

per E-Mail: [georg.kathrein@justiz.gv.at](mailto:georg.kathrein@justiz.gv.at)  
[peter.barth@justiz.gv.at](mailto:peter.barth@justiz.gv.at)

Bundesministerium für Justiz  
zH Herrn Sektionschef Hon.-Prof. Dr. Georg Kathrein  
zH Herrn Abteilungsleiter Dr. Peter Barth  
Museumsstraße 7  
1070 Wien

**OBERHUMER-DIVERS**  
Begutachtungsentwurf Erbrechtsänderungsgesetz 2015  
Stellungnahme

30.04.2015  
Sb: Dr. Oberhumer/24/EB  
DW: 136  
Dok.Nr.: 275342

Sehr geehrter Herr Dr. Kathrein,  
Sehr geehrter Herr Dr. Barth,

zur geplanten Reform des § 956 ABGB im Zuge des Erbrechtsänderungsgesetzes  
2015 geben wir aus der Sicht der erbrechtlichen Praxis unsere

## STELLUNGNAHME

ab wie folgt:

### 1. Zur geplanten Reform des § 956 ABGB

§ 956 ABGB in der Fassung des Begutachtungsentwurfes für das Erbrechtsänderungsgesetz 2015 sieht – gerafft zusammengefasst – vor, dass die Schenkung auf den Todesfall zu Lebzeiten des Geschenkgebers als ein

Vertrag anzusehen ist, nach dem Tod des Geschenkgebers aber wie ein Vermächtnis zu behandeln sei.

In den Erläuterungen wird dazu festgehalten, dass in der Lehre strittig sei, wie eine derartige Schenkung pflichtteilsrechtlich zu behandeln ist. Der vorgeschlagene Abs 2 *leg cit* soll diesbezüglich „Klarheit“ schaffen, indem festgestellt wird, dass das Geschenk in den Nachlass fällt und wie ein Vermächtnis zu behandeln ist, sofern es beim Tod des Erblassers noch in dessen Eigentum war.

Unseres Erachtens hat sich der Gesetzgeber damit für die rechtlich wenig überzeugende „Vermächtnislösung“ entschieden, bei der die Schenkung auf den Todesfall mit dem Tod des Geschenkgebers plötzlich ihre Rechtsnatur wechselt. Dieser Ansatz ist darüber hinaus aus praktischen Erwägungen abzulehnen, wie im Folgenden zu zeigen ist.

## **2. Zu den Vorbehalten gegen die geplante Reform**

### **a) Verstoß gegen das Prinzip pacta sunt servanda**

Der Reformvorschlag steht in einem störenden Widerspruch zum allgemeinen Prinzip „pacta sunt servanda“. In der Literatur wurde dies bereits überzeugend dargelegt, sodass eine detaillierte dogmatische Darstellung unterbleiben kann. Wir verweisen diesbezüglich auf *Rabl*, Die Schenkung auf den Todesfall im Pflichtteilsrecht, NZ 2005, 129 und *Oberhumer*, Die Schenkung auf den Todesfall – kein Zwitter, NZ 2008, 129, also jene beiden Aufsätze, die auch in OGH 27.01.2011, 2 Ob 148/10v als Referenzbeiträge genannt werden.

Die vom Gesetzgeber vorgeschlagene Vermächtnislösung bringt im Wesentlichen die Gefahr mit sich, dass der Geschenkgeber die Bestimmung

des § 783 ABGB zur Beitragspflicht der Legatäre (beibehalten als § 764 Abs 2 des Entwurfs) missbraucht, um den Beschenkten nachträglich zu belasten und so den geschlossenen Vertrag zu unterlaufen. Der Geschenkgeber kann bei Vorhandensein eines Noterben dem Beschenkten nämlich zumindest einen Teil seines Geschenks sanktionslos vorenthalten, wie das folgende Beispiel anschaulich verdeutlicht:<sup>1</sup>

Beispiel (nach der geplanten Vermächtnislösung):

*Der Geschenkgeber G bereut es zutiefst, dass er seiner Freundin F vor Jahren EUR 1 Million auf den Todesfall geschenkt hat. Vom Schenkungsvertrag kann er nicht einseitig abgehen, ein Widerrufsgrund nach den §§ 947 ff ABGB liegt nicht vor. Sein restliches Vermögen beläuft sich ebenfalls auf EUR 1 Million. Dieses vermacht er nun letztwillig seinem Schulfreund S. Als G stirbt, fordert die einzige Hinterbliebene, Ehefrau E, ihren Pflichtteil, der bei der Vermächtnislösung EUR 1 Million beträgt (ie die Hälfte des reinen Nachlasses iHv EUR 2 Millionen). Zur Pflichtteilsdeckung müssen nach § 783 ABGB F und S verhältnismäßig (1:1) mit jeweils EUR 500.000 beitragen. Im Ausmaß dieser Kürzung muss sich F einen Widerruf des Geschenks gefallen lassen.*

Rabl, NZ 2005, 13, zeigt, dass die Gefahr für den Beschenkten sogar noch größer ist: Die Vermächtnislösung ermöglicht es dem „findigen Erblasser“, über § 783 ABGB die Verpflichtung aus dem Schenkungsvertrag sogar vollständig zu vereiteln. § 783 ABGB ist nämlich insofern dispositiv, als der Erblasser die interne Verteilung der Pflichtteilslast abweichend so regeln kann, dass nur der auf den Todesfall Beschenkte zur Entrichtung der Pflichtteile beitragen muss. In unserem Beispiel hätte G also anordnen können, dass nur die Freundin F eine Beitragspflicht trifft. Von ihrem Geschenk wäre nichts übrig geblieben.

<sup>1</sup> Der Einfachheit halber beziehen sich sämtliche §§-Angaben – sofern nicht ausdrücklich anders angegeben – auch im Folgenden auf die derzeit geltende Fassung des ABGB.

Die Beitragspflicht nach § 783 ABGB ermöglicht nicht nur ein Unterlaufen des Schenkungsvertrages, sie begünstigt auch die falschen Personen. Nicht dem Noterben, sondern nur den allfälligen Testamentserben und Legataren kommt sie zugute. Löst man das genannte Beispiel nach der Vertragslösung, bei der die Schenkung auf dem Todesfall auch nach dem Tod des Geschenkgebers G als Vertrag behandelt wird, so wird das sehr deutlich:

Variante zum Beispiel (nach der Vertragslösung):

*Verlangt E eine Schenkungsanrechnung nach § 785 ABGB, so beträgt ihr erhöhter Pflichtteil ebenfalls EUR 1 Million. Zu dessen Deckung muss nur der Legatar S beitragen, weil die auf den Todesfall beschenkte Freundin F für die Vertragslösung nicht unter § 783 ABGB fällt und der restliche Nachlass groß genug ist, um daraus den Pflichtteil zu decken (keine Anwendbarkeit des § 951 ABGB in diesem Fall). Die Ehefrau kann das Vermächtnis zur Gänze (EUR 1 Million) kürzen. S geht leer aus.*

Dieses Ergebnis ist sachgerecht: Im Gegensatz zum Vermächtnisnehmer hat der Beschenkte einen Vertrag abgeschlossen. Diese vertragliche Bindung kann und darf nicht grundlos widerrufen werden.

Das Vermächtnis andererseits ist nur eine einseitige Verfügung, die der Erblasser jederzeit widerrufen kann. Der Erblasser kann eine Zuwendung in Form eines Vermächtnisses – rechtlich gedeckt – nach freien Stücken, willkürlich und aus einer Laune heraus zurücknehmen. Das Vermächtnis ist im Vergleich zum Schenkungsvertrag eben ein Minus. Der Legatar kann nie sicher sein, ob seine Zuwendung nicht irgendwann ersatzlos widerrufen wird. Ihm steht nur eine rechtlich irrelevante Aussicht auf ein Vermächtnis zu, aber nicht mehr.

Unseres Erachtens darf dem Geschenknehmer dessen stärkere Position zu Lebzeiten nicht plötzlich nach dem Tod seines Vertragspartners aberkannt werden. Die vertragliche Bindung steht einer Zurückstufung der Schenkung auf den Todesfall auf die Ebene eines widerruflichen Vermächnisses entschieden entgegen. Die Besserstellung des Vertragspartners zu vernachlässigen, hieße, ein lebzeitiges Rechtsgeschäft zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer nicht zu respektieren. Genau das machen aber die Vermächtnislösung und damit auch der Reformvorschlag, indem sie den Beschenkten nach dem Tod des Schenkers nur mehr wie einen Vermächtnisnehmer behandeln.

Dieselben Einwände sind mit Blick auf die Einrechnungspflicht auf den gesamten Pflichtteil nach § 787 Abs 1 ABGB (beibehalten als § 780 Abs 1 des Entwurfs) zu erheben, wenn der auf den Todesfall Beschenkte selbst Noterbe ist: Die Anwendung dieser Bestimmung „pervertiert das Wesen des Schenkungsvertrags“ (*RabI*, NZ 2005, 136 f) durch den Verlust der vertraglichen Begünstigung und begünstigt nur den Testamentserben:

Wenn der Geschenkgeber seine Zusage etwa Jahre später willkürlich rückgängig machen will, so kann er inhaltlich sein Ziel ganz leicht erreichen: Den Pflichtteil kann er dem beschenkten Noterben sowieso nur bei Vorliegen bestimmter Gründe entziehen (derzeit §§ 768 ff ABGB). Der Geschenkgeber führt nun eine Situation herbei, in welcher der Beschenkte nur den Pflichtteil fordern kann (zB durch wissentliche Übergehung im Testament). Bei einer Einrechnung nach § 787 Abs 1 ABGB (zB auf Verlangen des testamentarischen Alleinerben) bekommt der Noterbe im „Idealfall“ für den treulosen Geschenkgeber zwar etwas aus dem Nachlass in Gestalt der Schenkung auf den Todesfall, sein Pflichtteil wäre aber gleich hoch gewesen. Wirtschaftlich ist der Schenkungsvertrag für den Beschenkten damit wertlos.

b) Skepsis der rechtssuchenden Bevölkerung

Aus der Sicht der Praxis ist die geplante Neuregelung ebenso „verunglückt“: Für den Mandanten, der als Beschenkter Vertragspartei einer Schenkung auf den Todesfall ist, gibt es keine plausible Erklärung dafür, warum er plötzlich nach dem Tod seines Vertragspartners nur mehr die schwache Position eines Vermächtnisnehmers haben soll, wo er doch einen Schenkungsvertrag – und diesen noch dazu in einem Notariatsakt – abgeschlossen hat.

Der Mandant greift gerade zur Schenkung auf den Todesfall, um sich vertraglich abzusichern. Zu diesem Zweck ist er auch bereit, die Transaktionskosten zu übernehmen. Schon jetzt sorgt der Theorienstreit für eine gewisse Unsicherheit der Klienten. Bei gehöriger Aufklärung muss der Vertragserrichter darauf hinweisen, dass das Risiko einer Umdeutung und damit Herabstufung des Schenkungsvertrages aufgrund seiner zum Teil bejahten „Zwitternatur“ (Vertrag bis zum Tod, Vermächtnis danach) besteht.

Warum aber sollte eine Partei die Kosten für Rechtsanwalt und Notar tragen, wenn das Ergebnis nach dem Tod des Erblassers jedenfalls, weil gesetzlich angeordnet, „nur“ ein Vermächtnis ist, das die Parteien auch weit billiger oder sogar kostenlos (über ein eigenhändiges Testament) haben hätten können? Die graduellen Unterschiede aufgrund der vertraglichen Bindung (nur) zu Lebzeiten haben für die Mandanten aufgrund der oben dargestellten Möglichkeiten, diese Bindung zu unterlaufen, erfahrungsgemäß jedenfalls wenig Überzeugungskraft. Jeder Praktiker, der seine Aufklärungspflichten als Berater ernst nimmt, wird diese Skepsis der rechtssuchenden Bevölkerung bestätigen können.

c) Widersprüchlichkeit der Reform

Das wichtigste Argument der Vertreter der Vermächtnistheorie, zu denen insbesondere Prof. *Welser* gehört, sind die Interessen der Pflichtteilsberechtigten. Das war schon bislang nicht überzeugend, weil die Pflichtteilsberechtigten über die Schenkungsanrechnung nach § 785 ABGB (§§ 781 ff des Entwurfs) auch bei der Vertragslösung geschützt sind. Ein Unterlaufen des Pflichtteilsrechts durch Schenkungen, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers und Erblassers gemacht worden sind, ist nach richtiger Auffassung schon jetzt nicht möglich, weil die Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 ABGB nicht ab dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts, sondern erst ab der Erbringung des tatsächlichen Vermögensopfers läuft.

Diese Vermögensopfertheorie wurde nicht nur vor kurzem vom OGH zu 2 Ob 39/14w auch außerhalb des Stiftungsrechts bejaht, sondern soll nun nach dem Reformvorschlag – zu Recht – sogar ausdrücklich im Gesetz (§ 781 Abs 3 letzter Satz des Entwurfs) verankert werden. Damit fällt aber das zentrale Argument der Vermächtnistheorie jedenfalls weg. Warum der Begutachtungsentwurf in § 781 Abs 3 letzter Satz expressis verbis das Hauptargument für die Vermächtnistheorie beseitigt, diese gleichzeitig aber in § 956 des Entwurfs im Gesetz verankern will, bleibt im Dunkeln.

Dasselbe gilt für die geplante Beseitigung des Pflichtteilsrechts der Aszendenten. Pflichtteilsberechtigte Aszendenten können – das ergibt sich schon aus dem Gesetz – keine Schenkungsanrechnung nach § 785 ABGB verlangen. Dies wird mitunter gegen die Vertragslösung ins Treffen geführt, welche die Noterben ja über die Schenkungsanrechnung schützt. Mit der geplanten und richtigen Herausnahme der Aszendenten aus dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten (§ 757 des Entwurfs) fällt auch dieses Argument für die Vermächtnistheorie weg.

Die Reform ist damit in sich widersprüchlich: Zum einen werden die zwei wichtigsten Argumente für die Vermächtnislösung pulverisiert, zum anderen aber gerade die Vermächtnistheorie zum Sieger des Theorienstreits gekürt. Bei richtiger Betrachtung sprechen die Verankerung der Vermögensopfertheorie und die Streichung der Pflichtteilsberechtigung der Aszendenten unseres Erachtens ganz eindeutig für die Vertragslösung.

### 3. Änderungsvorschlag

Unseres Erachtens ist der Gesetzgeber gehalten, dogmatisch und praktisch taugliche Lösungen zu finden und umzusetzen.

Vor dem Hintergrund des oben Gesagten schlagen wir anstelle des in Begutachtung geschickten § 956 Abs 2 Satz 2 ABGB zur Klarstellung im Sinne der Vertragslösung folgende Textierung vor:

*„Diese Schenkung auf den Todesfall ist auch nach dem Tod des Geschenkgebers als Vertrag zu behandeln.“*

In § 764 Abs 2 und § 780 Abs 1 des Entwurfs ist die Schenkung auf den Todesfall aus dem Gesetzeswortlaut zu streichen.

Für eine nähere Diskussion stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

*Dr. Norbert Scherbaum*

*Dr. Martin Gärtner*

*Dr. Clemens Jaufer*

*Dr. Gerold Oberhumer*