

**Universität Innsbruck**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Ass.-Prof. Dr. Gregor Christandl, LL.M. (Yale)

Ass.-Prof. Dr. Kristin Nemeth, LL.M. (EHI)



An das  
 Bundesministerium für Justiz  
 Museumstraße 7  
 1070 Wien

Innsbruck, 04. Mai 2015

## **Stellungnahme Begutachtungsverfahren ErbRÄG 2015**

Vorauszuschicken ist, dass der vorliegende Entwurf insgesamt sehr begrüßenswert ist. Als besonders positiv hervorzuheben sind dabei die bessere Übersichtlichkeit der erbrechtlichen Bestimmungen etwa durch das Einfügen von Zwischenüberschriften, das Durchführen längst nötiger Modernisierungen und Anpassungen sowohl sprachlicher (siehe etwa Legate oder Pflichtteilsrecht; Anfechtung statt Ungültigkeit) als auch rechtlicher Natur (etwa Entfall des Pflichtteilsrechts der Eltern, Modernisierung der Regelung der Schenkung auf den Todesfall; Rechtsnachfolge auch bei Übernahme von Verlassenschaftsvermögen) sowie die legistische Nachvollziehung von durch Lehre und Rsp erfolgten Präzisierungen.

Im Folgenden erlauben wir uns ohne Anspruch auf Vollständigkeit auf einige uE problematische Punkte hinzuweisen.

### **I. Erbunwürdigkeit (§ 539 ff Entwurf)**

Das Bekenntnis des Gesetzgebers dazu, dem Erblasserwillen möglichst den Vorzug einzuräumen und nicht paternalistisch vorzuschreiben, dass in bestimmten Fällen außer bei Verzeihung generell nicht geerbt werden kann, ist grundsätzlich zu begrüßen.

Ein solcher Automatismus ist nach dem Entwurf nur in Gang gesetzt, wenn gemäß § 539 Entwurf gegen den Erblasser oder den Nachlass eine gerichtlich strafbare Handlung, die nur mit Vorsatz begangen werden kann und die mit Freiheitsstrafe von über einem Jahr bedroht ist, begangen wird, oder wenn gem § 540 Entwurf der letzte Wille absichtlich vereitelt wird, oder ein Versuch dazu vorliegt.

Beide „absoluten“ Erbunwürdigkeitsgründe sind einem Verzeihen durch den Erblasser zugänglich. Es wäre wünschenswert, wenn die Gelegenheit genutzt würde, um den Begriff des

„Verzeihens“ zumindest in den Erläuterungen näher zu definieren, als einfach darauf hinzuweisen, dass sich ein solches „aus dem Umständen ergeben“ müsse. Weitere umstrittene Fragen zum Verzeihen sollten ebenfalls geklärt werden (zB Rechtsnatur, Widerruflichkeit).

Weitere drei in § 541 Entwurf definierte Erbunwürdigkeitsgründe decken sich mit den Enterbungsgründen des § 770 Z 2, 4 und 5 Entwurf, wobei es uE wünschenswert wäre, § 541 Z 3 und § 779 Z 5 mit demselben Anwendungsbereich auszustatten. Im ersten Fall ist eine „besonders gröbliche Benachteiligung“ und im zweiten Fall nur eine „gröbliche Benachteiligung“ verlangt. In den Erläuterungen wird diese Unterscheidung damit gerechtfertigt, dass nur besonders schwere Verstöße zur Erbunwürdigkeit führen sollen. Fraglich ist aber, worin der Unterschied zwischen gröblich und besonders gröblich tatsächlich bestehen soll und wie dies in der Praxis handzuhaben ist.

Weiters sind die zusätzlich für das Vorliegen der Erbunwürdigkeit nach § 541 Entwurf geforderten Voraussetzungen, dass der Erblasser aufgrund seiner Testierunfähigkeit oder aus anderen Gründen nicht in der Lage war eine Enterbung auszusprechen und dass sich aus den Umständen kein Verzeihen ergibt, uE nicht miteinander vereinbar, solange man mit der wohl hM davon ausgeht, dass ein Verzeihen eine Willenserklärung darstellt, für die zumindest Testierfähigkeit vorliegen muss.<sup>1</sup> Wer nämlich nicht enterben kann, kann folglich auch nicht verzeihen.

Der Entwurf klärt nicht ausreichend, was neben dem Vorliegen der Testierunfähigkeit als zur Enterbung „nicht in der Lage sein“ angesehen werden kann, weswegen diese Aufgliederung uE entfallen sollte.

*Formulierungsvorschlag:*

§ 541 aE:

.... ist erbunwürdig, wenn der Erblasser nicht in der Lage war, ihn zu enterben.

## II. Definition der Testierfähigkeit (§ 566 Entwurf)

Nach der Rechtsprechung des OGH geht es bei der Beurteilung der Testierfähigkeit stets um die Frage, ob die geistige Beeinträchtigung gerade den Inhalt der letztwilligen Verfügung beeinflusst hat und damit stets um eine Beurteilung unter Berücksichtigung des konkreten Testaments. Vgl. OGH 7.6.2005, 5 Ob 113/05m: „Damit liegen exakt jene Voraussetzungen vor, deren Nachweis die höchstgerichtliche Rechtsprechung bei geistigen Erkrankungen für die fehlende Testierfähigkeit fordert, nämlich dass die geistige Beeinträchtigung den Inhalt der letztwilligen Erklärung beeinflusst und für die Willensbildung bei der Testamentserrichtung von wesentlicher Bedeutung war (SZ 63/116 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; RIS-Justiz RS0012424).“ Dies entspricht im Übrigen auch dem Verständnis der Geschäftsfähigkeit, die ebenfalls relativ zur jeweiligen Handlung zu beurteilen ist: Bei geringeren geistigen Beeinträchtigungen ist stets zu fragen, „ob für das konkrete Geschäft ausreichende

<sup>1</sup> Kralik, Erbrecht (1983) 37f; Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht (2007) 292; Welser in Rummel/Lukas<sup>4</sup> (2014) § 540 Rz 3 spricht von Willensmitteilung.

Einsichtsfähigkeit vorhanden war.<sup>2</sup> In diesem Sinne gehen auch *Kralik* und *Welser* von einem relativen Verständnis der Testierfähigkeit aus.<sup>3</sup> Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass ein anderes als ein relatives Verständnis der Testierfähigkeit nicht möglich ist, da es keinen Maßstab für die Testierfähigkeit in Bezug auf „ein Testament“ geben kann. Selbst die deutsche Rechtsprechung, die offen ein relatives Verständnis der Testierfähigkeit aus Gründen der Rechtssicherheit ablehnt, beurteilt die Testierfähigkeit im Konkreten immer anhand des errichteten Testaments.<sup>4</sup>

Die Definition der Testierfähigkeit in § 566 Entwurf sollte daher einen klaren Bezug auf das (konkrete) Testament des Erblassers enthalten. Dies auch um einen Auslegungsstreit zu vermeiden, wie er in Bezug auf § 2229 Abs 3 BGB im deutschen Recht hinsichtlich der Anerkennung der relativen Testierfähigkeit entstanden ist.

*Formulierungsvorschlag:*

**§ 566**

Testierfähig ist, wer die Bedeutung und Folgen seiner letztwilligen Verfügung verstehen und sich entsprechend verhalten kann.

### III. Entfall des § 568 ABGB

#### 1. Begründung in den Erläuterungen

In den Erl zum Entwurf des ErbRÄG 2015 wird die Streichung des § 568 damit begründet, dass „im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention und ihres überaus Autonomie freundlichen Ansatzes“ diese in der Praxis „recht undifferenziert angewandte Einschränkung der Handlungsfähigkeit kritisch zu sehen“ sei. Zudem bewirke sie „eine sachlich nicht zu rechtferdigende Schlechterstellung von Menschen, für die ein Sachwalter bestellt ist, im Vergleich zu anderen geistig beeinträchtigten Menschen, für die kein Sachwalter bestellt worden ist“. Daraus solle „diese ‚exklusiv‘ für unter Sachwalterschaft stehende psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen geltende Beschränkung auf bestimmte Testamentsformen“ gestrichen werden.

<sup>2</sup> *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I AT<sup>3</sup> (2005) Rz 2/28. Für ein relatives Verständnis der Geschäftsfähigkeit (als partielle Geschäftsfähigkeit bezeichnet) auch die Rechtsprechung: OGH 29.4.2003, 5 Ob 278/02x: „Geschäftsunfähig im Sinne der genannten Gesetzesstelle sind aber nicht nur jene Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben und somit vollkommen unfähig sind, die Bedeutung rechtsgeschäftlicher Handlungen zu erkennen, sondern auch solche, die aufgrund Geisteskrankheit oder -schwäche unfähig sind, die Tragweite eines bestimmten Geschäftes einzusehen (SZ 63/35; ausführlich JBI 1977, 537; SZ 55/166; NZ 1987, 14 ua; zuletzt 8 Ob 165/00y mwN).“

<sup>3</sup> *Kralik*, Erbrecht (1983) 96; *Welser*, Gegenständlich beschränkte (partielle) Testierunfähigkeit, NZ 1987, 169, Text bei Fn 15. Dagegen meinen *Weiβ/Ferrari*, in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht (2007) 145, es sei fraglich, ob im österreichischen Recht eine relative Testierfähigkeit anerkannt sei, sprechen sich aber nicht gegen ein solches Verständnis aus.

<sup>4</sup> Darauf weist auch *Voit* in *Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag<sup>5</sup> (2006) § 2229 Rn 12 hin. Ebenso *Hagena* in *MünchKomm BGB*<sup>5</sup> (2010) § 2229 Rn 15. Diese Rechtswirklichkeit berücksichtigt *Spickhoff*, Autonomie und Heteronomie im Alter, *AcP* 208 (2008) 345, 383 f für den Bereich der Testierfähigkeit zu wenig.

## 2. Kritische Anmerkungen

### a) Keine „Einschränkung der Handlungsfähigkeit“

Eine „Einschränkung der Handlungsfähigkeit“ des unter Sachwalterschaft stehenden Menschen liegt aufgrund der geltenden Rechtslage mit § 568 ABGB nicht vor. Eine Formvorschrift kann die Handlungsfähigkeit (hier die Testierfähigkeit) im rechtlichen Sinne nicht beschränken, denn die Voraussetzungen der Testierfähigkeit stehen in keinem Zusammenhang mit der vom Gesetzgeber bei bestimmten Personen (Minderjährige, Besachwaltete) vorgesehenen Form. § 568 ABGB stellt vielmehr einen Eingriff in die **Testierfreiheit** dar, weil der minderjährige/besachwaltete Erblasser nicht dieselbe Formwahlfreiheit genießt wie alle übrigen Erblasser. Eine solche Ungleichbehandlung bei der Ausübung der Testierfreiheit bedarf freilich einer sachlichen Rechtfertigung.

### b) UN-Behindertenrechtekonvention

Gemäß Art 12 Abs 4 BRK haben die Vertragsstaaten dafür zu sorgen, dass in Bezug auf Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit „geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern“. Damit muss gewährleistet werden, „dass bei den Maßnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt.“. Die Maßnahmen müssen auch „verhältnismäßig und auf die Umstände der Person zugeschnitten“ sein. Sie müssen „von möglichst kurzer Dauer“ und „einer regelmäßigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen“. Jedenfalls müssen die Maßnahmen verhältnismäßig sein.

Die Feststellung, es handle sich um eine konventionswidrige Bestimmung<sup>5</sup>, entspringt einem unzutreffenden Verständnis der Formwahlbeschränkung in § 568 ABGB. Form beschränkt die Freiheit des Betroffenen nur dann, wenn sie nicht dem Interesse des Betroffenen selbst, sondern dem Interesse Dritter dient.<sup>6</sup> Wenn dagegen durch die Formvorschrift sichergestellt werden soll, dass der Erblasser überhaupt selbstbestimmt testieren kann und vor Fremdbestimmung geschützt wird,<sup>7</sup> dann fördert die Formvorschrift die Privatautonomie des Erblas-

<sup>5</sup> So indes Ganner, Gutachten der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck über die aus der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung erwachsenden Verpflichtungen für Österreich, Rn 419, mit der Begründung hier werde „konstitutiv die Handlungsfähigkeit eingeschränkt“ und die Beurteilung der Voraussetzungen „können fehlerhaft sein“ bzw könnten diese später wegfallen, sodass die betroffene Person diskriminiert werde. Dagegen erkennt der Autor jedoch an, dass es sich bei der Formwahlbeschränkung für Heimbewohner im Falle einer Begünstigung von Heimbediensteten und Heimträgern um eine Sicherungsmaßnahme gemäß Art 12 Abs 4 BRK handle und diese insofern auch verhältnismäßig sei (vgl 163) und folgt in diesem Punkt Christandl, Der Schutz pflegebedürftiger Erblasser vor Fremdbestimmung – eine kritische Bestandsaufnahme, JBI 2013, 681, 694 ff. Er plädiert ebenfalls für eine einheitliche Regelung auf der Grundlage des ABGB in Bezug auf Pflegebedürftige und Heimbewohner.

<sup>6</sup> Auf diesen Zusammenhang hat zuletzt Röthel, Form und Privatautonomie: Blicke auf das eigenhändige Testament, in Schmoekel (Hg) Das holographische Testament (2015) 33-59, 57 hingewiesen.

<sup>7</sup> In Bezug auf die Formwahlbeschränkungen beim Minderjährigentestament war man sich dieses Schutzzwecks der Form von Beginn an bewusst: „Es sei auch bedenklich Minderjährigen vor zurückgelegtem zwanzigsten Jahre, weil sie so sehr fremdem Einflusse unterworfen sind, das Recht zu testieren unbedingt einzuräumen.“ Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs I (1889) 340. Dazu Barta, Die Testierform des nach § 1(2) EntmO. beschränkt Entmündigten, JBI 1969, 325. Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie, Band 2/2 (1812) 441: „Der aufkeimende Jüngling ist geneigt, seine Gespielen, und jene, die seine Begierden unterstützen, oder die Schwächen seines Herzens zu benützen wissen, Würdigeren, mit denen ihn die Bände der Natur und der Dankbarkeit ver-

sers und ist folglich als eine gemäß Art 12 Abs 4 BRK erforderliche und angemessene Maßnahme anzusehen. § 568 ABGB ist im Übrigen seit der Novelle 2004 flexibel ausgestaltet, sodass die Formwahlbeschränkung nicht generell eingreift, sondern nur dann, wenn dem Gericht diese Maßnahme als für den Einzelfall gerechtfertigt erscheint. Eine jederzeitige Überprüfungsmöglichkeit der Erforderlichkeit der Formwahlbeschränkung zum Schutz vor Fremdbestimmung und zur Sicherstellung der selbstbestimmten Willensäußerung durch das Gericht ist ebenfalls gegeben (§ 278 ABGB).

Damit bestehen unter dem Gesichtspunkt der Konventionskonformität keine Bedenken gegen **§ 568 ABGB** igF<sup>8</sup> und **sollte** diese Bestimmung **beibehalten werden**.

*c) Kritik am Vorschlag der Notariatskammer*

Eine wie von der Notariatskammer vorgeschlagene Ergänzung des § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG zur Änderung der gängigen gerichtlichen Praxis bei der Anwendung des § 568 ABGB erscheint nicht erforderlich.

Es entspricht dem Geist des Sachwalterrechts, dass Beschränkungen der Privatautonomie (Beschränkung der Formwahlfreiheit) nur dann vorgenommen werden sollen, wenn sie auch für das Wohl des unter Sachwalterschaft stehenden Menschen erforderlich sind.<sup>9</sup> Daraus folgt, dass eine Formwahlbeschränkung gemäß § 568 ABGB nur dann anzuordnen ist, wenn diese zum Schutz des Besachwalteten erforderlich ist. Wann sie erforderlich ist, soll nicht der Entscheidung eines Sachverständigen überlassen werden, sondern jedenfalls eine Entscheidung des Gerichts sein. Im Besonderen ist darauf hinzuweisen, dass nicht nur jene Personen schutzbedürftig sind, die unter „krankhafter Suggestibilität“ leiden, was immer dies bedeuten mag. Solche (auch bloß beispielhaften) Anspielungen auf Willensschwäche lassen verken-nen, dass der Grund für den nach § 568 ABGB vorgesehenen Schutz nicht so sehr in der psychischen Situation (Willensschwäche) des Besachwalteten liegt, sondern vielmehr in Abhängigkeitssituationen begründet ist, die aufgrund des körperlichen und geistigen Zustands des Besachwalteten zwangsläufig entstehen.

Im Ergebnis ist es daher nicht konventionswidrig, wenn für Besachwaltete in der Praxis diese Formwahlbeschränkung für Testamente häufig vorgesehen wird, denn damit wird sichergestellt, dass Abhängigkeitslagen, denen ein Besachwalteter aufgrund seiner körperlich-geistigen Verfassung unvermeidlich ausgesetzt ist, von Dritten nicht allzu leicht ausgenützt werden können. Die strengere Form stärkt die Privatautonomie des unter Sachwalterschaft stehenden Menschen. Dem Gericht obliegt es dennoch in jedem Einzelfall die Erforderlichkeit dieser Beschränkung zu überprüfen.

Um dies auch im Gesetz noch deutlicher zu machen, würde es genügen § 123 Abs 1 Z 5 AußStrG wie folgt abzuändern:

---

binden, vorzuziehen, und eine Anordnung über seine Verlassenschaft zu treffen, die er mit voller Besonnenheit nicht getroffen haben würde.“

<sup>8</sup> So bereits *Christandl*, Der Schutz pflegebedürftiger Erblasser vor Fremdbestimmung – eine kritische Be-standsaunahme, JBI 2013, 681, 694 ff. Zuletzt sehr instruktiv und ausführlich *Gruber/Palma*, Reform des § 568 ABGB? NZ 2015, 81, 92 f. Dem folgend die Stellungnahme der Österreichischen Notariatskammer zum ErbRÄG-Entwurf 2015, 4.

<sup>9</sup> *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts (2010) 83: „Ziel des Sachwalterrechts ist die Förderung und Sicherstellung des Wohls der behinderten Person.“

*Formulierungsvorschlag:*

„§ 123 (1) [...] 5. falls erforderlich, den Hinweis auf die besondere Formvorschrift für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 568 ABGB)“

#### IV. Schutz des Erblassers in Heim- und Pflegesituationen

Das Heimrecht der Bundesländer enthält in disperater und unkoordinierter Weise Vorschriften über Begünstigungsverbote zugunsten des Heimpersonals bzw der Heimträger, wobei je nach Bundesland unterschiedliche Ausnahmen gelten. Einzelne Bundesländer, wie etwa Wien, Tirol und Vorarlberg, sehen eine Ausnahme von diesem Begünstigungsverbot vor, wenn die entsprechende Verfügung notariell beurkundet wurde.<sup>10</sup> In Bezug auf häusliches Pflegepersonal existiert eine Verordnung des Bundesministers für Arbeit (BGBI II 278/2007) über Standes- und Ausübungsregeln für Leistungen der Personenbetreuung, die ein Verbot der Vermögensannahme vom Gepflegten ausspricht. Es ist ihnen gemäß § 1 Abs 1 untersagt Leistungen ohne gleichwertige Gegenleistung von der betreuten Person anzunehmen. Daraunter fallen somit Schenkungen, jedoch auch sonstige erbrechtliche Zuwendungen, die in Folge eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot (§ 879 Abs 1 ABGB) unwirksam sind.

Für eine ausführliche Kritik an dieser zersplitterten, unkoordinierten und lückenhaften Rechtslage muss auf bereits Veröffentlichtes verwiesen werden.<sup>11</sup> Hier ist lediglich darauf aufmerksam zu machen, dass der Gesetzgeber diesen wichtigen Bereich der Begünstigungen in Heim- und Pflegesituationen aus den Überlegungen für eine Reform des Erbrechts nicht ausklammern sollte. Es handelt sich um hochaktuelle Problembereiche, in denen die Selbstbestimmungsmöglichkeit der Betroffenen aufgrund ihrer Abhängigkeitslage im Heim oder in der Pflege stark beeinträchtigt sein kann. Schutz durch Form wie bei der Person unter Sachwalterschaft gemäß § 568 ABGB wäre auch in diesen Situationen die richtige Antwort.<sup>12</sup> Allerdings müsste die Bestimmung so ausgestaltet sein, dass die verschärzte Formpflicht nur dann durchgreift, wenn Personen begünstigt werden (Heimbedienstete, Heimleiter, Heimträger, häusliche Pfleger), hinsichtlich derer der Erblasser sich in einer Abhängigkeitslage befindet.

Dabei besteht die Möglichkeit, die verschärzte Formpflicht als Vermutungsregel auszustalten, wonach bei Errichtung der Verfügung mit offenem notariellem oder gerichtlichen Testament die Vermutung gälte, dass der Erblasser selbstbestimmt („frei und überlegt“) testiert hat. Bei Nichteinhaltung dieser Form (etwa bei Errichtung eines fremdhändigen Testaments oder eines eigenhändigen Testaments) entfiele diese Vermutung und es müsste daher von den begünstigten Pflegern, Heimbediensteten, Heimträgern der positive Beweis erbracht werden, dass „die Erklärung des letzten Willens frei und mit Überlegung“ geschehen ist. Dies gelänge etwa dann, wenn bewiesen werden kann, dass die Begünstigten von der Verfügung

<sup>10</sup> Für eine detaillierte Darstellung der Rechtslage in den einzelnen Bundesländern vgl *Christandl, Der Schutz pflegebedürftiger Erblasser vor Fremdbestimmung – eine kritische Bestandsaufnahme*, JBI 2013, 681, 686 ff.

<sup>11</sup> *Christandl, Der Schutz pflegebedürftiger Erblasser vor Fremdbestimmung – eine kritische Bestandsaufnahme*, JBI 2013, 681, 694 ff.

<sup>12</sup> So auch *Ganner, Gutachten der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck über die aus der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderung erwachsenden Verpflichtungen für Österreich*, Rn 439.

keine Kenntnis hatten oder haben konnten. Es gelänge auch dann, wenn aus den Umständen des Einzelfalls eindeutig hervorgeht, dass der Erblasser diese Personen, zu denen er in einem Abhängigkeitsverhältnis stand, begünstigen wollte. Abhängigkeitslagen entstehen auch und in besonderem Maß in familiären Situationen, weshalb Ausnahmen für verwandte häusliche Pfleger nicht sachgemäß wären.

Dem Schutzbedürfnis von Heimbewohnern und Gepflegten wird die geltende zersplitterte und zum Teil unsachgemäße Regelung der Bundesländer nicht gerecht. Es ist nicht Sache und liegt nicht in der Kompetenz der Länder Formerschwerungen für die Gültigkeit von letztwilligen Verfügungen vorzusehen (etwa Tirol, Wien), zumal diese rein zivilrechtliche Vorschriften darstellen. Eine Regelung dieser Fragen im ABGB ist daher erforderlich. Diese Erbrechtsreform bietet eine einmalige Gelegenheit, dieses Problemfeld für das Bundesgebiet einheitlich zu regeln. Der Gesetzgeber sollte diese Gelegenheit nicht ungenutzt verstreichen lassen und einen **§ 568 Abs 2 ABGB einfügen**.

*Formulierungsvorschlag:*

§ 568

(1) [...]

(2) Eine Person, die in einem Heim untergebracht ist oder häusliche Pflege in Anspruch nimmt, kann Verfügungen zu Gunsten der Pflegeeinrichtung oder der pflegenden Personen nur mündlich vor Gericht oder Notar errichten. Das Gericht oder der Notar hat sich davon zu überzeugen, dass die Erklärung des letzten Willens frei und überlegt erfolgt. Die Erklärung des letzten Willens und das Ergebnis der Erhebungen sind in einem Protokoll festzuhalten. Bei Nichtbeachtung dieser Formvorschrift gilt die widerlegliche Vermutung, dass die Erklärung nicht frei und überlegt erfolgt ist.

## V. Motivirrtum (§ 572 Entwurf)

Die Formulierung des § 572 Entwurf führt zu einer zweifachen Erweiterung des Anfechtungsgrundes wegen Motivirrtums im Vergleich zum geltenden Recht. Zunächst wird die ausgeschließliche Kausalität des irrgen Beweggrundes als Anfechtungsvoraussetzung aufgegeben. Im Ergebnis führt dies dazu, dass auch nur der Irrtum über einen von mehreren Beweggründen genügt, um die Ungültigkeit des Testaments herbeizuführen. Zweitens wird die Erweiterung dieses Anfechtungsgrundes noch wesentlich dadurch verstärkt, dass der Beweggrund nicht mehr im Testament genannt sein muss.

Beide Änderungen sind unbedingt zu überdenken.

Die bisherige Lehre, wonach sich die Meinung herausgebildet hat, es sollten auch einfache Kausalität und ein nicht im Testament ausdrücklich erwähnter Grund genügen, hat sich in Bezug auf das Problem der Fortgeltung von testamentarischen Verfügungen zugunsten des Ehegatten nach erfolgter Scheidung entwickelt. Der Bedarf für eine solche Erweiterung der Anfechtung wegen Motivirrtums in diesen Fällen besteht nach dem Entwurf allerdings nicht

mehr, weil hiergegen in § 726 Entwurf ausreichend Vorsorge getroffen wird. Begrüßenswert ist, dass § 726 als widerlegliche Vermutung ausgestaltet ist.

Gegen die Streichung des Erfordernisses der Nennung des Motivs im Testament sprechen zumindest zwei Gründe:

1. Die Erweiterung des Anfechtungsgrundes widerspricht dem der Testierfreiheit zugrunde liegenden Grundsatz, dass eine Gewissenserforschung oder eine Kontrolle der Beweggründe des Erblassers nicht stattfindet (*stat pro ratione voluntas*). Der Erblasser ist frei, nach eigenem Willen und Gutdünken eine Verfügung zu treffen. Eine Erforschung der Beweggründe im Nachhinein erweist sich nicht nur als unmöglich (siehe 2.), sondern widerspricht auch dem Grundsatz der Privatautonomie im Erbrecht. Der Erblasser muss niemandem gegenüber Rechenschaft ablegen, wieso er in einer bestimmten Weise verfügt hat. Es muss daher unterbleiben, ihm nach seinem Tod irgendwelche Beweggründe zu unterstellen, wenn er diese nicht zumindest ansatzweise im Testament erwähnt hat.
2. Im Testament nicht erwähnte Beweggründe sind nicht beweisbar, denn bei Motiven handelt es sich um innere Vorgänge des Erblassers, die nicht nach außen treten müssen. Selbst wenn ein Erblasser in Gesprächen mit dem Begünstigten oder Dritten immer wieder einen (irrigen) Beweggrund angegeben hat, bleibt stets unklar, welcher Grund ihn tatsächlich dazu bewogen hat, in einer bestimmten Weise zu verfügen. Wie *Zeiller* bemerkt, könnte „der Erblasser oft, um dem Neide, oder einem hämischen Verdachte der Verwandten zu begegnen, wissentlich einen falschen Beweggrund“<sup>13</sup> nennen. Nach dem Entwurf würden selbst solche beweisbaren beiläufigen Erwähnungen des Erblassers zur Ungültigkeit der Verfügung führen und zwar auch dann, wenn der Erblasser für die Verfügung noch andere Gründe gehabt hat, die nicht auf einem Irrtum basierten. Diese Konsequenz kann nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Dem Grundsatz des *favor testamenti* folgend muss es für die Gültigkeit einer Verfügung genügen, dass zumindest ein Beweggrund des Erblassers nicht auf einem Irrtum beruhte.

## VI. Erbrecht des überlebenden Ehegatten (§§ 744 ff Entwurf)

Bei aller Sympathie für die erneute erbrechtliche Besserstellung des überlebenden Ehegatten durch § 744 Entwurf und die Loslösung vom Verschuldensprinzip in § 746 Entwurf, birgt letztere Bestimmung mehrere Gefahren, die unbedingt zu bedenken sind.

§ 746 Abs 2 Entwurf schließen das gesetzliche Erbrecht und das gesetzliche Vorausvermächtnis dann aus, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes auf Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft geklagt hat und der Klage stattzugeben gewesen wäre.

Dasselbe soll nach dem geplanten Abs 3 im Falle des Todes eines Ehegatten während des Verfahrens über die Scheidung oder Auflösung im Einvernehmen gelten, und zwar begrenzt auf den Zeitraum zwischen dem Ergehen des Scheidungs- oder Auflösungsbeschlusses und dessen Rechtskraft. Im letzten Fall soll eine bereits abgeschlossene Vereinbarung über Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse aufrecht bleiben. Die Formulierung in Abs 3 ist missverständlich, wenn man bedenkt, dass der ein Scheidungs- oder Auflösungsverfahren beendende Beschluss erst bei Vorliegen einer entsprechenden Aufteilungsvereinbarung ergehen kann (§ 55a Abs 2 EheG). Dementsprechend müsste es heißen: „... in die-

---

<sup>13</sup> *Zeiller*, Commentar über das ABGB, Bd 2-II (1812) § 572, 446.

sem Fall bleibt die bereits abgeschlossene Vereinbarung über die Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse aufrecht.“

Vom objektiven Anwendungsbereich des § 746 Abs 3 Entwurf nicht erfasst ist der Tod eines Ehegatten vor ergangenem Scheidungs- oder Auflösungsbeschluss. Nach der vorgeschlagenen Fassung würde sich dann die erbrechtliche Position des überlebenden Ehegatten nicht ändern. Eine eventuell bereits geschlossene Aufteilungsvereinbarung würde ebenso nicht greifen. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Zäsur ist insbesondere im Zusammenhang mit der Regelung von § 746 Abs 2 Entwurf nicht evident.

Im Falle der streitigen Scheidung oder Auflösung führt gem § 746 Abs 2 Entwurf bereits die Einbringung der Klage zum Verlust des gesetzlichen Erbrechts und Vorausvermächtnisses des Beklagten, wenn das Verlassenschaftsgericht zur Ansicht gelangt, dass der Klage stattzugeben gewesen wäre. In einem solchen Fall verliert der überlebende Ehegatte aber sowohl sein Erbrecht als auch seinen Aufteilungsanspruch, weil gem § 460 Z 8 ZPO<sup>14</sup> bei Tod eines Ehegatten das Verfahren nur mehr hinsichtlich der Kosten weitergeführt wird und es aufgrund einer nicht erfolgten Scheidung keinen Aufteilungsanspruch gibt (vgl § 81 EheG). Dieses unbefriedigende Ergebnis, auf das bereits *Holzner* zur alten Rechtslage hingewiesen hat,<sup>15</sup> kann rechtspolitisch nicht gewünscht sein.

Wenn sich der Gesetzgeber schon nicht zu einem dem Erbrecht vorgelagerten Aufteilungsanspruch des Ehegatten durchringen kann, sollte er einen solchen jedenfalls für den Fall des Todes während eines laufenden streitigen oder außerstreitigen Scheidungsverfahrens vorsehen. Es gibt nämlich keinen sachlichen Rechtfertigungsgrund dafür, weshalb die Erben des verstorbenen Ehegatten besser gestellt sein sollen, wenn der Erblasser zufällig nicht erst nach dem abgeschlossenen Scheidungsverfahren, sondern bereits davor verstorben ist.

## VII. Anrechnungsfrist von Schenkungen (§ 752 Entwurf)

Sowohl bei der gesetzlichen als auch der testamentarischen Erbfolge steht es dem Erblasser nach § 752 Entwurf frei, eine Anrechnungspflicht letztwillig anzutreten. Ebenso kann er eine Anrechnung oder den Erlass derselben mit dem Geschenknehmer schriftlich vereinbaren.

Bei der gesetzlichen Erbfolge sind Leistungen gem § 1220 jedenfalls anzurechnen (§ 753 Entwurf), nach der (widerleglichen) Vermutung des § 754 Entwurf sonstige Schenkungen des Erblassers aber nur, wenn sie weniger als zehn Jahre vor dem Erbfall erfolgt sind. Die Beschränkung auf die letzten zehn Jahre vor Ableben des Erblassers ist zu kurz bemessen. Lässt man eine Zweifelsregel wie die geplante zu, ist uE nicht einzusehen, warum der Erblasser nur innerhalb der letzten zehn Jahre vor seinem Tod seine gesetzlichen Erben gleichbehandelt wissen will. Eine solche Auslegung des hypothetischen Erblasserwillens erscheint willkürlich.<sup>16</sup> Gerade wenn man sich die steigende Lebenserwartung vor Augen hält, aufgrund derer die Kinder des Erblassers bei seinem Tod selbst oft schon im Pensionsalter sind,

<sup>14</sup> Stirbt einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Urteils (§ 416 Abs 1), so ist der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen. Er kann nur mehr wegen der Verfahrenskosten fortgesetzt werden. Ein bereits ergangenes Urteil ist wirkungslos.

<sup>15</sup> Vgl *Holzner*, Ehevermögen bei Scheidung und bei Tod (1998).

<sup>16</sup> Vgl aber Erläuterungen 20; die den Eindruck vermitteln, dass der Erblasser über den Zeitpunkt seines Todes im Vorhinein Bescheid weiß und im Vertrauen darauf seinen Willen ändert.

wird klar, dass Schenkungen zumeist zu einem Zeitpunkt erfolgen, in dem Kinder noch nicht über die nötigen Eigenmittel etwa zur Anschaffung einer Immobilie verfügen, also weit mehr als zehn Jahre zwischen Schenkung und dem Erbfall liegen. Es kann dem Erblasser wohl nicht unterstellt werden, dass eine Nichtenrechnung solcher weiter zurückliegenden Schenkungen seinem hypothetischen Willen entspreche.

Dieselbe Argumentation greift bei der Anrechnung im Pflichtteilsrecht. Die Erläuterungen zu § 781 Entwurf sprechen davon, dass es bei lange zurückliegenden Schenkungen, die etwa als Starthilfe gegeben werden, nicht gerechtfertigt sei, „einen gewissen gesetzgeberischen Ausgleich zum Tragen kommen zu lassen“.<sup>17</sup> Es gilt wie gesagt auch hier, dass der Erblasser eine Anrechnung anordnen oder eine solche vereinbart werden kann. Lässt man jedoch in Abwesenheit einer solchen Anordnung oder Vereinbarung einen gesetzlichen Ausgleich zu, ist es nicht einsichtig, dies nicht für auch weiter zurückliegende Zuwendungen gelten zu lassen.

Es wird daher vorgeschlagen, in beiden Bestimmungen eine unbefristete Anrechnung zuzulassen.

### **VIII. Abgeltung von Pflegeleistungen (§ 815 Entwurf)**

Eine Begründung dafür, weshalb die Abgeltung von Pflegeleistungen gem § 815 Entwurf auf den Kreis der gesetzlichen Erben des Erblassers und deren nächste Angehörige sowie den Lebensgefährten des Erblassers eingeschränkt sein soll, fehlt.

Es mag vielleicht den Regelfall darstellen, dass sich die genannten Personen um den Erblasser kümmern. Doch kommt es in der Praxis nicht selten vor, dass – wenn sich nahe Angehörige örtlich weiter weg befinden oder beruflich eingespannt sind – sich andere Personen aus dem Nahebereich des Erblassers, etwa Nachbarn oder Freunde um den Erblasser kümmern. Ebenso ist es denkbar, dass sich der Lebensgefährte eines gesetzlichen Erben, der nicht zum Kreis der nächsten Angehörigen (§ 284c ABGB) zählt, weil zB keine umfassende Lebensgemeinschaft besteht, des Erblassers annimmt.

Es wäre sachgerecht, auch solchen Personen einen Anspruch nach § 815 Entwurf einzuräumen, zumal deren Leistungen unmittelbar dem Erblasser und in der Folge dem Nachlass zugutegekommen sind und die Rechtsnachfolger begünstigen. Ein eventuell vorhandener Bereicherungsanspruch, der nach den Erläuterungen von § 815 unangetastet bleiben soll, kann nicht als gleichwertiger Ausgleich angesehen werden, weil dieser nicht im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens, sondern im Streitweg geltend zu machen ist, und die Schwelle zur Geltendmachung für den Pflegenden somit ungleich höher liegt.

Es muss durch eine Erweiterung des subjektiven Anwendungsbereichs auch nicht befürchtet werden, dass die Abgeltung von Pflegeleistungen zu weit gehen würde. Die Erläuterungen stellen klar, dass nur gelegentliches Betreuen oder Freundschaftsbesuche nicht erfasst sind.

---

<sup>17</sup> Erläuterungen 31.

*Formulierungsvorschlag:*

§ 815

(1) Eine Person, die den Erblasser in den letzten drei Jahren vor seinem Tod über längere Zeit umfassend betreut und gepflegt hat, kann eine angemessene Abgeltung ihrer in diesem Zeitraum erbrachten Dienste verlangen. Dabei ist insbesondere auf die Art, Umfang und Dauer der Leistungen, sowie den Wert des Nachlasses zu achten.

(2) ...

Die Erläuterungen sprechen im Zusammenhang mit § 815 Abs 2 des Entwurfs davon, dass ein vom Erblasser bezogenes Pflegegeld einen Abgeltungsanspruch ausschließen solle. Dies kann nur insoweit gelten, als zumindest Teile des Pflegegelds tatsächlich für die Entlohnung des Pflegenden aufgewendet werden. Erfahrungsgemäß ist die Pflegestufe bei daheim Lebenden geringer als bei im Heim betreuten Personen. Deswegen ist es in solchen Fällen der häuslichen Pflege auch praxisnah, dass ein großer Teil des Pflegegeldes für Sachaufwand verwendet werden muss (Umbau, Heilbehelfe und sonstiges Pflegematerial Versorgung usw) und es trotz Bezugs von Pflegegeld zu unentgeltlichen Pflegeleistungen kommt.

Ein Ausschluss des Anspruchs nach § 815 allein wegen des Bezugs von Pflegegeld, wie aus den Erläuterungen herauszulesen ist, kann deswegen nicht gewollt sein. Wir schlagen daher vor, den entsprechenden Passus aus den Erläuterungen zu streichen.

## IX. Weitere Problemfelder

1. In der Lehre wird das Verhältnis von den nach **§ 810** gesetzlich zu Vertretung und Verwaltung des Nachlasses berufene Erben und dem verwaltenden Testamentsvollstrecker widersprüchlich gesehen. Der Entwurf hat es leider verabsäumt hier Klarheit zu schaffen.

2. Ähnliches gilt für einen Meinungsstreit hinsichtlich des Haftungsfonds bei der Nachlassseparation gem **§ 812**. Der Entwurf schafft hier insofern Klarheit, als er in sprachlich bereinigter Fassung anordnet, dass den Separationsgläubigern nur mehr das separierte Vermögen haftet und dass der Erbe den anderen Gläubigern gegenüber wie ein bedingt antretender Erbe, also mit seinem persönlichen Vermögen bis zur Haftungsgrenze des Werts der Nachlassaktivitäten haftet.

Aufgrund einander widersprechender Lehre und Rsp sollte zumindest in den Erläuterungen klargestellt werden, ob Nachlassgläubiger, die keinen Separationsantrag gestellt haben, von einer Exekution ins separierte Vermögen ausgeschlossen sind oder nicht.

3. So begrüßenswert es ist, dass **§ 748** Entwurf ein Erbrecht des Lebensgefährten vorsieht, so schade ist es, dass dieses nur als „allerletztes“ Mittel vor dem außerordentlichen Erbrecht der Vermächtnisnehmer und der Aneignung durch den Bund ausgestaltet ist, wenn kein gesetzlicher Erbe zum Nachlass kommt. Die in den Erläuterungen zum Ausdruck kommende Wertung, dass der Erblasser einem Lebensgefährten, den er nicht letztwillig bedenkt, auch nichts aus seinem Nachlass zukommen lassen will, widerspricht der Lebenserfahrung. Wenn

das Leitbild der gesetzlichen Erbfolge der mutmaßliche Erblasserwille ist, muss wohl eher davon ausgegangen werden, dass der Erblasser seinen Lebensgefährten gegenüber entfernten Verwandten eher bedenken will, denn schließlich hat er mit diesem in einer zumindest dreijährigen eheähnlichen Gemeinschaft gelebt.

4. § 609 ABGB hat keinen selbständigen Regelungsgehalt sondern ist nur aus der römisch rechtlichen Tradition des österreichischen Rechts heraus zu verstehen. Nach römischem Recht hatte der *pater familias* tatsächlich die Möglichkeit, für seine unmündigen Hauseigenen eine Nacherbschaft dahingehend anzuordnen, dass sie auch das nicht direkt von ihm Vererbte umfasste (Pupillarsubstitution). Dies ist nach geltendem österreichischen Recht schon nach allgemeinen Grundsätzen (§ 564 Entwurf) nicht möglich. Vorgeschlagen wird daher **§ 609 zu streichen.**

5. Hinsichtlich des Nottestaments nach **§ 584** Entwurf wäre eine Klarstellung dahingehend wünschenswert, ob wie von der Lehre vertreten auch eine subjektiv empfundene Gefahrensituation zur Eröffnung des Anwendungsbereichs ausreicht. UE wäre eine dem Wortlaut entsprechende objektive Gefahrenlage zu fordern.

Ass.-Prof. Dr. Gregor Christandl

Ass.-Prof. Dr. Kristin Nemeth

Universität Innsbruck