



Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER

PRINZ EUGEN STRASSE 20-22
1040 WIEN
T 01 501 65
www.arbeiterkammer.at
nur innerhalb

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	501 65	Fax 501 65	Datum
BMJ-Z6.002/0008-I	GSt-AR-Lc	Georg Gasteiger	DW 6514	DW 2471	27.04.2015

Entwurf zum 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)

Die Bundesarbeitskammer (BAK) dankt für die Übermittlung des Entwurfs. Zunächst muss ausdrücklich festgehalten werden, dass der vorliegende Entwurf – insbesondere aufgrund des schieren Umfangs und der Komplexität der zu regelnden Materie – größten Respekt verdient. Über weite Strecken wurden höchst ausgewogene und sachgerechte Lösungen gefunden und eine deutliche Modernisierung und Verbesserung der Übersichtlichkeit des Erbrechts erreicht.

Aufgrund der Größe und Vielschichtigkeit der Rechtsmaterie sind jedoch naturgemäß einige Punkte enthalten, bei welchen Korrekturen notwendig sind, um einen insgesamt wirklich gelungenen Entwurf umzusetzen und potentiell gravierende Fehlentwicklungen zu vermeiden.

Nach Ansicht der Bundesarbeitskammer sind folgende Bestimmungen unbedingt zu korrigieren:

*I. 1. Abgeltung von Pflegeleistungen
(§ 815 ABGB)*

Ausdrücklich begrüßt wird, dass die Abgeltung von Pflegeleistungen nun bereits im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens berücksichtigt werden soll. Dies erscheint insbesondere aufgrund des dadurch ermöglichten frühen Zugangs der Anspruchsberechtigten zum Verfahren dringend geboten. Leider zeigen sich jedoch gerade aus Sicht der ArbeitnehmerInnen weiterhin folgende Problemfelder:

I.1.a. Zum Kreis der Anspruchsberechtigten

Entgegen den ursprünglichen Entwürfen sind nunmehr die gesetzlichen Erben¹, sowie die nahen Angehörigen iSd § 284c ABGB der gesetzlichen Erben anspruchsberechtigt. Wenngleich die Ausdehnung des Personenkreises zu begrüßen ist, bleibt es weiterhin unnachvollziehbar, warum es überhaupt einer derartigen Einschränkung bedarf. Fremde Personen werden Pflegeleistungen ohnedies nicht unentgeltlich, sondern in der Regel im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses (mit dem Erblasser oder einem Dritten) erbringen und daher von der Ausnahme des Abs. 2 leg cit erfasst sein.

Darüber hinaus führt der Verweis auf § 284c ABGB zu dem Ergebnis, dass die pflegenden Schwiegerkinder (also Ehegatten und eingetragene Partner des gesetzlichen Erben) mit dem gesetzlichen Erben im gemeinsamen Haushalt leben müssen. Inwiefern diese zusätzliche Hürde zweckdienlich oder sachlich gerechtfertigt sein soll, ist nicht ersichtlich. Das Gleiche gilt für die Mindestdauer der Lebensgemeinschaft gem. § 284c leg cit. Die Tatsache, dass z.B. der Lebensgefährte des Sohnes den Vater gepflegt hat, indiziert wohl jedenfalls eine ausreichend enge Lebensgemeinschaft. Eine Mindestdauer der Lebensgemeinschaft von 3 Jahren erscheint hier kaum hilfreich und eröffnet lediglich neue Beweisprobleme.

Auch die vorgetragenen Argumente für eine Einschränkung des Personenkreises überzeugen nicht: Da sich ohnehin sämtliche Personen, die letztwillig bedacht werden, am Verlassenschaftsverfahren beteiligen können, geht das Argument fehl, dass § 815 leg cit. nur Personen umfassen soll, die ohnehin Parteien des [Verlassenschafts-]Verfahrens wären.

Auch das Argument, dass nur gesetzliche Erben umfasst sein sollen, um so die neu geschaffene Regelung zu erproben, erscheint zwar prima facie nachvollziehbar, überzeugt im Ergebnis jedoch ebenfalls nicht. In diesem Fall wären nämlich entsprechende Anmerkungen im Vorblatt unter den Rubriken „Interne Evaluierung“ und „Ziel 2: Erbrechtliche Berücksichtigung von Pflegeleistungen“ bzw. „Maßnahme 3 [...]“ notwendig, aus welchen die bewusste und ernsthafte Absicht einer zukünftigen Ausdehnung der hier gegenständlichen Bestimmung klar hervorgeht. Andernfalls muss man davon ausgehen, dass eine derartige Ausdehnung weder geplant, noch absehbar ist.

Die BAK fordert daher weiterhin nachdrücklich die Ausdehnung des umfassten Personenkreises.

I.1.b. Zur notwendigen Dauer der Pflegeleistung

Weiterhin besteht nur ein Anspruch nach § 815 ABGB, wenn Betreuung und Pflege „umfassend“ waren und (so zumindest die Erl) zumindest 6 Monate gedauert haben.

Dabei wird einerseits übersehen, dass der Pflegebedarf einer Person nicht immer „umfassend“ sein muss. Andererseits können Pflegeleistungen auch mehrmals täglich von verschiedenen Personen, in jeweils geringerem Umfang erbracht werden (nach den Erl S. 37 soll sogar die bloße Finanzierung von Drittkräften ausreichen). Wird nun die Pflege dementsprechend aufgeteilt, könnte es letztendlich sämtlichen Beteiligten an der nötigen „umfassenden Pflege und Betreuung“ mangeln. Dies erscheint umso problematischer, als gerade die gerechte Aufteilung der Pflege (und die damit verbundene Möglichkeit das bisherige Leben, inklusive einer etwaigen Erwerbstätigkeit, weiterzuführen) dringend forciert werden muss.

¹ IS eines genderkonformen Sprachgebrauchs wird darauf hingewiesen, dass in der Folge die Verwendung der männlichen Bezeichnung (z.B. Erblasser) geschlechtsneutral zu verstehen ist und daher auch die Personen anderen Geschlechts mitumfasst.

Wenngleich daher der Intention, „punktuelle Pflege“ nicht berücksichtigen zu wollen, zuzustimmen ist, ist hier die Wortwahl des Entwurfes dennoch unbedingt entsprechend abzuändern. Denkbar wäre etwa das Wort „umfassend“ durch „nicht bloß geringfügig“ zu ersetzen.

3-Jahreszeitraum / Nicht im Erbrecht erfasste Ansprüche

Ohne dem nunmehr vorgeschlagenen § 815 ABGB sind die hier erfassten Pflegeleistungen (also Tätigkeiten in der Erwartung einer – dann nicht erfolgten – Zuwendung aus dem Nachlass) in der Regel als „zweckverfehlende Arbeitsleistungen“ zu qualifizieren. Dies hat zur Folge, dass der pflegenden Person ein Bereicherungsanspruch zusteht. Dabei ist dessen Höhe gem. § 1152 ABGB zu bestimmen und die 3-jährige Verjährungsfrist beginnt erst zu laufen, sobald feststeht, dass der angestrebte Erfolg (z.B. die letztwillige Zuwendung) nicht mehr erreicht werden kann (vgl. RIS-Justiz RS0021820). Dies deckt sich insoweit auch mit den Erläuterungen.

Hervorzuheben ist hier jedoch, dass in diesem Fall nicht nur ein Zeitraum von 3 Jahren ab dem Tod des Erblassers umfasst ist, sondern eine deutlich längere Periode. Inwieweit es daher sinnvoll sein kann, nur einen Teil der Ansprüche ins Verlassenschaftsverfahren aufzunehmen (zur Zeit nur die letzten 3 Jahre) und den Rest ins streitige Verfahren zu verweisen, erschließt sich nicht. Prozessökonomisch (doppelte Berechnung der Anspruchshöhe, doppeltes Beweisverfahren) und aus Sicht der Anspruchsberechtigten (Prozesskosten, Dauer,...) ist dies für die BAK nur schwer nachzuvollziehen.

Es wäre etwa wesentlich sinnvoller, auf das „Ende der Pflegeleistung“ abzustellen. Fällt dieses in den 3-Jahreszeitraum vor dem Tod des Erblassers, sind auch die davor erbrachten Pflegeleistungen im Verlassenschaftsverfahren abzuhandeln.

Ausdrücklich begrüßt wird die Klarstellung in den Erl, sowie in § 174a (4) AußStrG, dass die restlichen Ansprüche (welche über § 815 hinausgehen) durch den hier gegenständlichen Entwurf nicht eingeschränkt werden sollen.

I.1.c. „Angemessene Abgeltung“

Unseres Erachtens wird man sich bei der Bemessung der angemessenen Abgeltung iSd § 815 aufgrund der Ähnlichkeit zum Arbeitsvertrag (soweit ein solcher nicht ohnedies vorliegt) am angemessenen Entgelt iSd § 1152 ABGB orientieren müssen. Unabhängig davon wird in den meisten Fällen eine kollektive Rechtsnorm (in der Regel der MLT für im Haushalt Beschäftigte Österreichs) sogar normativ anzuwenden sein. Doch auch im kollektivvertragsfreien Raum orientiert sich die wohl herrschende Meinung und ständige Rechtsprechung bei der Bemessung des angemessenen Entgelts an den vergleichbaren kollektiven Rechtsnormen (so ausdrücklich RIS-Justiz RS0021341; ebenso *Krejci in Rummel*³, § 1152 [24]). Überdies wäre es nicht nachvollziehbar, weshalb gerade in einem Fall des § 815 ABGB eine unterkollektivvertragliche Bezahlung erlaubt sein sollte. Dies ist daher klarer hervorzuheben. Daher ist auch der Hinweis, dass bei familiären Naheverhältnissen „eine zu weitgehende analoge Heranziehung von kollektiven Löhnen“ nicht gerechtfertigt sei (so die Erl) sinnlos und zur Gänze zu streichen. Auch die Aussage, dass Pflegeleistungen aufgrund einer Beistandspflicht nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie über diese hinausgehen, erscheint in diesem Licht unnachvollziehbar und entbehrlich. Es kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass Angehörige als billige Pflegekräfte arbeiten sollen (welche im Übrigen währenddessen auch dem Arbeitsmarkt in ihrem erlernten Beruf nicht zur Verfügung stehen und danach erst einen Wiedereinstieg schaffen müssen) und wird daher gerade aus Sicht der gesetzlichen Interessenvertretung der ArbeitnehmerInnen ausdrücklich abgelehnt.

Hier erweist sich auch der Hinweis, dass bei der Bemessung auf den Wert des Nachlasses Rücksicht genommen werden soll, als völlig verfehlt. Das Argument dahinter lautet offenbar, dass die pflegende Person ja wissen müsse, dass sie weniger erhalten werde, wenn die zu pflegende Person arm sei. Dieses Argument basiert unseres Erachtens jedoch auf zwei Fehlannahmen und führt überdies im Ergebnis zu einer Schlechterstellung von Personen, die nicht wohlhabende Erblasser pflegen, was entschieden abzulehnen ist: Einerseits wird übersehen, dass die Pflegetätigkeit häufig nicht (nur) aufgrund einer Erbhoffnung erfolgt. Vielmehr werden in der Regel sittlich-moralische Verpflichtungen überwiegen, oder die Pflege durch Angehörige überhaupt die einzige Alternative für die Betroffenen darstellen. Warum diese Personen (welche die Pflege eben „trotz“ und nicht „wegen“ des Geldes übernehmen) geringer entlohnt werden sollen, erschließt sich nicht.

Überdies können die pflegenden Personen jene Entgeltansprüche, die nicht gem. § 815 ABGB bereits zugesprochen wurden, ohnehin im streitigen Verfahren gegen die Erben durchsetzen. Die Folgen für den Nachlass sind ident (in beiden Fällen sind die – kollektivvertraglichen – Ansprüche zu befriedigen). Der einzige Unterschied liegt darin, dass Pflegende von finanzschwächeren Erblassern häufiger auf den streitigen Rechtsweg verwiesen werden, welchen diese wohl selten beschreiten werden. Dies kann nach Ansicht der BAK nicht im Sinne des Gesetzgebers und einer gerechten Abgeltung von Pflegeleistungen sein.

Gerade im Pflegebereich ist eine ordentliche Abgeltung der erbrachten Arbeitsleistung sicherzustellen. Andernfalls schafft man weitere Anreize, Pflege als Privatsache zu betrachten, anstatt die notwendigen (leistbaren) staatlichen Strukturen aufzubauen. Auf die sich andernfalls ergebenden nachteiligen Auswirkungen auf die Erwerbstätigkeit von Frauen (welche häufig die Pflegetätigkeiten übernehmen) wird ausdrücklich hingewiesen. Die Herstellung einer echten Wahlfreiheit zwischen professioneller externer Pflege und Pflege in Eigenregie ist dringend erforderlich.

Die BAK fordert daher die Klarstellung, dass zumindest das marktübliche bzw. kollektivvertragliche Entgelt der angemessenen Abgeltung zugrunde zu legen ist und den Hinweis, dass bei der Bemessung der Abgeltung auf den Wert des Nachlasses abzustellen ist, zu streichen.

I.1.d. Fehlendes Schriftlichkeitserfordernis der Entgeltvereinbarung

§ 815 ABGB ist nach dem vorliegenden Entwurf nunmehr uneingeschränkt dispositiv, wogegen der Erstentwurf noch eine schriftliche Vereinbarung verlangt hat. Warum dieses Formerfordernis aufgegeben wurde, wird in den Erläuterungen nicht thematisiert und ist auch nicht nachvollziehbar. Problematisch erscheint hier insbesondere, dass für abweichende Vereinbarungen auch kein Mindestinhalt vorgeschrieben ist: Erhält beispielsweise die pflegende Person ein zu geringes Entgelt für ihre Tätigkeit, ist der Ausnahmetatbestand gem. § 815 (2) Fall 1 ABGB (tatsächliches Gewähren von angemessenem Entgelt) nicht erfüllt. Dennoch wird den Zahlungen in der Regel (irgend)eine Vereinbarung zugrunde liegen. Die bloße Behauptung, dass es sich dabei bereits um eine abweichende Vereinbarung iSd § 815 (2) Fall 2 ABGB handle, kann hier die pflegende Person in massive Beweisprobleme bringen. Der Gesetzeszweck (angemessene Abgeltung von Pflegeleistungen) könnte so mit einfachsten Mitteln umgangen werden. Da überdies ohnehin jede (abweichende) konkludente Vereinbarung § 815 ABGB aushebeln kann, läuft die Bestimmung Gefahr totes Recht zu werden: Nachdem bei (erheblicher) Verzögerung gem. § 174a AußStrG die pflegende Person auf das streitige Verfahren zu verweisen ist, könnten die massiven Beweisprobleme bei der Ermittlung des konkreten Inhalts einer konkludenten Vereinbarung häufig zu eben diesem Ergebnis führen.

Die Wiederaufnahme des Schriftlichkeitsgebots erscheint uns daher dringend geboten. Gerade auch im Hinblick auf die in „normalen Arbeitsverhältnissen“ umfangreich festgelegten Nachweispflichten wie Dienstzettel gem. § 2 AVRAG, Lohn-/Gehaltsabrechnungen gem. § 78 (5) EStG,

Arbeitszeitaufzeichnungen gem. § 26 AZG, etc. erscheint die hier gegenständliche Regelung aus dieser Perspektive als Rückschritt.

Das vorgebrachte Argument, dass eine schriftliche Vereinbarung aufgrund des Naheverhältnisses der betroffenen Personen lebensfremd erscheine, mag allenfalls zutreffen, solange § 815 ABGB (wie aktuell vorgesehen) auf den Kreis der gesetzlichen Erben beschränkt bleibt. Diese Einschränkung der Anspruchsberechtigten ist jedoch – wie bereits vorgebracht – unseres Erachtens nicht sinnvoll. Spätestens mit der geforderten Ausdehnung müsste die Wiederaufnahme des Schriftlichkeitsgebots jedenfalls einhergehen.

Überdies haben die oben genannten Probleme auch im Familienverband nicht weniger Bedeutung und rechtfertigen somit jedenfalls das Schriftlichkeitsgebot auch ohne Ausdehnung des erfassten Personenkreises.

Die BAK fordert daher die Wiederaufnahme des Schriftlichkeitsgebots für abweichende Vereinbarungen.

I.1.e. Sozialversicherungsrechtliche Absicherung

Leider wurde auch die Forderung nach einer sozialversicherungsrechtlichen Absicherung der pflegenden Personen, was insbesondere aus Sicht der gesetzlichen ArbeitnehmerInnenvertretung dringend geboten erscheint, nicht aufgegriffen. Nachdem es sich unseres Erachtens in der Regel um vollwertige Arbeitsleistungen handeln wird, sind diese auch entsprechend **sozialversicherungsrechtlich zu erfassen und eine entsprechende Absicherung (insbesondere auch hinsichtlich der Anrechnung der Pensionszeiten) sicherzustellen.**

I.1.f. Verjährungshemmung

Pflegende, die Ansprüche nach § 815 ins Verlassenschaftsverfahren einbringen, tragen das Risiko, dass keine Einigung erzielt werden kann und dass ein großer Teil ihrer Ansprüche zu dem Zeitpunkt, zu dem ein Gerichtsverfahren angestrengt werden kann, bereits verjährt sind.

Die BAK regt daher an, ergänzend eine Verjährungshemmung für die gem. § 815 geltend gemachten, aber nicht rechtskräftig zugesprochenen Ansprüche von Pflegenden bis zum Abschluss des Verlassenschaftsverfahrens einzuführen.

I.2. Gesetzliches Vorausvermächtnis

(§ 745 ABGB)

Nicht nachvollziehbar erscheint weiterhin, weshalb ein gesetzliches Vorausvermächtnis nur bei Ehe und eingetragener Partnerschaft, nicht jedoch bei bloßer Lebensgemeinschaft (wenigstens in Härtefällen) zustehen soll. Nachdem in § 748 ABGB des vorliegenden Entwurfs Lebensgemeinschaften bereits erbrechtlich erfasst werden – was ausdrücklich befürwortet wird – sind allenfalls auftretende Beweisprobleme ohnedies bereits Gegenstand des Verlassenschaftsverfahrens und können daher den Ausschluss vom Vorausvermächtnis nicht rechtfertigen.

Ob im Fall des Vorausvermächtnisses eines Lebensgefährten auch die Unentgeltlichkeit des Benutzungsrechts und dessen Unabhängigkeit von einem tatsächlichen Bedarf (so jedenfalls die herrschende Meinung zum bisherigen Vorausvermächtnis; vgl. Welser in Rummel³, § 758 [9,11]) sachgerecht ist, müsste geprüft werden. Dies kann jedoch nichts daran ändern, dass Lebensgemeinschaften hier grundsätzlich erfasst werden sollten: Selbst wenn man auf das Bestehen

eines dringenden Wohnbedürfnisses abstellt, könnten so dennoch etwaige Härtefälle vermieden werden (und man würde trotzdem eine - allenfalls ungewollte - weiterreichende Ausdehnung des Vorausvermächtnisses vermeiden).

Die BAK tritt daher für die Ausdehnung des Vorausvermächtnisses (oder wenigstens des Wohnrechts) auf Lebensgemeinschaften ein.

*1.3. Fähige Zeugen letztwilliger Verfügungen
(§ 588 ABGB)*

Nach § 588 ABGB sind nur vertretungsbefugte Organe, Gesellschafter oder Machthaber bedachter juristischer Personen keine fähigen Zeugen von letztwilligen Verfügungen. Abgesehen davon, dass die Feststellung, ob es sich um einen Machthaber handelt mitunter höchst kompliziert sein kann (kommt es doch auf die tatsächliche Organisationsstruktur und nicht die satzungsmäßig vorgesehenen Organe an – vgl. *Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*¹⁰² § 337 Rz 2 (Stand Februar 2014, rdb.at)), greift die Bestimmung ohnedies zu kurz. Gerade das dem Arbeitsverhältnis inhärente Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und ArbeitnehmerInnen, sowie die Angst vor Verlust des eigenen Arbeitsplatzes, lassen sämtliche ArbeitnehmerInnen eines bedachten Unternehmens als Zeugen ungeeignet erscheinen. Hier muss insbesondere auch darauf hingewiesen werden, dass ArbeitnehmerInnen zwar die falsche Bezeugung eines Testaments verweigern können (genauer: müssen). Dies könnte ArbeitnehmerInnen jedoch unter Umständen dennoch nicht zur Kündigungsanfechtung gem. § 105 (3) Z1 lit i) ArbVG berechtigen. (Diese setzt die Geltendmachung von Ansprüchen „aus dem Arbeitsverhältnis“ voraus. Die Weigerung, eine letztwillige Verfügung zu bezeugen, stellt jedoch in den aller seltesten Fällen einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis dar [es mangelt ja bereits an der diesbezüglichen Weisungsbefugnis des Arbeitgebers]). Doch selbst wenn die Gerichte die Beendigungserklärung aus diesem oder einem anderen Rechtsgrund aufheben sollten, bleiben in der Praxis massive Beweisprobleme für die ArbeitnehmerInnen (bzw. für die allenfalls geschädigten Hinterbliebenen) bestehen.

Die BAK empfiehlt daher dringend, sämtliche ArbeitnehmerInnen von letztwillig bedachten juristischen Personen oder anderen rechtsfähigen Gesellschaften als unfähige Zeugen in § 588 ABGB zu definieren.

*1.4. Befristete Schenkungsan- und hinzurechnung bzw. Herausgabefristen
(§§ 754, 781, 789ff ABGB)*

Mit dem aktuell vorliegenden Entwurf wird für die Hinzu- und Anrechnung von sämtlichen Schenkungen eine generelle Verjährungsfrist von 10 Jahren eingeführt (vgl. § 781 (3) ABGB, bzw. Erl zu § 791, S 34 unten). Darüber hinaus müssen abstrakt pflichtteilsberechtigte Personen diese Schenkungen (unter gewissen Voraussetzungen) eben solange herausgeben bzw. für deren Wert haften („familia suspecta“). Für nicht pflichtteilsberechtigte Personen ist dagegen die Herausgabe- bzw. Haftungsfrist auf 2 Jahre begrenzt (§ 792 ABGB).

Unseres Erachtens erscheint es nicht sinnvoll für Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte eine Frist vorzusehen. Warum die an ein Kind gezahlte „Starthilfe“ nicht im Rahmen der Pflichtteile berücksichtigt werden sollte, ist nicht ersichtlich: Das auf diese Weise begünstigte Kind verliert dadurch ja nichts, es konnte vielmehr bereits früher über den Wert der Zuwendung verfügen. Und gerade in

Familienverbänden sind die Erinnerungen an (zumindest als solche empfundene) „Ungerechtigkeiten“ oft lange. Überdies sollen andere Pflichtteilsberechtigte, welche etwa aufgrund ihrer Lebensplanung keiner derartigen Starthilfe bedurften, nicht aufgrund ihrer (z.B. eigenständigeren/sparsameren) Lebensweise benachteiligt werden. Die vorgesehene Option einer vereinbarten Schenkungsanrechnung wird hier kaum Abhilfe schaffen, da sie wohl in der Regel nicht erfolgen wird (welcher Laie denkt schon im Zuge einer „Starthilfe“ über eine Pflichtteilsanrechnungsvereinbarung nach?).

Nach Sicht der BAK wirkt hier eine unbefristete An- bzw. Hinzurechnung friedensstiftend, da eine (möglichst) gerechte Aufteilung des Gesamtvermögens sichergestellt wird und verhindert überdies die Nachteile, welche zwingend mit jeder Art von (Verjährungs-)frist einhergehen (z.B. die Anrechnung nur einer von zwei zeitlich eng aufeinanderfolgend getätigten Schenkungen).

Folgerichtig wäre daher wohl auch die 10-Jahres-Frist des § 754 ABGB des vorliegenden Entwurfes zu korrigieren.

1.5. Enterbungs- bzw. Erbunwürdigkeitsgründe (§§ 539, 541, 770 ABGB)

Grundsätzlich erscheint es jedenfalls sinnvoll, dass gewisse Enterbungsgründe zur Erbunwürdigkeit führen, wenn der Erblasser die jeweilige Person nicht mehr enterben konnte. Problematisch erscheinen jedoch einerseits der Tatbestand des Zufügens „schweren seelischen Leides“ (§§ 541 Z 2, 770 Z 4) und andererseits die herangezogenen Strafrahmen:

1.5.a. Zum „schweren seelischen Leid“

Wer dem Erblasser schweres seelisches Leid zufügt, soll enterbt werden können bzw. erbunwürdig sein, wenn der Erblasser nicht mehr enterben konnte (vgl. §§ 541 Z 2, 770 Z 4 ABGB). Dieser Tatbestand ist dringend korrekturbedürftig, da er zu unbestimmt ist und in seiner aktuellen Form Situationen erfasst, die nicht erfasst sein sollten:

So sprechen zwar die Erl (S. 6) davon, dass nicht jedes Verhalten (insb. keine „menschlich verständliche“ Handlung), sondern nur ein „verpöntes“ Verhalten den Tatbestand erfüllen könne. Diese Auslegung deckt sich jedoch in keiner Weise mit dem Gesetzestext und findet dort auch keinerlei Anhaltspunkt. Zieht man daher den Gesetzeswortlaut heran, wären sämtliche Handlungen, welche etwa gegen die Wertvorstellungen des Erblassers verstößen und diesem dadurch „schweres seelisches Leid“ zufügen, tatbestandsmäßig, mögen die Wertvorstellungen auch noch so unnachvollziehbar sein („Heirate keine(n) Ausländer(in)“).

Es stellt sich überdies die Frage, ob ein subjektiver oder objektiver Maßstab anzulegen ist, was auch aus den Erl nicht klar hervorgeht. Ein gänzliches Abstellen auf subjektive Befindlichkeiten wird hier keinesfalls berechtigt sein.

Da jedoch die dahinterliegende Grundidee überzeugt, empfehlen wir die Formulierung der Z 2 bzw. Z 4 abzuändern, um so nur berechtigte Interessen des Erblassers zu schützen, nicht jedoch unberechtigte Erwartungen an die Lebensführung der Pflichtteilsberechtigten.

1.5.b. Zu den Straftatbeständen

Das Abstellen auf die vorgeschlagenen Strafrahmen führt zu inakzeptablen Konsequenzen: Nötigung (§ 105 StGB), sexuelle Belästigung (§ 218 (1) StGB), Verleumdung (§ 297 StGB), Gefährliche Drohung (§ 107 StGB), Beharrliche Verfolgung (§ 107a StGB) oder Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (§ 207b StGB) sind alle mit einer höchstens einjährigen Freiheitsstrafe bedroht und daher nicht erfasst.

Es kann dahingestellt bleiben, ob dies für die (ex lege eintretende) Erbunwürdigkeit sachgerecht ist, keinesfalls jedoch für die Enterbungsgründe nach § 770 ABGB. Dass jedoch derartige Straftaten gegen den Erblasser selbst, oder gegen die in Z 2 genannten nahen Angehörigen diesen (ohne Hinzutreten weiterer Umstände) nicht zur Enterbung des Täters berechtigen, erscheint nicht nachvollziehbar. Nicht einmal eine Pflichtteilsminderung könnte in diesem Fall ausgesprochen werden. Man bedenke hier, dass etwa eine Verleumldung (welche voraussetzt, dass der Täter wissen musste, dass die Verdächtigung falsch ist!) gegen den Erblasser selbst, diesen weder zur Enterbung, noch zur Pflichtteilsminderung berechtigen würde.

Hier muss überdies darauf hingewiesen werden, dass selbst das Imstichlassen eines Verletzten, oder die unterlassene Hilfeleistung mit Todesfolge (§§ 94 (1), 95(1) Zweiter Fall StGB) nicht ausreichen, wenn diese nur gegen die nahen Angehörigen des Erblasser begangen wurden.

Auch wenn sich evtl. einige wenige Fälle durch den Tatbestand des Zufügens schweren seelischen Leides, oder der Vernachlässigung von familienrechtlichen Pflichten abfedern (Z 2 bzw. Z 4 leg cit) lassen, kann dies keinesfalls ein ausreichender Ersatz für eine entsprechende Anpassung sein. **Es ist daher aus Sicht der BAK nicht nachvollziehbar, warum derart strenge Voraussetzungen für die Enterbungsgründe geschaffen bzw. aufrechterhalten werden. Insbesondere im Lichte der massiven Verkleinerung des Kreises der Pflichtteilsberechtigten erscheint eine entsprechende Anpassung der Enterbungsgründe berechtigt.**

I.6. Fremdhändige Verfügung (§ 579f ABGB)

I.6.a. Zu den erforderlichen Zusätzen

Als zusätzliche Maßnahmen gegen mögliche Fälschungen wird nunmehr die gleichzeitige Anwesenheit aller drei Zeugen verlangt. Dies erscheint grundsätzlich durchaus sinnvoll, auch wenn es sich in der Praxis als umständlich erweisen könnte.

Leider wurde die Nuncupatio – entgegen dem ursprünglichen Entwurf – nicht gestrichen, sondern durch einen handschriftlichen „Zusatz“ des Erblassers ersetzt. Ob bei dieser Verschriftlichung der Nuncupatio tatsächlich der Nutzen die Erschwernis überwiegt, darf jedoch bezweifelt werden. Hier muss einerseits kritisiert werden, dass der Erblasser den Zusatz eigenhändig schreiben muss. Sollte der Erblasser dazu (nicht mehr) in der Lage sein, wäre ihm die Errichtung einer fremdhändigen Verfügung zur Gänze verwehrt. Andererseits finden sich sowohl hinsichtlich des Zusatzes des Erblassers, als auch hinsichtlich des (ebenfalls eigenhändig zu verfassenden) Zusatzes der Zeugen keine (genauerer) inhaltlichen Vorgaben bezüglich der verlangten Formulierung. Alle diese Problemfelder müssen vor dem Hintergrund gesehen werden, dass jeglicher Formmangel die (vollständige) Ungültigkeit der Verfügung zur Folge hätte, was keinesfalls dem wahren Willen des Erblassers entspricht.

Die BAK unterstützt ausdrücklich das Bestreben nach mehr Fälschungssicherheit. Dennoch wäre eine klarere und für die Praxis einfacher zu handhabende Regelung insbesondere in Anbetracht der Folgen eines Formgebrechens wünschenswert. Dies könnte etwa durch die Streichung der handschriftlichen Zusätze oder wenigstens durch deren Abänderung bzw. Konkretisierung erreicht werden.

I.6.b. Zu § 580 ABGB

§ 580 ABGB sieht vor, dass ein Erblasser, welcher nicht schreiben kann, die fremdhändige Verfügung zwar nicht eigenhändig unterschreiben muss, der „eigenhändige Zusatz [...], dass die Urkunde seinen letzten Willen enthält“ ist jedoch expressis verbis weiterhin erforderlich (Arg.: „statt der Unterschrift“). Dies war unseres Erachtens wohl nicht beabsichtigt und es wird daher eine Klarstellung angeregt.

Diese könnte etwa durch die Formulierung „statt der Unterschrift und des eigenhändigen Zusatzes (§ 579)“ umgesetzt werden.

1.7. Stundung des Pflichtteils (§ 765f, 780f ABGB)

Die nunmehr vorgesehenen Möglichkeit des Gerichts, die Stundung des Pflichtteilsanspruches nach Billigkeit zu ändern oder aufzuheben, wird ausdrücklich begrüßt. Angeregt wird jedoch die Klarstellung, dass die diesbezügliche Berechtigung des Gerichts, welche zur Zeit in § 766 (2) ABGB geregelt ist, ausdrücklich auch auf Fälle des § 765 (2) ABGB auszudehnen: Der Erblasser kann gem. § 765 (2) leg cit den Pflichtteil auch durch eine Zuwendung gem. § 761 (1) leg cit (u.a. Erbteile, Vermächtnisse und Schenkungen) abdecken. In diesem Fall kann dem Pflichtteilsberechtigten der volle Pflichtteil erst sukzessive im Laufe von maximal 5 Jahren zukommen. Erst nach Ablauf dieser Frist kann der Pflichtteilsberechtigte Ergänzung verlangen. Sind nun die „laufenden Zahlungen“ in den vorgesehenen 5 Jahren sehr gering, ähnelt dies einer Stundungsregelung.

Unseres Erachtens sollte daher auch in Fällen des § 765 (2) ABGB eine Überprüfung durch das Gericht iSd § 766 (2) ABGB möglich sein.

Weitergehende Problemfelder

Ergänzend zu den oben genannten Hauptkritikpunkten erlaubt sich die Bundesarbeitskammer überdies auf folgende Problemfelder hinzuweisen bzw. folgende Anregungen und Vorschläge zu übermitteln:

1.8. Widerrufsvermutung bei nachträglichem Verlust der Angehörigenstellung (§ 726 ABGB)

Zunächst ist die Bestimmung grundsätzlich und die Änderungen seit dem letzten Entwurf im Besonderen ausdrücklich zu begrüßen. Bezuglich des Verfahrens zur Aufhebung der Abstammung ist man unseres Erachtens jedoch einen Schritt zu weit gegangen:

§ 726 (2) ABGB sieht vor, dass in bestimmten, taxativ aufgezählten Fällen, bereits die Einleitung des Verfahrens (auf Aufhebung/Auflösung/Widerruf der Angehörigenstellung) zur Aufhebung der letztwilligen Anordnung führen soll. In diesen Fällen lässt bereits die bloße Verfahrenseinleitung ausreichend Rückschlüsse auf den wahren Willen des Erblassers zu (nämlich, dass er die betroffene Person wohl nicht letztwillig bedenken wollte). Folgerichtig wurde daher auch das Verfahren zur Aufhebung der Abstammung nicht in diesen Katalog aufgenommen, da hier der Wille des Erblassers in der Regel vom Ausgang des Verfahrens abhängen wird. Dennoch bleibt das Grundproblem bestehen und eine lange Verfahrensdauer (oder hier auch ein ungewisser Ausgang) darf nicht zu Lasten des wahren Willens des Erblassers gehen. **Daher sollte § 726 (2) leg cit bei Verfahren zur Aufhebung der Abstammung auf den Verfahrensausgang abstellen und (nur) im Falle einer tatsächlich erfolgten Aufhebung die (rückwirkende) Änderung der letztwilligen Verfügung vorsehen.**

1.9. Reduktion der Pflichtteilberechtigten (§ 757 ABGB)

Die gänzliche Streichung des Pflichtteilsrechtes der Eltern überrascht. Dagegen wurde dieser im ursprünglichen Entwurf noch unter der Bedingung eingeräumt, dass weder Nachkommen, noch ein eingetragener Partner oder Ehegatte vorhanden waren.

Als Anwendungsfall kommen hier wohl nur abweichende Verfügungen durch den Erblasser in Betracht. Der Entfall des Pflichtteils der Eltern wird nun ausdrücklich begrüßt, soweit der Lebensgefährte des Erblassers als Erbe eingesetzt wurde (insbesondere da ein Pflichtteil der Eltern in diesem Fall durch Heirat oder Eintragung ohnehin ausgeschlossen hätte werden können). Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in welchen der fehlende Pflichtteil für die Eltern unerwartet sein wird. Man denke etwa daran, dass das gesamte „Startkapital“, oder eine vorweggenommene Erbschaft (etwa eine Eigentumswohnung), welche die Eltern dem Kind bereits zu Lebzeiten zugewendet haben, aufgrund einer letztwilligen Verfügung zur Gänze aus dem Familienbesitz ausscheidet.

Ob die gänzliche Streichung den gesellschaftlichen Wertvorstellungen entspricht kann nicht beantwortet werden. Sollte jedoch eine Wiederaufnahme des Pflichtteilsrechts der Eltern erfolgen, wäre dieses unbedingt dahingehend einzuschränken, dass kein Pflichtteil gebührt, wenn/soweit der Lebensgefährte letztwillig als Erbe eingesetzt wurde.

1.10. Ermittlung des hypothetischen Pflichtteils in Verbindung mit Herausgabepflicht und Pflichtteilsverzicht (§ 791 (3) ABGB)

Nach § 791 (3) ABGB haftet auch eine pflichtteilsberechtigte Person, die auf ihren Pflichtteil verzichtet hat, nur bis zur Höhe des ihr hypothetisch (also mangels Verzichts) zukommenden Pflichtteils. Die Berechnung des hypothetischen Pflichtteils hat auf den Zeitpunkt des Verzichts abzustellen (Abs. 3 Satz 2 leg cit). Diese Regelung erscheint durchaus sachgerecht. Es stellt sich uns jedoch die Frage, weshalb der so ermittelte „hypothetische Pflichtteil“ nicht um den Verbraucherpreisindex (VPI) aufgewertet wird. Dies erscheint umso mehr geboten, als § 788 ABGB die VPI-Aufwertung für Schenkungen (und damit auch für die im Austausch für den Verzicht erhaltene Schenkung) ausdrücklich anordnet.

1.11. Erl zu § 768 ABGB – Anordnung einer Sicherheitsleistung

Die Erl zu § 768 ABGB (S. 26) sprechen im ersten Satz davon, dass das Gericht nur im Falle einer letztwilligen oder gerichtlichen Stundung des Pflichtteilanspruches eine Sicherheitsleistung vorsehen kann. Dies entspricht weder dem Wortlaut, noch dem Zweck des Gesetzes. Auch im Rahmen der ex lege eintretenden einjährigen Stundung gem. § 765 (3) ABGB (die Erl sprechen auf S. 24 im 4. Absatz zu § 765 leg cit ausdrücklich davon, dass es sich auch hierbei um eine Stundung handelt) kann es notwendig sein, den Pflichtteilsberechtigten entsprechend abzusichern. Insofern ersucht die BAK die Erl entsprechend zu korrigieren.

**I.12. *Zur Aufnahme von Versicherungsleistungen in den Nachlass
(im aktuellen Entwurf nicht enthalten)***

Im letzten Entwurf des BMJ fand sich in § 532 ABGB eine Bestimmung, wonach Ansprüche aus Versicherungsleistungen mit der Höhe der vom Erblasser zu Lebzeiten geleisteten Prämien in den Nachlass eingerechnet werden sollten. Dies war lt. Erl als Korrektiv zur aktuellen Rechtsprechung gedacht, wonach Versicherungssummen z.Z. nicht in den Nachlass eingerechnet werden, wenn eine be zugsberechtigte Person vom Erblasser bezeichnet wurde (direkter Anspruch gegen die Versicherung).

Auch wenn unklar erschien, weshalb die Höhe der Prämien und nicht der Wert der Versicherung zum Todeszeitpunkt in den Nachlass eingerechnet werden sollte, ist doch eine gänzliche Streichung der ursprünglichen Bestimmung ebenfalls nicht nachvollziehbar.

Sonstige Punkte

Nachfolgend erlaubt sich die BAK noch ergänzende Anmerkungen bzw. Antworten auf die ausdrücklichen Fragen des BMJ in den Erl zu übermitteln:

**I.13. *Vermächtnis des Unterhalts und der Kost
(§ 673 ABGB)***

Die Formulierung „angestrebten Lebensverhältnisse“ erscheint unseres Erachtens zu unbestimmt. Luxuriöse Lebensverhältnisse werden mitunter auch (oder gerade) von Leuten angestrebt, deren bisherige Lebensumstände dies nicht ermöglicht haben. Eine gewisse Annäherung an die ursprüngliche Formulierung („w zu er [...] vorbereitet worden ist“), deren Inhalt nach den Erl schließlich nicht geändert werden soll, wäre hier sinnvoll.

**I.14. *Außerordentliches Erbrecht von Lebensgefährten
(§ 748)***

Die Aussage in den Erläuterungen, dass davon auszugehen sei, dass ein Erblasser dem Lebensgefährten, den er nicht letztwillig bedacht hat, in der Regel auch nichts aus seinem Nachlass zukommen lassen wollte, trifft - gerade im Falle eines plötzlichen Ablebens - nicht zu und ist überdies juristisch irrelevant. Dieser Satz sollte daher ersatzlos gestrichen werden.

**I.15. *Stillschweigende Pflichtteilsminderung
(§766 (3) ABGB)***

Die Bestimmungen über die stillschweigende Pflichtteilsminderung erscheinen relativ unbestimmt und werden wohl in der Praxis zu zahlreichen Auslegungsfragen führen.

**I.16. Widerruf der Enterbung durch Testierunfähige
(§ 773 Abs. 2 ABGB)**

Nach § 773 (2) ABGB wird eine ursprünglich (rechtskräftig) vorgesehene Enterbung unwirksam, wenn sich aus dem „natürlichen Willen“ des nunmehr testierunfähigen Erblassers zweifelsfrei eine Verzeihung ergibt (etwa aufgrund einer Nahebeziehung zwischen Pflegling und Pfleger). Die Intention dieser Regelung ist aus Sicht der BAK durchaus begrüßenswert. In Anbetracht der Aufhebung des § 568 ABGB (Formerfordernisse für besuchswertete Erblasser) und der Tatsache, dass die Testierunfähigkeit voraussetzt, dass der Erblasser die Folgen einer letztwilligen Verfügung nicht verstehen und nicht danach handeln kann (vgl. § 566 ABGB), erscheint es doch fraglich, ob § 773 (3) ABGB nicht in der Praxis massive Beweisprobleme und aufwendige Verfahren zur Folge haben wird. Die Handlungen und Äußerungen einer (gänzlich) testierunfähigen Person werden in der Regel nur sehr schwer zu deuten sein.

**I.17. Zinsregelung für den Pflichtteilsanspruch
(§ 778 ABGB)**

Es erscheint unklar, weshalb in § 778 (2) ABGB vorgesehen ist, dass die gesetzlichen Zinsen nur bis zur Erfüllung des „Geldpflichtteilsanspruchs“ zustehen sollen. Dies hätte – soweit ersichtlich – expressis verbis zur Folge, dass Geldpflichtteilsansprüche besser gestellt wären, als etwa Pflichtteilsdeckungen durch Zuwendungen gem. §§ 761 (1) in Verbindung mit 780f ABGB.

Überdies wirft dies die Frage auf, ob dann im Fall der Pflichtteilsdeckung gem. § 765 (2) ABGB (sukzessive Pflichtteilsdeckung über maximal 5 Jahre mit allenfalls anschließendem Ergänzungsanspruch) die sukzessive Zuwendung tatsächlich zinsfrei, der Ergänzungsanspruch hingegen zu verzinsen ist. Unseres Erachtens wäre hier jedenfalls eine einheitliche Regelung bzw. Klarstellung sinnvoll.

**I.18. Vorschläge des BMJ zu weiteren Ausnahmen von der Haftung für erhaltene Schenkungen
(Erl zu § 791 ABGB)**

Die Haftungsbefreiungen im Sinne der vorgeschlagenen Z 1 (Widerruf einer Schenkung nur aufgrund der für den Schenkungswiderruf unter Lebenden vorgesehenen Gründe [§ 948]), Z 2 (Haftungsbefreiung des verstorbenen Pflichtteilsberechtigten auch für dessen Rechtsnachfolger) und Z 4 (Haftungsbeschränkung auch für Personen, die zwar im Zeitpunkt der Schenkung, nicht jedoch im Zeitpunkt des Todes pflichtteilsberechtigt sind) erscheinen nachvollziehbar. Dagegen erscheint die Z 3 (Haftungsbefreiung auch für Nachkommen des Pflichtteilsberechtigten [da dieser noch lebt, steht ihnen kein eigener Pflichtteil zu]) weniger zielführend, da so der Pflichtteil potentiell doppelt wirkt.

**I.19. Vereinheitlichung der Verjährungsfristen
(§ 1487 f ABGB)**

Den Erl (S. 39) zufolge, sollen die Verjährungsfristen vereinheitlicht werden. Dazu sollten sämtliche Verjährungsfristen von erbrechtlichen Ansprüchen im neu geschaffenen § 1487a ABGB aufgenommen und dort einheitlich geregelt werden. Es findet sich jedoch weiterhin ein Anspruch in § 1487 ABGB, samt davon abweichender Regelung, ohne dass dafür eine Erklärung in den Erl ersichtlich ist (nämlich

das Recht, den Beschenkten wegen Verkürzung des Pflichtteils in Anspruch zu nehmen; dessen Frist beginnt „– unabhängig von der Kenntnis des Berechtigten – mit dem Tode des Schenkers, bei testamentarischer Erbfolge ab Testamentskundmachung“ zu laufen [vgl. *M. Bydlinski* in Rummel³, § 1487 [4], Stand 2002]).

1.20. § 174a AußStrG

Die BAK tritt dafür ein, dass § 174a Abs. 2 AußStrG dahingehend ergänzt wird, dass die Einholung von Unterlagen über den Bezug des Pflegegeldes beim zuständigen Sozialversicherungsträger entfallen kann, wenn die Person, welche den Abgeltungsanspruch im Verlassenschaftsverfahren geltend macht, den Bescheid, auf dessen Grundlage das Pflegegeld gewährt wurde, zusammen mit den anderen Unterlagen vorlegt, die für die Feststellung des Ausmaßes erforderlich sind (z.B. Rechnungen von Pflegediensten etc.).

1.21. Redaktionsversehen

- In § 781 (2) Z 4 muss es „nicht“ anstatt „nivht“ heißen.
- In den Erl zu § 145a AußStrG muss es im 1. Satz wohl „...aus der Praxis – [soll] eine möglichst...“ heißen.
- In den Erl zu § 763 findet sich im 3. Satz (2. Absatz) ein Hinweis auf „Abs. 2.“, sowie auf „Zuwendungen im Sinne des Abs. 1“. Tatsächlich enthält § 763 weder einen Abs. 1, noch einen Abs. 2.
- In den Erl zu § 775 stellt der letzte Satz im 1. Absatz der Erl auf § 755 Abs. 3 ab. § 755 hat jedoch keinen Abs. 3.



Rudi Kaske
Präsident



Hans Trenner
iV des Direktors