REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERSTER GERICHTSHOF

1 Präs. 1611-1309/15h

Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs
zum Entwurf eines Bundesgesetzes, 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)

I. Grundsätzliches

Der Entwurf für ein ErbRÄG 2015 hat zwei Zielrichtungen. Zum einen dient er der Neukodifikation des gesamten materiellen Erbrechts. Der teilweise noch aus 1811 stammende Gesetzestext wird an die Gegenwartssprache angepasst, in Teilbereichen – va im Pflichtteilsrecht – erfolgen zudem bedeutende inhaltliche Änderungen. Das erfordert auch Anpassungen in anderen Gesetzen, die jedoch im Wesentlichen terminologischer Natur sind. Zum anderen werden verfahrensrechtliche Regelungen für Sachverhalte mit Auslandsberührung getroffen, die wegen des Inkrafttretens der Europäischen Erbrechtsverordnung (VO [EU] Nr 650/2012, idF EuErbVO) erforderlich sind. Diese Verbindung zweier Materien ist im konkreten Fall problematisch: Die Reform des materiellen Erbrechts bedarf einer eingehenden Diskussion, die mit dem Ablauf der Begutachtungsfrist nicht abgeschlossen sein sollte. Hingegen müssen die verfahrensrechtlichen Anpassungen an die EuErbVO zusammen mit dieser am 17. August 2015 in Kraft treten. Das führt zu einem zeitlichen Druck, der Umfang und Bedeutung der Neukodifikation nicht angemessen ist. Es sollte daher erwogen werden, die zur Anpassungen an die EuErbVO erforderlichen Bestimmungen gesondert zu beschließen und im Übrigen Wissenschaft und Praxis ausreichend Zeit für eine inhaltliche Diskussion über die Neukodifikation des Erbrechts zu geben.

II. Zur Neukodifikation des materiellen Erbrechts im ABGB

1. Allgemeines

Der Entwurf fasst die erbrechtlichen Bestimmungen des ABGB zur Gänze neu. Anzuerkennen ist das Bemühen um eine einfache, auch für Nichtjuristen verständliche Sprache und um eine klare Systematik. Insofern hat der Entwurf ein Niveau, das nach 200 Jahren Sprachentwicklung jenem des – seinerzeit ebenfalls als sehr verständlich angesehenen – Urtexts entspricht. Der Versuch einer Neukodifikation hat aber auch einen Nachteil: Da fast alle Bestimmungen umformuliert und teilweise auch an andere Stellen verschoben werden, ist für den Anwender nicht auf den ersten Blick erkennbar, ob im konkreten Fall auch eine inhaltliche Änderung erfolgen sollte oder nicht. Rechtsprechung und Lehre zum alten Recht werden zwar nicht zur Makulatur, zumindest für eine Übergangszeit wird aber doch beträchtliche Rechtsunsicherheit entstehen. Umso wichtiger sind die Erläuterungen, die jeweils den Bezug zum alten Recht herstellen. In einigen Punkten dürften allerdings unbeabsichtigte Änderungen vorliegen.

2. Zum Achten Hauptstück (§§ 531 – 551)

2.1. In den allgemeinen Bestimmungen über das Erbrecht (§§ 531 – 551) ist vor allem die Neuregelung der Erbfähigkeit bedeutsam. Nach § 538 ist „erbfähig, wer rechtsfähig und erbwürdig ist“. Die Neuregelung hält damit an der Begrifflichkeit des alten Rechts (Erbfähigkeit – Erb[un]würdigkeit) fest, obwohl das wegen des Wegfalls aller die Erbfähigkeit ieS beschränkenden Regelungen (zB in Bezug auf Ordensleute) wohl nicht notwendig gewesen wäre. Dass nur rechtsfähige Gebilde Erbe werden können, müsste wohl nicht ausdrücklich gesagt werden.

Von Bedeutung ist im gegebenen Zusammenhang daher ausschließlich die Erbunwürdigkeit. Dazu wird zunächst aus dem alten Recht die Regelung zur Straftat gegen den Erblasser übernommen (§ 539; § 540 alt), wobei nun auch eine Straftat gegen den Nachlass die Erbunwürdigkeit begründet. Inhaltlich unverändert bleibt der Erbunwürdigkeitsgrund der tatsächlichen oder versuchten Vereitelung des letzten Willens des Erblassers (§ 540, § 542 alt), wobei die Rsp kodifiziert wird, dass nur absichtliches Handeln tatbestandsmäßig ist und Verzeihung den Erbunwürdigkeitsgrund beseitigt. Neu ist demgegenüber die Konzeption des § 541. Einerseits enthält die Bestimmung zwei neue Erbunwürdigkeitsgründe, nämlich strafbare Handlungen gegen nahe Angehörige des Erblassers und das Zufügen „schweren seelischen Leids“, dazu kommt die bisher in § 540 enthaltene Verletzung der Pflichten aus dem Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern, wobei diese nun „besonders“ gröblich sein muss. Andererseits greift dieser Erbunwürdigkeitsgrund aber nur, wenn der Erblasser nicht in der Lage war, die betroffene Person aus diesem Grund zu enterben.

Folgerichtig werden diese Gründe (ebenso wie die strafbare Handlung gegen den Erblasser und die Vereitelung des letzten Willens) nun auch in § 770 (ausdrücklich) als Enterbungsgründe genannt. Allerdings bezieht sich die letztgenannte Bestimmung allgemein auf die „familienrechtlichen Pflichten gegenüber dem Erblasser“ (was auch die in § 541 nicht genannten Pflichten des Ehegatten erfasst), und die Pflichtverletzung muss nicht „besonders“ gröblich sein. Ein nachvollziehbarer Grund für diese Verschiedenbehandlung ist nicht erkennbar. Zudem wird die Rechtslage unnötig komplex: Im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern wäre zwischen einer einfachen (erbrechtlich irrelevanten), einer gröblichen (einen Enterbungsgrund bildenden) und einer besonders gröblichen (Erbunwürdigkeit begründenden) Pflichtverletzung zu unterscheiden. Diese feine Abstufung verursacht Rechtsunsicherheit und provoziert damit Streit.

Die Erbunwürdigkeitsgründe der §§ 539 und 540 können auch durch ein Verhalten nach dem Tod des Erblasser verwirklicht werden. Daher ist § 543 (zumindest) missverständlich, wenn er anordnet, dass die Erbfähigkeit zum Zeitpunkt des Erbanfalls zu bestimmen sei; „dieser Zeitpunkt“ sei, „soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt, der Tod des Erblassers“. Nach dem Wortlaut der Bestimmung bezieht sich die Formulierung „dieser Zeitpunkt“ zudem eindeutig auf den Zeitpunkt des Erbanfalls, was keinesfalls passt. Die Erläuterungen nennen als „andere gesetzliche Bestimmung“ (in der Sache zutreffend) § 540 für den Fall, dass eine letztwillige Anordnung nach dem Tod unterdrückt wird; gleiches wird bei einer strafbaren Handlung gegen den Nachlass gelten. Damit wird aber nicht der Zeitpunkt des Erbanfalls „anders bestimmt“, sondern es wird eine Ausnahme von der Maßgeblichkeit dieses Zeitpunkts angeordnet. Dies sollte auch im Wortlaut von § 543 deutlich gemacht werden.

2.2. Lehrbuchcharakter haben § 546 (Ruhender Nachlass) und § 547 (Gesamtrechtsnachfolge). Die letztgenannte Bestimmung sollte allerdings dahin präzisiert werden, dass der Erbe mit der Einantwortung in die Rechtsposition des ruhenden Nachlasses eintritt; die derzeit vorgeschlagene Formulierung (Eintreten in die Rechtsposition des Erblassers) hätte die – offenkundig nicht gewollte – Konsequenz, dass ein Rechtserwerb oder Rechtsverlust des ruhenden Nachlasses unbeachtlich wäre.

2.3. § 548 Satz 2 ABGB provoziert einen falschen Gegenschluss (Haftung für rechtskräftig verhängte Geldstrafen; vgl aber § 411 StPO und § 14 Abs 2 VStG) und sollte daher entfallen.

3. Zum Neunten Hauptstück (§§ 552 – 603)

3.1. Die Regelung zur Testierfähigkeit bleibt inhaltlich unverändert (§ 567); die Möglichkeit zur Anordnung von Beschränkungen der Testierform für besachwaltete Personen (§ 568 alt) fällt aber

weg. Nach den Erläuterungen ist diese Bestimmung „im Lichte der UN-Behindertenrechtskonvention und ihres überaus Autonomie freundlichen Ansatzes […] kritisch zu sehen"; Besachwaltete würden ohne sachliche Rechtfertigung im Vergleich zu anderen geistig beeinträchtigten Personen, für die kein Sachwalter bestellt worden sei, schlechter gestellt. Mit dieser Begründung ließe sich aber auch § 865 Satz 2 ABGB (Genehmigung von Rechtsgeschäften) in Frage stellen. Ein Unterschied wird zwar darin liegen, dass eine letztwillige Verfügung die Rechtsstellung des Besachwalteten zu dessen Lebzeiten nicht beeinträchtigen kann. Daher ist sein Schutzbedürfnis geringer als beim Abschluss von Rechtsgeschäften unter Lebenden. Dennoch dient § 568 einem legitimen Zweck, nämlich dem Schutz des wahren Willens des Erblassers und der Vermeidung unnötiger Rechtsstreitigkeiten nach dessen Tod. Sollte die Bestimmung entfallen, ist bei realistischer Betrachtung mit einer Zunahme von letztwilligen Verfügungen zugunsten von Sachwaltern oder ihnen nahe stehenden Personen zu rechnen, die nicht immer auf einer „autonomen" Entscheidung des Betroffenen beruhen werden. Die Testierfähigkeit müsste dann gegebenenfalls im Erbrechtsstreit geklärt werden, wobei nach derzeitiger Rechtsprechung – vgl RIS-Justiz RS0123679, RS0116925 – (zumindest) unklar ist, ob insofern auf Gutachten zurückgegriffen werden könnte, die im Sachwalterschaftsverfahren eingeholt wurden.

3.2. In § 572 (Motivirrtum) entfällt das Erfordernis, dass die letztwillige Verfügung „einzig und allein" auf dem irrigen Beweggrund beruht haben muss; nach den Erläuterungen soll in Zukunft die „einfache Kausalität" genügen. Auch damit wird das Streitpotential erhöht. Denn nach bisheriger Rechtslage musste derjenige, der sich auf einen Motivirrtum beruft, beweisen, dass die letztwillige Verfügung *ausschließlich* auf dem irrigen Motiv beruhte, was den Streit abschnitt, wenn der Erblasser erkennbar auch andere Motive hatte (vgl dazu *Stefula/Thunhart*, NZ 2002, 198). In Zukunft genügt der Beweis, dass der Erblasser ohne den konkreten Irrtum nicht oder anders testiert hätte. Daher werden mehrere (mögliche) Motive gegeneinander abzuwägen sein. Es ist fraglich, ob der Nutzen der Neuregelung die dadurch wohl aufwändiger werdenden Verfahren rechtfertigt.

3.3. In § 579 (fremdhändiges Testament) wird das Erfordernis der „nuncupatio" (vgl zuletzt 5 Ob 185/12k) verschärft. Während bisher die gegenüber den Zeugen abgegebene Erklärung ausreichte, dass die Urkunde den letzten Willen enthalte, muss diese Erklärung nun eigenhändig auf die Urkunde gesetzt werden. Das ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen. Bei Personen, die – etwa aufgrund von Gebrechlichkeit – nicht (mehr) schreiben können, genügt demgegenüber nach § 580 Abs 1 die „mündliche" Erklärung, dass die Urkunde ihr letzter Wille sei. Fraglich ist, warum hier auf „Mündlichkeit" abgestellt wird und nicht – wie bisher in § 579 – auf „Ausdrücklichkeit". Damit entfällt die Möglichkeit der Bejahung einer darauf gerichteten Frage

durch allgemein anerkannte Zeichen (zB Kopfnicken, SZ 39/20). Insofern ist die Änderung – entgegen den Erläuterungen – nicht bloß rein sprachlicher Natur.

Problematisch ist das zusätzliche Formerfordernis, dass Vor- und Familiennamen sowie Geburtsdaten der Zeugen „aus der Urkunde hervorgehen müssen“. Nach den Erläuterungen sollen dadurch die Zeugen „identifizierbar“ werden. Der Rsp ist aber nicht zu entnehmen, dass dies bisher ein Problem gewesen wäre. Die Neuregelung führte daher ohne Notwendigkeit zur Gefahr von – zwar den wahren Willen des Erblassers ausdrückenden, aber trotzdem – formunwirksamen Testamenten, und zwar auch dann, wenn die Zeugen im konkreten Fall ohnehin eindeutig identifizierbar wären. Sollte tatsächlich ein praktisches Bedürfnis an einer Regelung des Falls nicht identifizierbarer Zeugen bestehen, würde die Anordnung genügen, dass derjenige, der sich auf ein fremdhändiges Testament beruft, die Identität der Zeugen nachweisen muss.

3.4. § 588 enthält die neu gefasste Bestimmung über die relative Zeugnisunfähigkeit. Insofern bestehen keine Bedenken. Nach § 591 gilt diese Bestimmung jedoch auch für „den bedachten Verfasser einer letztwilligen Verfügung und ihm nahestehende bedachte Personen oder Gesellschaften […] entsprechend“. Das hätte zur Folge, dass der Schreiber der letztwilligen Verfügung und ihm nahe stehende Personen – anders als bisher (SZ 67/8) – auch dann nicht Erbe oder Legatar werden könnten, wenn die Verfügung von drei fähigen Zeugen unterfertigt wurde. Ein Grund für diese scharfe Regelung ist nicht erkennbar. Es dürfte bei im Familienkreis errichteten Testamenten häufig vorkommen, dass (auch) der Schreiber oder eine ihm nahestehende Person bedacht wird. Wenn ohnehin drei fähige Zeugen vorhanden sind, ist fraglich, weshalb das bloße Schreiben des Testaments zum Ausschluss führen sollte. Zudem hätte die Regelung hohes Konfliktpotential, weil die Person des Schreibers zumal bei nicht handgeschriebenen Testamenten durchaus strittig sein kann. Die Bestimmung sollte daher entfallen.

4. Zum Zehnten Hauptstück (§§ 604 – 617)

4.1. Praktisch bedeutsam sind in diesem Hauptstück vor allem die Bestimmungen über die Nacherbschaft (§§ 608 ff). Hier bleibt es bei der Differenzierung zwischen Zeitgenossen und Nichtzeitgenossen, wobei nun ausdrücklich angeordnet wird, dass nur natürliche, nicht aber juristische Personen „Zeitgenossen“ sein können (§ 611). Das entspricht Ausführungen in einer alten Entscheidung des OGH (1 Ob 849/33, SZ 15/202), die allerdings die Einsetzung einer erst mit dem Testament errichteten (also bei Testamentserrichtung noch nicht bestehenden und daher *keinesfalls* als „Zeitgenossin“ anzusehenden) Stiftung als Nacherbin betraf. Das Schrifttum ist in dieser Frage gespalten (vgl einerseits *Apathy* in KBB § 611 f Rz 3, andererseits *Welser* in *Rummel* § 611 f Rz 3; weitere Nachweise bei *Eccher* in *Schwimann/G. Kodek*[4] § 611 f Rz 2). Eine kurze

Begründung in den Erläuterungen wäre angebracht. Keinen Ausdruck im Gesetzestext findet weiters die Ansicht der Erläuterungen, dass kryokonservierte Embryonen nicht als Zeitgenossen anzusehen seien. Sollte das tatsächlich als zu regelndes Problem angesehen werden, müsste der Wortlaut von § 611 entsprechend geändert werden.

4.2. Die Regelung zur Nacherbschaft zu Lasten eines testierunfähigen Vorerben (§ 616) sollte sprachlich überarbeitet werden. Gemeint ist offenbar, dass der Erblasser den Erben – ob zutreffend oder nicht – *für testierunfähig hielt* und *deswegen* einen Nacherben bestimmte. Diese Anordnung soll im Zweifel wegfallen, wenn der Vorerbe im Zeitpunkt der *Anordnung durch den Erblasser* ohnehin testierfähig war oder später testierfähig wurde. Damit wird in Wahrheit ein besonderer Fall des Motivirrtums geregelt, was auch im Wortlaut der Bestimmung deutlich werden sollte. § 616 aF hatte demgegenüber einen etwas anderen Regelungsgehalt, da die Bestimmung an der tatsächlichen Testierunfähigkeit im Zeitpunkt der Testamentserrichtung anknüpfte; die „volle Besonnenheit" bei „seiner" letztwilligen Anordnung bezog sich auf die Errichtung eines gültigen Testaments *durch den Vorerben*.

5. Zum Elften Hauptstück (§§ 647 – 694)

5.1. Die §§ 656 ff aF waren (weitgehend) Auslegungsregeln, die den Grundsatz des § 655 aF („gewöhnliche Bedeutung der Worte") konkretisierten; der durch Auslegung erschlossene wahre Wille des Erblassers ging vor. Das wird im Entwurf undeutlich, weil einzelne Bestimmungen – und zwar mehr als bisher – die Formulierung „im Zweifel" oder „vermutet" enthalten (§ 660 Abs 1 Satz 2, §§ 666 – 673, § 674 Satz 2, §§ 675 – 676, § 683), andere aber – wie bisher – nicht (§§ 656 -665, § 674 Satz 1, §§ 681 – 682). Hier wäre auf Konsistenz des Wortlauts zu achten, was auch durch eine den Vermutungscharakter klarstellende Bestimmung anstelle des bisherigen § 655 erfolgen könnte. Auszunehmen sind allenfalls die §§ 663 und 664, die eher Lehrbuchcharakter haben (Notwendigkeit eines Verfügungsgeschäfts wegen der regelmäßig bloß obligatorischen Wirkung des Vermächtnisses).

5.2. Zutreffend wurden einige Auslegungsregeln gestrichen (§§ 677 – 680). Dies könnte auch bei weiteren Bestimmungen erwogen werden, die keine praktische Bedeutung (mehr) haben (§§ 665, 667, 672 – 673) oder zumindest teilweise nicht dem typischen wahren Willen des Erblassers entsprechen dürften (§ 668 in Bezug auf hypothekarisch gesicherte Forderungen).

5.3. In § 692 sollte schon in Satz 1 klargestellt werden, dass der „verhältnismäßige Abzug" – wie bisher (*Apathy* in KBB § 692 Rz 1) – nur bei beschränkter Erbenhaftung eintritt. Die derzeit

vorgeschlagene Formulierung, die die beschränkte Erbenhaftung erst in Satz 2 anspricht, ist zumindest missverständlich.

5.4. Die Überschrift zu § 694 stammt offenbar aus einer früheren Entwurfsfassung und sollte daher entfallen.

6. Zum Zwölften Hauptstück (§§ 695 – 726)

6.1. Nach § 697 gilt eine „schikanöse“ Bedingung als nicht beigesetzt, und zwar unabhängig davon, ob sie aufschiebend oder auflösend ist. Die mit einer solchen Bedingung verbundene Anordnung ist daher jedenfalls (sofort) wirksam. Dies entspricht zwar Stimmen in der Lehre (vgl *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 697 Rz 2 mwN). Dennoch besteht ein Spannungsverhältnis zu § 698 Abs 2 iVm Abs 1, wonach sittenwidrige aufschiebenden Bedingungen zur Ungültigkeit nicht der Bedingung, sondern der damit verbundenen Anordnung führen. Unter den Begriff der Sittenwidrigkeit fällt auch eine (unzulässige) Einschränkung der Handlungsfreiheit des Bedachten (*Apathy* in KBB[4] § 698 Rz 3 mwN); wie davon die „Schikane“ abzugrenzen wäre, ist nicht erkennbar.

6.2. § 700 (Bedingung der Nichtverehelichung) wird ersatzlos gestrichen. Nach den Erläuterungen soll aus § 698 folgen, dass die Bedingung der Nichtverehelichung wegen Sittenwidrigkeit als nicht beigesetzt gilt, was bisher in § 700 Abs 1 angeordnet war; die in § 700 Satz 2 und 3 vorgesehenen Ausnahmen von dieser Rechtsfolge entfallen. § 698 führt allerdings nur zum Wegfall einer *auflösenden* sittenwidrigen Bedingung. Ist die Bedingung der Nichtverehelichung hingegen aufschiebend formuliert (zB Wirksamkeit der Zuwendung erst dann, wenn bis zu einem bestimmten Zeitpunkt keine Verehelichung erfolgt), führte zumindest der Wortlaut von § 698 zur Ungültigkeit nicht der Bedingung, sondern der Anordnung. Zur Vermeidung dieses Ergebnisses könnte erwogen werden, aufschiebende Bedingungen, die gesetz- oder sittenwidrig sind, abhängig vom Zweck der Verbotsnorm entweder dem § 698 oder dem § 697 zu unterstellen, sie also unter Umständen als nicht beigesetzt anzusehen (vgl die Rsp zur Teil- oder Gesamtnichtigkeit bei Rechtsgeschäften unter Lebenden; *Bollenberger* in KBB[4] § 879 Rz 29 mwN). Damit würde auch das oben (6.1.) dargestellte Abgrenzungsproblem entschärft.

6.3. § 726 Abs 1 sieht vor, dass der Wegfall der Angehörigenstellung – außer bei ausdrücklich gegenteiliger Anordnung – zum Wegfall von letztwilligen Anordnungen zugunsten der betroffenen Personen führt. Für die Ehe, die eingetragene Partnerschaft und die Lebensgemeinschaft wird zudem angeordnet, dass dies nur bei Auflösung „zu Lebzeiten“ des Erblassers gilt. Diese Einschränkung sollte entfallen. Einerseits ist sie entbehrlich, weil der Tod eine Ehe, eingetragene

Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft jedenfalls auflöst, weshalb es eine weitere Auflösung *nach* dem Tod – die offenbar durch die Formulierung „zu Lebzeiten“ ausgeschlossen werden soll – von vornherein nicht geben kann. Andererseits führt die Regelung zu einer Unklarheit in Bezug auf die „Aufhebung“ einer Abstammung, die anders als die Auflösung einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft auch noch *nach* dem Tod des Erblassers erfolgen kann (§ 142 ABGB). Hier könnte aus der Formulierung von § 726 Abs 1 Satz 2 – wonach hier „das Gleiche“ wie bei Ehe, eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft gilt – abgeleitet werden, dass nur ein bei Lebzeiten des Erblassers erfolgter Wegfall der Abstammung die Rechtsfolge des § 726 Abs 1 auslöst. Eine solche Differenzierung wäre allerdings nur schwer verständlich, weil § 726 Abs 1 einen typischen Fall des Motivirrtums regelt, dessen Vorliegen nicht vom Zeitpunkt der Feststellung der Nichtabstammung abhängen kann.

7. Zum Dreizehnten Hauptstück (§§ 727 – 755)

7.1. Die Erläuterungen weisen zu § 727 (zutreffend) darauf hin, dass das Pflichtteilsrecht kein Erbrecht im technischen Sinn ist, was zu einer entsprechenden Änderung der Bestimmung führt. Gleiches <u>müsste dann aber auch für § 729 Abs 1 gelten</u>; dem Fordern des Pflichtteils unter Berufung „auf das Gesetz“ scheint ebenfalls noch die Auffassung zugrunde zu liegen, dass hier ein gesetzliches „Noterbrecht“ vorliegt. § 729 Abs 2 knüpft an der „gewollten“ Entziehung des Pflichtteils an. Gemeint kann wohl nur die – ausdrücklich oder konkludent, aber jedenfalls durch letztwillige Anordnung – *verfügte* Entziehung sein (§ 769).

7.2. Die Bestimmungen über das Parentelsystem werden ohne inhaltliche Änderung sprachlich angepasst. Weitere Kürzungen wären angesichts des teilweise lehrbuchartigen Charakters denkbar (§§ 734, 736). Die angesichts von § 542 (§ 541 aF), der (bloßen) Zweifelsregel in § 551 Satz 3 und der Rsp zur Entschlagung (RIS-Justiz RS0007909) zumindest missverständliche Bestimmung, dass Nachkommen von noch Lebenden kein Recht zur Erbfolge haben (§ 732 Satz 2), <u>sollte entfallen</u>. Der Gesetzestext beruht hier noch auf der schon seit der 3. Teilnovelle überholten Lehre von der materiellen Repräsentation (vgl *Welser* in *Rummel*[3] § 733 f Rz 1f).

7.3. Nach § 744 verdrängt der Ehegatte oder eingetragene Partner – anders als bisher – auch die (nach dem Parentelsystem an sich berufenen) Geschwister oder Großeltern des Erblassers. Dabei handelt es sich um eine rechtspolitische Frage, die vom Obersten Gerichtshof nicht zu kommentieren ist. Jedenfalls ist die Neuregelung aber in sich schlüssiger als die bisherige Bestimmung (§ 757 Abs 1), wonach zwar die Großeltern (3. Parentel), nicht aber die Nachkommen von Geschwistern (2. Parentel) neben dem Ehegatten erbten.

7.4. Während § 746 Abs 1 eine bisher nicht geregelte Selbstverständlichkeit normiert (kein gesetzliches Erbrecht oder Vorausvermächtnis nach Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft zu Lebzeiten des Erblassers), dehnen § 746 Abs 2 und 3 die problematische Bestimmung des § 759 Abs 2 aF weiter aus. Das gesetzliche Erbrecht und das Vorausvermächtnis entfallen danach auch dann, wenn der Erblasser auf Auflösung der Ehe (eingetragenen Partnerschaft) geklagt hatte und die Klage Erfolg gehabt hätte (Abs 2) oder wenn der Erblasser vor Rechtskraft eines Beschlusses über die Scheidung oder Auflösung im Einvernehmen stirbt (Abs 3). Bisher galt das nur, wenn einer bereits erhobenen Scheidungs- oder Aufhebungsklage aus dem Verschulden des überlebenden Gatten stattzugeben gewesen wäre.

§ 746 Abs 2 führt zu einer beträchtlichen Lücke im Rechtsschutz für den überlebenden Gatten: Wäre der Klage des Erblassers stattzugeben gewesen (was vorfrageweise in einem Erbrechtsstreit geprüft werden müsste), entfällt sein gesetzliches Erbrecht. Mangels Vorliegens eines Scheidungsurteils – ein im Todeszeitpunkt bereits erlassenes, aber noch nicht rechtskräftiges Urteil würde nach § 460 Z 8 ZPO wirkungslos – ist aber auch kein Aufteilungsverfahren nach den §§ 81 ff EheG möglich. Der überlebende Gatte erhält daher weder einen Erbteil noch einen Anteil am Gebrauchsvermögen und an den Ersparnissen. Dieses Ergebnis ist unvertretbar. Abhilfe kann nur eine Streichung von § 746 Abs 2 oder ein (wie immer gestaltetes) Aufteilungsverfahren nach dem Tod des Erblassers bringen. § 746 Abs 3 ist in diesem Zusammenhang unproblematisch, weil die bei einem Beschluss über die einvernehmliche Scheidung (Auflösung der eingetragenen Partnerschaft) notwendigerweise vorliegende Folgenvereinbarung trotz Wirkungsloswerden des Beschlusses (§ 94 Abs 3 AußStrG) aufrecht bleibt.

7.5. Beim neu angeordneten „außerordentlichen“ Erbrecht des Lebensgefährten (§ 748) beruhen die Erläuterungen teilweise anscheinend noch auf einer früheren Fassung der Bestimmung. Nach dem Wortlaut von § 748 erbt der Lebensgefährte nur dann, wenn keine gesetzlichen Erben vorhanden sind. Daher gehen ihm zB auch Enkel von Cousinen des Erblassers vor. Auch wenn erblose Nachlässe durch den Rückgang der Kinderzahl tendenziell zunehmen werden, bleibt das „außerordentliche“ Erbrecht des Lebensgefährten damit auf seltene Ausnahmefälle beschränkt. Demgegenüber führen die Erläuterungen aus, dass der Nachlass nach dem mutmaßlichen Erblasserwillen dem Lebensgefährten zukommen soll, wenn „weder Ehegatte oder eingetragener Partner noch Kinder vorhanden sind“ und der Nachlass „daher“ den Vermächtnisnehmern oder dem Staat zufallen würde. Diese Formulierung ist jedenfalls verfehlt, weil das Erbrecht der Vermächtnisnehmer und das Aneignungsrecht des Staats nur bei Fehlen jeglicher gesetzlicher Erben eintritt. Inhaltlich wird zu entscheiden sein, ob ein Erbrecht des Lebensgefährten ernsthaft

gewollt wird oder nicht. Im erstgenannten Fall müsste dieses Erbrecht (zumindest) neben (oder statt) jenem der zweiten und dritten Parentel bestehen. In der derzeit vorgeschlagenen Form hätte es demgegenüber kaum praktische Bedeutung.

7.6. Die Regeln über die Anrechnung „beim Erbteil" werden aus dem 14. Hauptstück in die §§ 752 – 755 verlegt. Unproblematisch ist § 752 Abs 1 Satz 1, wonach der Erblasser eine Anrechnung von Vorempfängen letztwillig anordnen (und damit auch durch ausdrücklichen oder konkludenten Widerruf der Anordnung iSv § 717 erlassen) kann. Dass die Anrechnung und deren Erlass auch schriftlich – also nicht unbedingt unter Einhaltung einer Testamentsform – vereinbart werden können (§ 752 Abs 1 Satz 2), dürfte trotz des Spannungsverhältnisses zur sonst bestehenden Formpflicht letztwilliger Verfügungen einem allgemeinen Rechtsgefühl entsprechen. Fraglich ist demgegenüber, ob tatsächlich auch die Ausstattung und – entgegen der bisherigen Rechtslage – „im Zweifel" auch Schenkungen auf den gesetzlichen Erbteil anzurechnen sein sollen. Will das der Erblasser, kann er es anordnen oder anlässlich der jeweiligen Verfügung mit dem Empfänger vereinbaren; sonst könnte – auch zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten – die Auffassung vertreten werden, dass die Bestimmungen über die Anrechnung auf den Pflichtteil genügen.

8. Zum Vierzehnten Hauptstück (§§ 756 – 792)

8.1. Einer der wesentlichen Punkte der Neuregelung ist die Reform des Pflichtteilsrechts. Der Entwurf entscheidet sich, diese Beschränkung der Testierfreiheit grundsätzlich beizubehalten, jedoch den Pflichtteil der Eltern entfallen zu lassen (§ 757). Das ist als rechtspolitische Frage nicht zu kommentieren. In weiterer Folge versucht der Entwurf jedoch, die Auswirkungen des Pflichtteilsrechts zu mildern (insb durch Möglichkeit zur Stundung [§§ 766 f] und zur „aufgeschobenen" letztwilligen Zuwendung [§ 765 Abs 2]). Weiters sollen die Anrechnung von Vorempfängen (iwS) konsistenter gestaltet und verschiedene Einzelfragen klarer geregelt werden. Nicht alle neuen Bestimmungen können überzeugen.

8.2. § 760 Abs 1 stellt klar, dass ein Pflichtteilsverzicht oder eine Ausschlagung die Ansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten „im Zweifel" nicht erhöht. Wenn den Pflichtteilsberechtigten oder deren Nachkommen aber aus „anderen" Gründen kein Pflichtteil „zukommt", erhöhen sich nach § 760 Abs 2 die Pflichtteile der anderen. Das wird zunächst aufgrund eines Größenschlusses zur „Ausschlagung" dahin auszulegen sein, dass das bloße Nichtgeltendmachen des Pflichtteils nicht unter diese Bestimmung fällt; eine entsprechende Klarstellung (etwa durch Übernahme der Formulierung „zusteht" aus Abs 1 statt dem insofern unklaren „zukommt") wäre sinnvoll. In weiterer Folge stellt sich die grundsätzliche Frage, ob Erbunfähigkeit, Enterbung oder – anders als bisher – Pflichtteilsminderung bei einem (abstrakt) Berechtigten tatsächlich zur Erhöhung der

Ansprüche der anderen führen sollen. Hier könnte rechtspolitisch – auch zur Vermeidung von Streitigkeiten – im Zweifel für die Testierfreiheit entschieden werden.

8.3. Nach § 761 Abs 1 Z 1 iVm § 780 Abs 1 kann der Pflichtteil durch letztwillige oder nach dem Erbfall aus einer vom Erblasser errichteten Privatstiftung erhaltene Zuwendungen gedeckt werden („Einrechnung"). Solche Zuwendungen sind nach § 780 Abs 2 „auf den Zeitpunkt des Todes zu bewerten"; dies dient der Berechnung eines allfälligen Pflichtteilsergänzungsanspruchs (§ 763). Die Formulierung „Bewertung" spricht bei Dauerleistungen (Rente, Fruchtgenussrecht etc), die va bei Privatstiftungen eine Rolle spielen können, für die versicherungsmathematische Ermittlung eines Barwerts. Dem scheint jedoch § 765 Abs 2 entgegenzustehen, wonach der Pflichtteil dem Berechtigten jedenfalls – gemeint offenbar in voller Höhe – innerhalb von fünf Jahren nach dem Tod des Erblassers zukommen muss. Dieser Widerspruch sollte aufgelöst werden.

8.4. Nach § 764 Abs 1 ist der Pflichtteilsanspruch vom Nachlass und nach der Einantwortung von den Erben zu erfüllen. Das scheint sich auch auf jenen Teil des Pflichtteilsanspruchs zu beziehen, der sich aus der Hinzurechnung von (nun weit verstandenen) „Schenkungen" ergibt (§ 781). Damit stellt sich die Frage, ob der unbedingt erbantrittserklärte Erbe über den Wert des Nachlasses hinaus haftet. Für den Schenkungspflichtteil nach § 785 aF wurde das verneint (8 Ob 103/11x). Eine Klarstellung wäre wünschenswert.

8.5. Die Möglichkeit zur „aufgeschobenen" letztwilligen Zuwendung des Pflichtteils (§ 765 Abs 2) und zur letztwillig angeordneten oder vom Gericht gewährten Stundung (§§ 766 – 768) soll dem als problematisch empfundenen Umstand entgegenwirken, dass die sofortige Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs die Existenz eines Unternehmens gefährden oder zum Verlust einer Wohnmöglichkeit führen könnte. Auf das unklare Verhältnis zwischen der „sukzessiven" Pflichtteilsdeckung binnen fünf Jahren und der „Bewertung" von Zuwendungen zum Zeitpunkt des Todes (§ 780) wurde bereits hingewiesen. Problematisch ist weiters, dass für die Ausübung der gerichtlichen Gestaltungsbefugnisse im Zusammenhang mit Stundungen (§ 766 Abs 2, §§ 767 – 768) kein besonderes Verfahren vorgesehen ist. Daher wäre wohl im streitigen Verfahren – also aufgrund eines Einwands gegen eine Pflichtteilsklage oder allenfalls aufgrund einer Rechtsgestaltungsklage des Zahlungspflichtigen – zu entscheiden. Hier sollte schon aus Kostengründen die Verschiebung ins Außerstreitverfahren erwogen werden.

Bei einer Stundung ist jedenfalls der Geldpflichtteilsanspruch nach § 778 Abs 2 in gesetzlicher Höhe zu verzinsen (so ausdrücklich die Erläuterungen zu § 767); gleiches gilt nach der allgemeinen Regel des § 765 Abs 1 Satz 2 wohl auch für die „aufgeschobene" Pflichtteilsdeckung durch einzurechnende Zuwendung iSv § 765 Abs 2. Das kann – zumal in Zeiten eines geringen

Zinsniveaus – zu einer erheblichen Belastung des Erben führen, die den Nutzen der Stundung weitgehend entfallen lässt. Denn letztlich erspart sich der Erbe – so er kreditwürdig ist – nur die Differenz zwischen den gesetzlichen und jenen Zinsen, die er für einen zur Pflichtteilsdeckung aufgenommenen Kredit aufwenden müsste. Ist der Erbe demgegenüber nicht kreditwürdig, wird er in der Regel auch keine Sicherstellung iSv § 768 leisten können, was nach den Erläuterungen eine Stundung ausschließt (dies sollte, da von hoher praktischer Bedeutung, auch im Gesetzestext klargestellt werden). Ob die Stundungsmöglichkeit unter diesen Umständen tatsächlich zu einer relevanten Entlastung der Erben führt und so den damit verbundenen verfahrensrechtlichen Aufwand rechtfertigt, ist eher fraglich.

8.6. Die Enterbungsgründe (§ 770) werden weitgehend (vgl oben 2.1.) den Gründen für die Erbunwürdigkeit angepasst. Der Enterbungsgrund des „beharrlichen Führens einer gegen die öffentliche Sittlichkeit anstößigen Lebensart“ (§ 768 Z 4 aF), der auch ein Abgleiten in die Kriminalität erfasste (*Apathy* in KBB[4] § 768 Rz 4 mwN), soll als „nicht mehr zeitgemäß“ entfallen. Gleiches gilt, allerdings ohne Begründung in den Erläuterungen, für die Verurteilung zu einer lebenslangen oder zwanzigjährigen Freiheitsstrafe (§ 768 Z 3 aF). Beides kann faktisch dazu führen, dass Gläubiger exekutiv auf Geldpflichtteilsansprüche eines nun nicht mehr enterbbaren Abkömmlings greifen, um Forderungen aufgrund strafbarer Handlungen hereinzubringen. Ob man das will, ist eine rechtspolitische Entscheidung, die – in die eine oder andere Richtung - bewusst getroffen werden sollte.

8.7. Die Erläuterungen zu § 772 führen aus, dass die Enterbung auch „formfrei“ erfolgen könne. Gemeint ist damit, wie sich aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt, die stillschweigende Enterbung durch Übergehen in einer letztwilligen Verfügung. Diese Verfügung als solche muss aber zweifellos formpflichtig sein. Das sollte auch in den Erläuterungen klargestellt werden.

8.8. Die Pflichtteilsminderung wegen fehlenden familiären Kontakts (§ 773a aF) wird erleichtert, weil nun nicht mehr erforderlich ist, dass zu „keiner Zeit“ ein Naheverhältnis bestand; es genügt fehlender Kontakt in den letzten zehn Jahren vor dem Tod (§ 776 Abs 1). Es genügt daher, dass ein zunächst bestehendes Naheverhältnis nachhaltig zerbrochen ist. Auf dieser Grundlage können – anders als bisher – auch Ehegatten oder eingetragene Partner faktisch betroffen sein; ebenso Kinder, die zunächst in aufrechter (ehelicher oder außerehelicher) Lebensgemeinschaft der Eltern aufgewachsen sind. Umso bedeutsamer wird daher die Frage, was bei Erwachsenen in vorgerücktem Alter als „gewöhnliches“ Naheverhältnis anzusehen ist. Soweit keine Konkretisierung im Gesetzestext erfolgt, wird etwa die Frage, ob ein einmal jährlicher Brief- oder Email-Kontakt ausreicht, von der Rechtsprechung zu beantworten sein.

Nach den Erläuterungen muss die Entfremdung „im Sinn des § 772 Abs 2“ bereits bei Anordnung der Pflichtteilsminderung eingetreten sein. Aus dem Wortlaut des § 776 ergibt sich dieses Erfordernis allerdings nicht. Die Formulierung, dass der Erblasser den Pflichtteil mindern kann, „wenn“ zu keiner Zeit oder zumindest über einen Zeitraum von zehn Jahren vor dem Tod kein Naheverhältnis bestand, kann in diesem Zusammenhang jedenfalls nicht wörtlich genommen werden: Denn hinge die Wirksamkeit der Erklärung des Erblassers tatsächlich davon ab, dass die Bedingungen für die Minderung *im Zeitpunkt der Erklärung* erfüllt waren, könnte er sie wirksam nur auf dem Totenbett abgeben. Das kann wohl nicht gemeint gewesen sein; das „wenn“ ist (wie auch bisher) als „für den Fall dass“ zu lesen. Das muss aber (mangels Differenzierung im Gesetz) auch möglich sein, wenn im Zeitpunkt der Erklärung noch *keine* für die Anwendung der Bestimmung ausreichende Entfremdung eingetreten ist. Sollte anderes gewollt sein, sollte das ausdrücklich angeordnet werden.

8.9. Grundlegend neu geregelt wird die Frage, wie sich zu Lebzeiten des Erblassers erfolgte Zuwendungen an Pflichtteilsberechtigte oder Dritte auf die Höhe des Pflichtteils auswirken. Der Entwurf lässt die Differenzierung zwischen Nachlasspflichtteil und Schenkungspflichtteil fallen, ebenso grundsätzlich jene zwischen Schenkung und Vorempfang. Auch werden Zuwendungen an Pflichtteilsberechtigte und Dritte (vom Rückforderungsanspruch gegen den Empfänger abgesehen) gleich behandelt. Die Hinzu- und Anrechnung ist einheitlich auf Verfügungen in den letzten zehn Jahren vor dem Tod beschränkt. Das ist im Kern zu begrüßen, weil die bisherige Regelung – die im Wesentlichen aus zwei Regelungsschichten bestand (Urtext und 3. Teilnovelle) – wohl unnötig kompliziert war. Wie bei jeder Neukonzeption entstehen aber auch neue Fragen, die im Entwurf nicht immer widerspruchsfrei gelöst werden.

(a) Alle Schenkungen, die der Erblasser in den letzten zehn Jahren vor dem Tod gemacht hat, sind für die Bestimmung des Pflichtteils dem Nachlass *hinzuzurechnen* und auf einen allfälligen Pflichtteil des Beschenkten *anzurechnen* (§ 781). Als Schenkungen gelten auch Leistungen, die nach altem Recht ein (gegenüber Schenkungen anders zu behandelnder) Vorschuss oder Vorempfang gewesen wären. Schenkung ist auch die Vermögenswidmung an eine Stiftung oder – soweit deren Wert nicht hinzuzurechnen ist – die Einräumung einer Stellung als Begünstigter. Ob die letztgenannte Regelung zur Gänze durchdacht ist, scheint fraglich: Eine in den letzten zehn Jahren vor dem Tod erfolgte Vermögenswidmung an die Stiftung wäre als Schenkung dem Nachlass hinzuzurechnen, was den Pflichtteil für alle erhöht. Hingegen wäre die Einräumung einer Begünstigtenstellung für einen Pflichtteilsberechtigten in diesem Fall zumindest nach dem Wortlaut von § 781 Abs 2 Z 4 – wegen der Subsidiarität dieser Fallgruppe gegenüber der

Vermögenswidmung an die Stiftung – keine „Schenkung“. Daher wäre der Wert der Begünstigtenstellung auch nicht auf den (erhöhten) Pflichtteilsanspruch des Begünstigten anzurechnen. Das führte dazu, dass der Begünstigte aus der Errichtung der Stiftung doppelt profitierte: einerseits durch Erhöhung des Pflichtteils zufolge Hinzurechnung der Vermögenswidmung, andererseits durch Zahlungen, die er bis zum Tod des Erblassers aus der Stiftung erhält. Zwar nehmen die Erläuterungen an, dass auch solche Ausschüttungen (wie auch jene nach dem Tod des Erblassers gem § 780) auf den Pflichtteil des Begünstigten anzurechnen sein können, wenn sie der „Umgehung“ des Pflichtteilsrechts dienen. Angesichts der Tatsache, dass der Entwurf ohnehin Bestimmungen zur Stiftungsproblematik enthält, sollte aber wohl auch in diesem Punkt eine ausdrückliche Regelung erfolgen. Es wäre zu erwägen, auch die Anrechnung von Zahlungen anzuordnen, die der Pflichtteilsberechtigte in den letzten zehn Jahren *vor* dem Tod des Erblassers als Begünstigter erhalten hat. Eine Hinzurechnung dieser Zahlungen hätte aber zu unterbleiben, soweit ohnehin die Vermögenszuwendung an die Stiftung hinzugerechnet wird.

(b) Die Zehnjahresfrist geht bei Zuwendungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen deutlich über das bisherige Recht hinaus (§ 785 Abs 3 Satz 2 aF: zwei Jahre). Dies führt tendenziell zu einer Einschränkung der Testierfreiheit. Gleiches gilt für die in § 781 Abs 3 Satz 2 erfolgte Kodifizierung der „Vermögensopfertheorie“ (2 Ob 39/14w), die dazu führen kann, dass auch länger als zehn Jahre zurückliegende Schenkungen hinzuzurechnen sind. Beides läuft dem erklärten Ziel des Entwurfs zuwider, die Testierfreiheit zu stärken. Hingegen bewirkt die Zehnjahresgrenze bei Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte eine Erweiterung der Testierfreiheit. Sie kann aber zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, wenn ein Pflichtteilsberechtigter elf und der andere neun Jahre vor dem Tod des Erblassers beschenkt wird. Der erstgenannte könnte die Hinzurechnung der Schenkung des anderen verlangen und erhält dadurch – ohne Anrechnung der eigenen – einen erhöhten Pflichtteil, obwohl er selbst möglicherweise sogar deutlich mehr erhalten hat.

(c) § 787 regelt die Vorgangsweise bei Hinzu- und Anrechnung. Während die Hinzurechnung (Abs 1) unproblematisch ist, bleiben bei der Anrechnung (Abs 2) Fragen offen. Insbesondere lässt sich der Bestimmung nicht eindeutig entnehmen, ob eine Anrechnung nur auf jenen Teil des Pflichtteils erfolgt, der sich aus der Hinzurechnung ergibt (früher: Schenkungspflichtteil), oder ob sie auch den vom Nachlass berechneten Teil des Pflichtteils erfasst. Nach altem Recht galt eindeutig Ersteres (§ 787 Abs 2 aF: „... auf die dadurch bewirkte Erhöhung ...“), die neue Formulierung in § 787 Abs 2 („... von einem solcherart vergrößerten Pflichtteil ...“) erfasst wohl den gesamten Pflichtteil, nicht nur den Erhöhungsbetrag. Das dürfte sich auch aus § 783 ABGB ergeben, der (mangels Unterscheidung) eine Anrechnung auf den gesamten Pflichtteil vorsieht.

Zumindest in den Erläuterungen sollte dies aber – wegen des deutlichen Unterschieds zum alten Recht – klargestellt werden.

(d) Die Anrechnung nach § 783 und § 787 Abs 2 steht unter dem Vorbehalt des § 785, wonach der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten die Anrechnung „erlassen“ kann. In diesem Fall ist die Schenkung bei der Bemessung des Pflichtteils des Beschenkten nicht hinzuzurechnen, wohl aber erhöht sie durch Hinzurechnung den Pflichtteil der anderen. Dies kann dazu führen, dass der Nachlass nicht mehr zur Deckung aller Pflichtteile ausreicht (Beispiel: Pflichtteilsberechtigte A und B; Schenkung von 100 an A, Nachlass 20, testamentarischer Erbe ist D. Pflichtteil von B wäre – zufolge Hinzurechnung der 100 – 30, Pflichtteil von A wäre mangels Anrechnung 5). Ist gewollt, dass der Beschenkte in diesem Fall tatsächlich einen Pflichtteilsanspruch hat?

(e) Nach § 788 ist die geschenkte Sache auf den Zeitpunkt der Schenkung zu bewerten, dieser Wert ist dann nach dem Verbraucherpreisindex auf den Todeszeitpunkt anzupassen. Damit weicht der Entwurf von der bisherigen Rechtslage ab, die von einer gewissen Komplexität gekennzeichnet war. Folge dieser Regelung ist, dass der Beschenkte das Risiko der Verschlechterung oder des Untergangs trägt. Das ist aber nicht zu beanstanden, weil am ehesten er dieses Risiko beherrschen kann.

(f) Die Bestimmungen zum Direktanspruch gegen den Beschenkten werden nun in die erbrechtlichen Regelungen integriert (§ 789 ff). Dieser Anspruch besteht wie bisher nur, wenn der Nachlass zur Deckung der Pflichtteile nicht ausreicht. Eine Klarstellung, ob das auch nach Einantwortung an unbeschränkt haftende Erben gilt, wäre angebracht. Der Anspruch ist nach § 789 Abs 1 auf Zahlung des Fehlbetrags gerichtet, mehrere Geschenknehmer haften nach § 789 Abs 2 im Verhältnis des Werts ihrer Geschenke. Nach § 789 Abs 3 soll dieser Anspruch offenbar ausschließlich durch Vollstreckung in die geschenkte Sache durchgesetzt werden können. Das sollte durch die Aufnahme des Wortes „nur“ in die vorgeschlagene Formulierung oder (besser) durch folgenden Wortlaut klargestellt werden: „Der Geschenknehmer haftet für den Anspruch nach Absatz 1 oder 2 nur mit der geschenkten Sache.“ Letzteres entspräche auch der Textierung von § 790 Abs 1. In § 790 Abs 2 sollte es nicht „Stundung des Herausgabeanspruchs“, sondern „Stundung des Anspruchs auf Zahlung des Fehlbetrags“ heißen. Ein „Herausgabeanspruch“ ieS besteht nach § 789 gerade nicht.

(g) Unklar ist die Bedeutung von § 791 Abs 1: Dass (auch) der beschenkte Pflichtteilsberechtigte einem Verkürzten haftet, ergibt sich an sich schon aus dem insofern nicht unterscheidenden § 789 Abs 1; ebenso (nach allgemeinen Grundsätzen) die Haftung von dessen Rechtsnachfolger. Damit stellt sich aber die Frage, ob mit § 791 Abs 1 die Haftungsbeschränkung nach § 789 Abs 3 beseitigt

werden soll. Oder soll die Bestimmung bedeuten, dass die Haftung des beschenkten Pflichtteilsberechtigten jener des Nachlasses oder Erben vorgeht, also nicht nach § 789 Abs 1 nur auf den Fehlbetrag gerichtet ist? Wenn eine dieser Varianten zutrifft, sollte das klargestellt werden, sonst könnte § 791 Abs 1 zur Vermeidung von Missverständnissen entfallen.

(h) Die Regelungen in § 791 Abs 2 – 4 und die weiteren Textvorschläge in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung zeigen, wohin das Streben nach einer Regelung führt, die das Verhältnis zwischen mehreren Pflichtteilsberechtigten möglichst „gerecht“ ausgestalten soll. Die Komplexität des Entwurfs steht hier der bisher geltenden Rechtslage kaum nach. Ein Befreiungsschlag wäre aber wohl nur durch einen generellen Verzicht auf den bedarfsunabhängigen Pflichtteil möglich. Die gegenteilige rechtspolitische Entscheidung des Entwurfs ist nicht zu kommentieren.

(i) Die Haftung des nicht selbst pflichtteilsberechtigten Beschenkten entfällt nach § 792, wenn das Vermögensopfer länger als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers erfolgte. Damit wird teilweise die bisher in § 785 Abs 3 enthaltene Regelung übernommen. Die Rechtsstellung des Beschenkten ändert sich gegenüber dem alten Recht nicht, wohl aber jene des Erben und auch des beitragspflichtigen Vermächtnisnehmers. Sie werden durch die für einen längeren Zeitraum mögliche Hineinrechnung belastet.

9. Zum Fünfzehnten Hauptstück (§§ 797 – 824)

9.1. Neu ist in diesem Hauptstück vor allem die Bestimmung zur Abgeltung von Pflegeleistungen (§ 815). Danach können Personen aus dem Kreis der gesetzlichen Erben des Erblassers und ihre nahen Angehörigen sowie der Lebensgefährte des Erblassers, die diesen in den letzten drei Jahren vor dem Tod „über längere Zeit umfassend“ betreut haben, eine „angemessene Abgeltung“ ihrer Dienste „verlangen“. Bei der Bestimmung von deren Höhe ist neben Art, Umfang und Dauer der Leistungen auch der Wert des Nachlasses zu beachten (Abs 1). Die Abgeltung gebührt zusätzlich zu anderen Leistungen aus dem Nachlass (Abs 4), fällt also (Mit-)Erben und gegebenenfalls Vermächtnisnehmern (§ 692) zur Last. Sie gebührt nicht, wenn ohnehin ein angemessenes Entgelt gewährt oder Abweichendes vereinbart wurde (Abs 2). Im Verlassenschaftsverfahren „kann“ darüber mangels Einigung „nach Billigkeit“ entschieden werden (Abs 3). Dies wird durch die Regelung in § 174a AußStrG ergänzt, wonach der Gerichtskommissär auf die Herstellung des Einvernehmens hinzuwirken hat. Nach § 174a Abs 3 ist von einer Entscheidung im Außerstreitverfahren abzusehen, wenn dessen Ergebnisse „ohne erhebliche Verzögerung keine ausreichende Grundlage für eine auch nur teilweise Berücksichtigung des geltend gemachten Anspruchs“ bieten; in diesem Fall bleibt dem Gläubiger „die selbständige Verfolgung seiner

Ansprüche vorbehalten“. Bei Überlassung an Zahlungs statt gehen die Ansprüche der Pflegenden jenen der anderen Gläubiger vor (§ 154 Abs 2 Z 3 AußStrG).

9.2. Die Materialien führen zutreffend aus, dass der Anspruch nach § 815 schuldrechtlicher (und zwar im Kern wohl bereicherungsrechtlicher) Natur ist. Unter diesen Umständen ist aber fraglich, weshalb der Kreis der Anspruchsberechtigten auf die gesetzlichen Erben, deren nächste Angehörige und den Lebensgefährten beschränkt wird und warum auch der Wert des Nachlasses für die Höhe Bedeutung haben soll. Der Hinweis der Materialien auf § 2057a BGB kann das nicht erklären, weil dort nur Ausgleichsansprüche zwischen mehreren gesetzlichen Erben geregelt werden, die zusammen mit dem Anspruchswerber zur Erbfolge gelangen. Zur Vermeidung einer weiteren Rechtszersplitterung sollte § 815 daher als reiner Bereicherungsanspruch konzipiert werden, wobei auf das Erfordernis der Leistung in Erwartung der Erbeinsetzung (*Koziol* in KBB[4] § 1435 Rz 5 mwN) verzichtet werden könnte. Damit könnten Unklarheiten über das Verhältnis zwischen Ansprüchen nach § 815 und solchen nach allgemeinem Bereicherungsrecht (§ 1435 analog) verhindert werden. Zur Erleichterung der Anspruchsdurchsetzung könnte dann (wie vorgeschlagen) eine Entscheidung im Außerstreitverfahren ermöglicht werden (siehe dazu unten zu § 174a AußStrG).

9.3. Nach den Erläuterungen soll auch die Finanzierung der Pflege den Anspruch begründen. Das kommt aber im Wortlaut der Bestimmung, der eindeutig auf eine Betreuung und Pflege *durch den Anspruchswerber* abstellt, nicht zum Ausdruck. Dieser Wortlaut sollte daher entsprechend angepasst werden. Auch die in den Erläuterungen angenommene Anrechnung von Pflegegeld als „fiktives“ Eigeneinkommen des Pflegenden ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Sie wäre aber ohnehin verfehlt, wenn – was vorkommen soll – der Gepflegte das Pflegegeld bewusst für andere Zwecke verwendet oder anspart; gerade dann hat der Anspruch nach § 815 Bedeutung. Kommt hingegen das Pflegegeld dem Pflegenden tatsächlich zugute, greift ohnehin § 815 Abs 2. Dieser Satz der Erläuterungen sollte daher jedenfalls gestrichen werden.

10. Zu weiteren Bestimmungen im ABGB

10.1. Bei der (angenommenen) Schenkung auf den Todesfall ist die geschenkte Sache, wenn sie beim Tod des Geschenkgebers noch in dessen Eigentum ist, „wie ein Vermächtnis“ zu behandeln (§ 956 Abs 2). Das entspricht nicht nur in Bezug auf das in den Erläuterungen angesprochene Pflichtteilsrecht, sondern auch auf das Verhältnis zu anderen Nachlassgläubigern (3 Ob 175/08v mwN) der bisherigen Rechtslage. Auch der Entfall des Widerrufsverzichts ist angesichts der Notariatsaktpflicht unbedenklich.

10.2. Die Verjährung „erbrechtlicher Ansprüche“ wird in § 1487a einheitlich neu geregelt. Diese Ansprüche müssen binnen drei Jahren ab Kenntnis der für das Geltendmachen des Rechts „erforderlichen Umstände“ geltend gemacht werden (besser: „ab Kenntnis der für das Bestehen des Anspruchs maßgebenden Tatsachen“); unabhängig davon verjähren sie dreißig Jahre nach dem Tod des Erblassers. Die Erläuterungen lassen offen, ob in Anlehnung an die Rsp zu § 1489 ABGB eine Erkundigungspflicht bestehen kann. In gewissen Fällen (etwa bei bekannten Indizien für einen Irrtum des Erblassers) wird das naheliegen. Fraglich ist, wie sich die neue Bestimmung auf Erbschaftsklagen auswirkt, die auf die Ungültigkeit des Testaments gestützt werden. § 1487a nennt beide „Rechte“ („eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen“ – „nach erfolgter Einantwortung ein besseres oder gleiches Recht zu behaupten“). Es ist denkbar, dass das erstgenannte „Recht“ aufgrund bekannter Umstände schon im Verlassenschaftsverfahren geltend gemacht werden könnte. Damit begänne dessen Verjährung. Soll die Erbschaftsklage trotzdem drei Jahre ab Einantwortung möglich sein, weil sie – was die Erläuterungen unter Hinweis auf 5 Ob 116/12p festhalten – nicht früher erhoben werden kann?

11. Zu den Übergangsbestimmungen im ABGB (§ 1503 Abs 7 Z 1 – 10)

11.1. Die Neuregelung im ABGB soll nach § 1503 Abs 7 Z 1 weitgehend erst mit 1. Jänner 2017 in Kraft treten; anderes gilt nach Z 2 wegen des Zusammenhangs mit der EuErbVO nur für § 750 (Aneignungsrecht des Bundes). Die lange Legisvakanz ist sinnvoll, um den Rechtsanwendern eine angemessene Vorbereitung auf die neue Rechtslage zu ermöglichen. Sie zeigt aber auch, dass – anders als bei den Ausführungsbestimmungen zur EuErbVO – kein besonderer Zeitdruck besteht. Umso mehr sollte erwogen werden, die beiden Regelungskomplexe zu entkoppeln, um eine angemessene Diskussion in Wissenschaft und Praxis zu ermöglichen. Zwar ist richtig, dass die Erbrechtsreform ohnehin schon seit längerer Zeit in verschiedenen Foren erörtert wird. Mit dem Entwurf ist das Projekt aber in eine neue Phase getreten. Es wäre sinnvoll, hier einen nach den Ergebnissen des Begutachtungsverfahrens überarbeiteten Text vorzulegen und darüber eine weitere Diskussion zu ermöglichen.

11.2. Für die Anwendung der neuen Bestimmungen soll grundsätzlich der Todestag des Erblassers maßgebend sein (Z 3). Das soll nach den Erläuterungen auch für das gesamte Pflichtteilsrecht (einschließlich der Ein-, Hinzu- und Anrechnung) gelten. Damit in einem Spannungsverhältnis steht aber Z 8, wonach (i) die erbrechtliche Nachfolge und Pflichtteilsberechtigung „aus“ Erbverträgen oder letztwilligen Verfügungen, die vor dem 1. Jänner 2017 errichtet wurden, nach altem Recht zu beurteilen sind, und (ii) Schenkungen nur dann nach der Neuregelung zu beurteilen sind, wenn der Vertrag nach deren Inkrafttreten geschlossen wurde. Das wirft mehrere Fragen auf.

(a) Zunächst ist unklar, wie weit der Begriff der „erbrechtlichen Nachfolge“ reicht. Gemeint ist wohl die Gültigkeit und Auslegung von letztwilligen Verfügungen, wobei sich die Maßgeblichkeit des alten Rechts in Formfragen schon aus Z 6 ergibt. Sollten auch andere Materien der „erbrechtlichen Nachfolge“ zugeordnet werden (was vom Wortlaut her möglich ist), wäre eine Klarstellung erforderlich.

(b) Fraglich ist weiters, was eine Pflichtteilsberechtigung „aus“ einer letztwilligen Verfügung sein soll. Denn Kern des Pflichtteilsrechts ist, dass es *trotz* einer (entgegenstehenden) letztwilligen Verfügung besteht. Soweit es um Fragen der Einrechnung von letztwilligen Zuwendungen in den Pflichtteil geht, nehmen die Erläuterungen offenbar die Maßgeblichkeit des neuen Rechts an. Es wäre daher sinnvoll, wenn die Erläuterungen ein Beispiel für die Anwendung der Z 8 im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsrecht nennen würden.

(c) Der Begriff Schenkung in Z 8 ist offenkundig im Sinn des neuen Rechts zu verstehen. Er erfasst daher sowohl Schenkungen als auch Vorempfänge und Vorschüsse im Sinn des alten Rechts. Das Gesetz ordnet an, dass das neue Recht auf „Altschenkungen“ nicht anzuwenden ist, die Materialien ziehen daraus die naheliegende Konsequenz, dass dies zur weiteren Maßgeblichkeit des alten Rechts führt. Wenn daher in einem Pflichtteilsstreit Schenkungen zu beurteilen sind, die teilweise vor und teilweise nach dem Inkrafttreten der Neuregelung gemacht wurden (sei es an dieselbe, sei es an verschiedene Personen), ist unterschiedliches Recht anzuwenden. Es ist nur schwer nachvollziehbar, wie das erfolgen soll. Nach altem Recht ist zwischen Nachlasspflichtteil und Schenkungspflichtteil zu unterscheiden, Schenkungen und Vorempfänge sind unterschiedlich zu behandeln; nach neuem Recht fallen beide Differenzierungen zumindest weitgehend weg. Das kann zu beinahe unlösbaren Rechts- und Rechenfragen und zu willkürlichen Ergebnissen führen. Daher sollte erwogen werden, es bei der allgemeinen Regel der Z 3 (Maßgeblichkeit des neuen Rechts) zu belassen.

III. Zu den weiteren Bestimmungen des Entwurfs

1. Die teilweise neue Terminologie des materiellen Erbrechts (Pflichtteils- statt Noterbrecht, Vermächtnis statt Legat, Ersatz- bzw Nacherbschaft statt Substitution) erfordert Anpassungen in weiteren Gesetzen (ua AußStrG, Anerben- und Höferecht, RPflG). In § 174 Abs 1 AußStrG wurde das offenbar übersehen („Noterben“).

2. § 174a AußStrG enthält die Regelung zum Verfahren über die Abgeltung von Pflegeleistungen (§ 815 ABGB); diese sind, soweit ausreichende Grundlagen vorhanden sind, im Abhandlungsverfahren zu „berücksichtigen“, wobei die „Berücksichtigung“ nach § 178 Abs 2 Z 3

AußStrG in den Einantwortungsbeschluss aufzunehmen ist. Fraglich ist, weshalb diese Formulierung gewählt wurde; in § 18 Abs 2 Z 2 lit c RPflG (Richterzuständigkeit) wird (richtigerweise) auf die „Entscheidung“ über die Abgeltung von Pflegeleistungen abgestellt. Diese Entscheidung sollte – entgegen dem vorgeschlagenen § 178 Abs 2 Z 3 – getrennt von der Einantwortung möglich sein, was zumindest in den Erläuterungen klarzustellen wäre; sonst hätte die Regelung zur Folge, dass der (einheitliche) Einantwortungsbeschluss auch bei an sich bestehender Rechtspflegerzuständigkeit vom Richter zu fassen wäre.

3. Im Ansatz verständlich, aber nicht unproblematisch ist die vorrangige Berücksichtigung von Ansprüchen der pflegenden Personen bei einer Überlassung an Zahlungs statt (§ 154 Abs 2 Z 3 AußStrG). Zunächst fehlt die Einschränkung der Z 4 („unbestrittene oder durch unbedenkliche Urkunden bescheinigte Forderungen“). Daher müsste das Gericht über Grund und Höhe der nach § 815 ABGB angemeldeten Forderung entscheiden, was in einem Spannungsverhältnis zur Verweisung auf den Rechtsweg nach § 174a Abs 3 AußStrG stünde. Richtigerweise sollte die Einschränkung der Z 4 daher auch für die Z 3 übernommen werden. Sprachlich müsste es im Übrigen „dann *an die* pflegenden Personen (§ 815 ABGB)“ heißen.

Durch § 154 Abs 2 Z 3 wird die Gleichbehandlung der Gläubiger durchbrochen. Das gilt zwar schon bisher für die Sachwalterentlohnung nach § 154 Abs 2 Z 2. Diese wird aber bei einer Überlassung an Zahlungs statt idR betragsmäßig nicht ins Gewicht fallen. Hingegen können Ansprüche der Pflegenden, zumal bei einer Rund-um-die-Uhr-Pflege, eine beträchtliche Höhe erreichen. Die Vorrangeinräumung hat daher hohe praktische Bedeutung. Dann wäre es aber konsequent, sie auch für den Fall eines Verlassenschaftskonkurses vorzusehen.

4. § 12 Abs 3 und § 14 Abs 7 WEG sehen unter gewissen Umständen eine freiwillige Feilbietung des Mindestanteils durch das Grundbuchsgericht vor. Zumindest in der Erläuterungen sollte klargestellt werden, dass es sich dabei nicht um ein „Geschäft des Grundbuchsverfahrens“ iSv § 21 Abs 1 Z 1 RPflG handelt und daher Richterzuständigkeit besteht.

5. Zu den Änderungen aufgrund des Inkrafttretens der EuErbVO

5.1. Das Inkrafttreten der EuErbVO führt zu einer grundlegenden Änderung bei der Abwicklung transnationaler Nachlässe. Zuständig sind (grundsätzlich) die Gerichte des Staats, in dem der Erblasser im Zeitpunkt des Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art 4); damit ist auch ausländischer beweglicher und unbeweglicher Nachlass zwingend in Österreich abzuhandeln, wenn der Erblasser zuletzt hier ansässig war. Der gewöhnliche Aufenthalt im Zeitpunkt des Todes (und daher nicht mehr die Staatsangehörigkeit) bestimmt (grundsätzlich) auch das anwendbare Recht

(Art 21). Damit besteht die Möglichkeit, durch Wahl des gewöhnlichen Aufenthalts das anwendbare Erbrecht – insb das anwendbare Pflichtteilsrecht - zu bestimmen. All das erfordert Änderungen im österreichischen Verfahrens- und Kollisionsrecht.

5.2. Im Zuständigkeitsrecht entfällt der bisherige § 106 JN (inländische Gerichtsbarkeit) praktisch zur Gänze, weil sich die internationale Zuständigkeit für die Abhandlung einer Verlassenschaft und diese ersetzende Verfahren bei Tod des Erblassers ab dem 17. August 2015 ausschließlich aus der EuErbVO ergibt; das gilt auch bei Bezug (nur) zu einem Drittstaat. § 106 idF des Entwurfs (inländische Gerichtsbarkeit, wenn zur Durchführung eines gegenüber der EuErbVO vorrangigen Vertrags erforderlich) betrifft nach den Erläuterungen ausschließlich das Verhältnis zum Iran. Da die MS in Zukunft keine vergleichbaren Verträge schließen können, sollte – zur Vermeidung von Missverständnissen – der Gesetzestext nicht abstrakt formuliert werden, sondern den konkreten Fall regeln.

Auch für streitige Verfahren im Zusammenhang mit dem Erbrecht ergibt sich die internationale Zuständigkeit aus der EuErbVO; § 77 JN regelt daher in Zukunft grundsätzlich nur mehr die örtliche Zuständigkeit. Eine Ausnahme soll nach den Erläuterungen für Streitigkeiten über die Formgültigkeit einer letztwilligen Verfügung gelten, die nach Art 1 Abs 2 lit f EuErbVO vom Anwendungsbereich dieser VO ausgeschlossen sind. Allerdings ist sehr fraglich, ob diese Ausnahme auch dann greift, wenn die Formgültigkeit – was typischerweise zutrifft – nur Vorfrage im Streit über das Erbrecht ist (vgl zu den Ausnahmen vom Anwendungsbereich der EuGVVO *Czernich* in *Czernich/G. Kodek/Mayr*, Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht[4] Art 1 Rz 39 mwN). Die Erläuterungen sind in diesem Punkt daher missverständlich.

5.3. Die Neuregelungen im Außerstreitgesetz beziehen sich im Wesentlichen auf Verfahren, in denen (ausnahmsweise) nach ausländischem Recht abzuhandeln ist. Wegen des grundsätzlichen Gleichlaufs von Zuständigkeit und anwendbarem Recht wird das wohl nur in Fällen mit Drittstaatenbezug (Art 10 und 11 EuErbVO) bedeutsam sein. § 181b regelt das Verfahren zur Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ). Aus Art 67 Abs 1 lit a EuErbVO wird insbesondere abzuleiten sein, dass ein ENZ bei widerstreitenden Erbantrittserklärungen nicht vor der Einantwortung auszustellen ist. Insofern könnte eine Klarstellung in den Erläuterungen erwogen werden.

5.4. Nach § 33 Abs 1 lit d GBG sind ENZ als *öffentliche* Urkunden mögliche Grundlage für die Einverleibung im Grundbuch. Eine „genaue“ Angabe der Liegenschaft oder des Rechts (§ 32 Abs 1 lit a GBG) ist daher nicht erforderlich. Das kann zu Problemen in der Praxis führen, wenn das

ausländische ENZ eine zum Nachlass gehörende Liegenschaft nur mit der Adresse oder allenfalls auch gar nicht gesondert bezeichnet.

5.5. Die umfassende Regelung des Kollisionsrechts in der EuErbVO führt zur Aufhebung der §§ 28 bis 30 IPRG. Die vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommene Formgültigkeit fällt unter das Haager Testamentformabkommen, sodass auch insofern keine Regelung erforderlich ist. Fraglich könnte allenfalls sein, ob die EuErbVO auch Ansprüche gegen dritte Geschenknehmer erfasst. Sollte das letztlich verneint werden, könnte nach § 1 IPRG aufgrund der stärksten Beziehung angeknüpft werden; eine ausdrückliche Regelung ist nicht erforderlich.

Wien, am 4. Mai 2015
Dr. Ratz

Elektronisch gefertigt