist nicht möglich.¹⁹ Damit würde es darauf hinauslaufen, dass bei einer Vermögenswidmung an eine Stiftung die Frist niemals zu laufen beginnt, was freilich die gesamte Ziffer entbehrlich machen würde. Auch das Abstellen darauf, dass eine pflichtteilsberechtigte Person Begünstigter der Stiftung ist, kann für den Fristenlauf keine Rolle spielen. **Der Gesetzgeber unterliegt hier hinsichtlich der relevanten Aspekte für den Beginn des Fristenlaufs bei der Stiftung einem erheblichen Irrtum.**

Zu § 815

Die **systematische Stellung** der Bestimmung im Hauptstück über den Erbschaftserwerb ist **verfehlt**, weil es sich um einen schuldrechtlichen oder allenfalls familienrechtlichen Anspruch handelt.

Die Bestimmung regelt die Abgeltung von Pflegeleistungen und räumt gewissen, dem Erblasser nahestehenden Personen, einen Anspruch auf „angemessene Abgeltung“ ihrer Pflegeleistungen ein. Es ist auf „Art, Umfang und Dauer der Leistungen sowie den Wert des Nachlasses zu achten“ (Abs 1). Das Gericht kann im Verlassenschaftsverfahren die Abgeltung „nach Billigkeit“ festsetzen (Abs 3). Mit „**Angemessenheit**“ und „**Billigkeit**“ bedient sich das Gesetz zweier unbestimmter Begriffe, deren Verhältnis zueinander unklar ist. Mit der billigen Abgeltung ist ein materiell-rechtlicher Aspekt verbunden, der anstelle von Abs 3 in Abs 1 genannt werden sollte. Der übrige Absatz 3 enthält eine **verfahrensrechtliche Regelung** und ist in § 174a AußStrG zu verschieben.

Die aus den Materialien (37) erschließbare Wertung – je näher das familiäre Verhältnis des Pflegenden zum Erblasser, umso weniger soll der Pflegende erhalten (Beistandspflicht) – ist **sachlich nicht begründet**. Soll der pflegende Lebensgefährte tatsächlich mehr bekommen als der pflegende Ehegatte, weil er im Unterschied zu jenem keine Beistandspflicht zu erfüllen hat? Sie steht überdies in Widerspruch zur Wertung des § 98 ABGB, wo diesem Aspekt keine Bedeutung zukommt.

Mit dem Verweis in Abs 1 auf § 284c ABGB werden die Ehegatten und Lebensgefährten eines gesetzlichen Erben erfasst. Dort wird darauf abgestellt, dass sie in einem

¹⁹ Vgl nur Arnold, Privatstiftungsgesetz³ (2013) § 3 Rz 15

gemeinsamen Haushalt wohnen. Klarzustellen wäre, ob dieses Kriterium auch für § 815 eine Rolle spielen soll.

Der Begriff des Lebensgefährten des Erblassers wird in § 815 ABGB nicht näher definiert. Soll es für die Lebensgefährteneigenschaft darauf ankommen, dass der Lebensgefährte, bevor er die Pflegeleistung erbracht hat, **drei Jahre in einem gemeinsamen Haushalt** gelebt hat oder nicht? Auch diesbezüglich scheint eine **Klarstellung** angebracht.

Nach den Materialien²⁰ steht die Abgeltung nicht zu, soweit der Pflegende zur Abgeltung seiner Leistungen Zuwendungen aus dem letzten Willen erhält. Diese Regelung führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, weil oftmals nicht klar sein wird, ob eine letztwillige Mehrzuwendung an den pflegenden Angehörigen gerade wegen der Pflege oder aus anderen Gründen erfolgt ist. UE sollte nur eine ausdrückliche Anordnung, wonach die Zuwendung der Abgeltung der Pflege dient, beachtlich sein, weil andernfalls ein Widerspruch zu Abs 4 iVm Abs 2 entstünde, wonach der Anspruch nach § 815 *neben* anderen Leistungen aus dem Nachlass gebührt und nur entfällt, wenn ein angemessenes Entgelt gewährt wird oder anderes vereinbart wird. Eine **Klarstellung** wäre auch hier geboten.

Offen bleiben auch diverse verfahrensrechtliche Fragen. So dürfte bspw über den Anspruch auf Abgeltung mittels eines eigenen Beschluss im Verlassenschaftsverfahren entschieden werden. **Fraglich** ist, ob dieser Beschluss während des Verlassenschaftsverfahrens, zugleich mit der Einantwortung oder eventuell sogar nach der Einantwortung zu ergehen hat. Wäre dem so, könnte dies erhebliche Verzögerungen des Verlassenschaftsverfahrens nach sich ziehen. Umgekehrt, würde über den Pflegeleistungsanspruch trotz abgeschlossenem Verlassenschaftsverfahrens in einem außerstreitigen Verfahren zu befinden sein. Hier scheint es zielführender, die Entscheidung über den Anspruch immer dann, wenn keine Einigung erzielt werden kann ins streitige Verfahren zu verweisen.

Offen bleibt auch, was passiert, wenn die Abgeltung des Anspruchs durch Hinterlassung eines Vermächtnisses erfolgt, weil in diesem Fall kein Anspruch nach § 815 entsteht.²¹ Dieses befindet sich nämlich im Nachlass, sodass es insoweit bei der Berechnung der Pflichtteile berücksichtigt wird, wohingegen der Anspruch nach § 815 die Bemessungsgrundlage vermindert.²² Diese Verschiedenbehandlung scheint nicht gerechtfertigt. Warum soll es Auswirkungen auf den Pflichtteil haben, ob der Erblasser die Abgeltung letztwillig anordnet oder ob diese von Gesetz wegen eintritt (§ 815).

Zu § 956

Der Gesetzgeber hat sich bei der pflichtteilsrechtlichen Einordnung der Schenkung auf den Todesfall zugunsten der Vermächtnistheorie entschieden. Die konkrete Formulierung scheint aber überarbeitungsbedürftig. Der **zweite Satz** der Bestimmung ist **missverständlich**, weil die Sache im Todeszeitpunkt nicht im Eigentum des auf den Todesfall Beschenkten stehen kann, weil sonst eine Schenkung unter Lebenden vorläge. Die Formvoraussetzungen wirkliche Übergabe (und überdies Notariatsakt) und Annahme wären erfüllt. Ferner setzt die Schenkung auf den Todesfall ja gerade voraus, dass die Erfüllung erst im Todeszeitpunkt erfolgen soll. Nach Ansicht der Verfasser wäre es ferner sinnvoll die

²⁰ Ministerialentwurf 37

²¹ Ministerialentwurf 37.

²² Ministerialentwurf 38.

Formvorschriften in die Bestimmung selbst aufzunehmen (wie im Zuge einer künftigen Reform auch die schriftliche Urkunde in § 943 durch den Notariatsakt zu ersetzen wäre). Es wird folgender Wortlaut vorgeschlagen:

„Eine Schenkung auf den Todesfall ist als Vertrag anzusehen, wenn sie der Geschenknehmer angenommen hat und ein Notariatsakt darüber aufgenommen wurde. Die geschenkte Sache fällt in den Nachlass und ist nach dem Tod des Erblassers wie ein Vermächtnis zu behandeln.“

Abs 1 könnte entfallen, weil sich dessen Inhalt bereits aus dem zweiten Absatz und den Regeln über die Vermächtnisse ergibt.

Zu § 1487a Abs 2

Der Verweis, dass die Verjährungsbestimmung des Abs 1 sinngemäß auch auf das Aneignungsrecht des Bundes anzuwenden ist, ist missverständlich. Der Gesetzgeber hat nämlich ausweislich der Materialien²³ die Anwendung der absoluten 40-jährigen Frist vor Augen. Diese ergibt sich aber nur aus § 1485. Der Verweis auf Abs 1 legt aber vielmehr die Anwendung der 30-jährigen Frist nahe. In diesem Zusammenhang wird angeregt die Privilegierung für juristische Personen nach § 1472 iVm § 1485 überhaupt zu streichen, weil sie heute keine sachliche Rechtfertigung mehr hat.

Martin Schauer

Bernhard Motal

Sebastian Reiter

Marlene Hofmair

Sebastian Wöss

²³ Ministerialentwurf 39.