Fragen zu Pflichtteilsquote, Pflichtteilserfüllung, Pflichtteilsdeckung und Erbseinsetzung (Teil 2)

Univ.-Doz. Dr. Manfred UMLAUFT

III. Pflichtteilsquote und Pflichtteilserfüllung

In der gebotenen Kürze darf ich meinen Zugang zum Thema Pflichtteilsrecht/Pflichtteilsquote/Pflichtteilserfüllung darlegen:

Ich bin ein Verfechter des Pflichtteilsrechtes und befinde mich in dieser Frage in guter Gesellschaft mit Welser, F. Bydlinski; B. Jud und zahlreichen anderen namhaften Autoren.[471])

Was die Pflichtteilsquote anbelangt, trete ich für eine Reduktion ein.[472]) Ich denke hier für die Kinder und den Ehegatten des Erblassers an eine Pflichtteilsquote in Höhe eines Drittels der jeweiligen gesetzlichen Erbquote. Folgende Gründe sprechen für eine Reduktion der Pflichtteilsquoten:

- Die Familien sind heute gewöhnlich nicht mehr so kinderreich wie dies vor Jahrzehnten der Fall war. Folglich erhöht sich auf Grund der geringeren Kinderanzahl die Pflichtteilsquote des einzelnen Kindes entsprechend. Schon unter diesem Gesichtspunkt wäre eine Reduktion der Pflichtteilsquote vertretbar.
- Außerdem werden nach den Jahrzehnten des wirtschaftlichen Aufschwungs heute tendenziell größere Vermögensmassen vererbt. Auch unter diesem Aspekt erscheint es fragwürdig, ob ein Kind wirklich in Höhe der halben gesetzlichen Erbquote daran partizipieren soll und muss.
- Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, trete ich für ein konsequent ausgestaltetes Pflichtteilsrecht ein, das heißt das Pflichtteilsrecht soll so geregelt sein, dass es prinzipiell für alle gilt und es für die „Schlauen" nicht allzu leicht ist, dem Pflichtteilsrecht zu entkommen. Dies alles kann weit eher befürwortet werden, wenn die Pflichtteilsquote reduziert wird.

Ob das Pflichtteilsrecht für die Aszendenten noch zeitgemäß ist, darf bezweifelt werden. Nach meinem Dafürhalten könnte es abgeschafft werden.[473])

---

471) Nachweise bei *Welser*, Gutachten 95 ff.

472) Ebenso *Hoffmann*, Gedanken eines Praktikers zum österreichischen Erbrecht, in FS Welser (2004) 291; aa *Welser*, Gutachten 100.

473) Ebenso *Hoffmann*, FS Welser 291; *B.Jud*, Reformbedarf im Erbrecht, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein, Schauer* (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 252.

Auch der Vorschlag, die Fälligkeit des Pflichtteilsanspruches zu entschärfen, ist zu unterstützen.[474]) Dies ist eine sinnvolle flankierende Maßnahme, um Härtefälle zu vermeiden.

IV. Das zur Pflichtteilsdeckung geeignete Vermögen

1. Derzeitige Rechtslage

Der Erblasser kann den Pflichtteil auf vielfache Weise hinterlassen, nämlich als Erbteil, als Legat, als Schenkung auf den Todesfall, allenfalls auch durch Einräumung einer Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung (§ 774).[475]) § 774 bestimmt weiters: Der Pflichtteil „muss aber den Noterben ganz frei bleiben. Jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig. Wird dem Noterben ein größerer Erbteil zugedacht, so kann sie nur auf den Teil, welcher den Pflichtteil übersteigt, bezogen werden".

Dem gegenüber bestimmt § 808 letzter Satz, dass Noterben „die Erbschaft mit Vorbehalt ihres Pflichtteiles ausschlagen" können.

Über das Verhältnis der soeben zitierten Bestimmungen der §§ 774, 808 wurde lange Zeit heftig diskutiert. Die heute hA kann wie folgt zusammengefasst werden: Wird dem Noterben mehr als sein Pflichtteil mit einer Belastung zugewendet, so kann er jenen Teil der Zuwendung, der dem Pflichtteil entspricht, unbelastet annehmen und die Mehrzuwendung ausschlagen. Es ist aber nicht zulässig, statt der zugewendeten Pflichtteilsdeckung den Geldpflichtteil zu beanspruchen.[476]) Dies ist ausnahmsweise nur dann möglich, wenn die verfügte Belastung unteilbar ist und somit nicht auf die Mehrzuwendung beschränkt werden kann.[477]) Keine unzulässigen Belastungen iSd § 774 sind hingegen solche, die vom Erblasser nicht letztwillig verfügt wurden, sondern der zugewendeten Sache gleichsam schon anhaften, wie zB bezüglich eines Gesellschaftsanteiles die im Gesellschaftsvertrag verankerte Verfügungs- und/oder Stimmrechtsbeschränkung, eine Dienstbarkeit oder eine Hypothek auf einem zugewendeten Grundstück.[478])

Eine gewisse Liberalisierung in diesem Bereich ist in der jüngeren oberstgerichtlichen Rsp zu erkennen:

---

474) *Welser*, Gutachten 105 ff (115 ff) (mwN). In diesem Sinn auch (allerdings eingeschränkt auf Pflichtteilsansprüche in Bezug auf Unternehmen und Unternehmensanteile) das Ergebnis einer Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen, verfasst von *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht (2006) 15 ff.

475) *Koziol/Welser* II [13], 549 mwN.

476) *Koziol/Welser* II [13], 550.

477) *Koziol/Welser* II [13], 550.

478) Vgl *Koziol/Welser* II [13], 549; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB[3] III § 774 Rz 3.

- In seiner Entscheidung 6 Ob 189/98 g[479]) judiziert der OGH, dass die Einräumung einer Unterbeteiligung an dem auf den Erben übergegangenen OHG-Anteil als Pflichtteilsdeckung geeignet sei. Eine ungehinderte Verwertungsmöglichkeit habe der Gesetzgeber in § 774 nämlich nicht im Auge, zumal er nicht angeordnet habe, dass der Pflichtteil vom Erblasser nur in Geld oder in sofort verwertbaren Sachen zugewendet werden dürfe. Dies gelte im entschiedenen Fall umso mehr, als es um die Erhaltung eines Unternehmens gehe, welche durch die sofort in Geld auszuzahlenden Pflichtteilsansprüche gefährdet sein könnte.
- Ganz auf dieser Linie liegen die weiteren Entscheidungen des OGH, nämlich
  - 1 Ob 2364/96 w:[480]) Nach dieser Entscheidung kann der erbl. Ehegatte grundsätzlich nicht zwischen dem Vorausvermächtnis der Ehegattenwohnung und der Pflichtteilsabgeltung in Geld wählen, sodass er also das Vermächtnis der Ehegattenwohnung grundsätzlich als Pflichtteilsdeckung annehmen muss. Dies gilt nur dann nicht, wenn dem Ehegatten das Verbleiben in der Wohnung aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen unzumutbar oder unmöglich ist (Notwendigkeit der Unterbringung in einem Alten- oder Pflegeheim); in diesem Falle kann der Ehegatte den ungekürzten Geldpflichtteil beanspruchen.
  - Ganz ähnlich auch OGH 5 Ob 14/02 y: Dem erbl. Sohn wurde gestattet, das ihm zur Pflichtteilsabdeckung vermachte persönliche Wohnungsgebrauchsrecht auszuschlagen und den Geldpflichtteil zu verlangen, da der Noterbe weit entfernt (in Australien) wohnhaft und sehr krank war.
  - Schließlich hat der OGH[481]) auch ein zugewendetes Fruchtgenussrecht als zur Pflichtteilsdeckung geeignet angesehen. Dasselbe müsste dann wohl auch für ein Rentenlegat gelten.

Diese jüngere Rechtsprechungslinie des OGH ist von einem durchaus pragmatisch-realitätsnahen Blick geprägt, der aber dort Halt macht, wo das Pflichtteilsrecht ad absurdum geführt würde (persönliches Wohnungsgebrauchsrecht in Österreich für einen in Australien wohnhaften, kranken Sohn).

Die wesentlichen Aussagen des OGH lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Eine sofortige Verwertbarkeit der Zuwendung durch den Noterben ist nicht erforderlich. Es reicht ein sukzessive zufließender Vermögensvorteil (Mieteinkünfte auf Grund eines Fruchtgenussrechtes; Gewinnansprüche aus einer Unterbeteiligung). Dieser Vermögensvorteil kann auch darin liegen, dass sich der Noterbe durch ein eingeräumtes Wohnungsrecht die Miete für eine Wohnung erspart.

---

479) NZ 2000, 36 (*Zankl*) = SZ 71/166.
480) NZ 1998, 60.
481) 3 Ob 47/97 a.

- Der Erhalt eines Unternehmens wird ausdrücklich als dem Gesetz inne wohnende Absicht erkannt (Vergleich mit dem bäuerlichen Anerbenrecht).
- Zu Recht betont der OGH aber auch, dass eine nicht sofort verwertbare zugewendete Sache dem Noterben dennoch einen – wenn auch nur über eine längere Zeit realisierbaren – Nutzen stiften muss. Diese Zuwendung darf also für den Noterben nicht nutzlos bzw unzumutbar sein. Unzumutbar als Pflichtteilsdeckung ist nach dem OGH demnach ein höchstpersönliches Wohnungsgebrauchsrecht für den in Australien wohnhaften, kranken erbl. Sohn oder das Ehegatten-Wohnrecht gemäß § 758 für den erbl. Ehegatten, der im Hinblick auf die notwendige Unterbringung in einem Alters- bzw Pflegeheim dieses Wohnrecht nicht mehr ausüben kann.

2. Anforderungen an eine Neuregelung

a) Eröffnung von Gestaltungsmöglichkeiten

Wie soeben dargelegt wurde, sind die vom OGH als mit der Pflichtteilsdeckung nicht im Widerspruch stehenden Möglichkeiten der Gestaltung von Vermögenszuwendungen an Noterben durchaus geeignet, als Orientierung für eine künftige Neufassung der diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen herangezogen zu werden. Diese vom OGH herausgearbeiteten Grundsätze überzeugen nämlich in zweierlei Hinsicht: Einerseits eröffnen sie gewisse Gestaltungsfreiräume, die gerade für den Erhalt zusammenhängender Vermögensmassen, insbesondere von Unternehmen bzw Unternehmensanteilen, sehr zweckdienlich sind. Andererseits zeigt der OGH auch Grenzen der Gestaltungsmöglichkeit dahingehend auf, dass das Pflichtteilsrecht dadurch nicht ad absurdum geführt werden darf. Es ist nämlich bezüglich der Frage, ob eine Vermögenszuwendung als zur Pflichtteilsdeckung geeignet angenommen werden muss oder diese ausgeschlagen und an ihrer Stelle der Geldpflichtteil beansprucht werden kann, die Zumutbarkeitsgrenze zu beachten.

b) Damit verbundene Probleme

Die Vorteile, die mit den vom OGH tolerierten Gestaltungsmöglichkeiten verbunden sind, dürfen allerdings den Blick auf die damit allenfalls einhergehenden Probleme nicht verstellen. Exemplarisch sei auf folgende, aus dem Leben gegriffene Sachverhalte verwiesen:

- *An einem Gesellschaftsanteil wird ein Fruchtgenussrecht zur Pflichtteilsdeckung eingeräumt. Was ist, wenn das Unternehmen zwar einen hohen Substanzwert hat (wertvolle Liegenschaften), allerdings marktbedingt auf längere Zeit voraussehbar keinen Gewinn abwerfen wird. Das Fruchtgenussrecht geht ins Leere!*
- *Selbst wenn im vorgenannten Fall ein Gewinn erwirtschaftet wird, die Mehrheitsgesellschafter jedoch zur Finanzierung künftiger Investitionen be-*

schließen, diesen Gewinn nicht auszuschütten, stiftet das Fruchtgenussrecht dem Noterben auch keinen vermögenswerten Vorteil.

- *Der betagte erbl. Ehegatte kann zwar das Ehegatten-Wohnrecht gemäß § 758 noch eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Es ist allerdings absehbar, dass er mittelfristig in einem Heim untergebracht werden muss. In diesem Falle stellt das Ehegatten-Wohnrecht einen sehr beschränkten Nutzen dar.*

Es zeigt sich also, dass die notwendige und begrüßenswerte Vergrößerung des Gestaltungsspielraumes eine Begrenzung dahingehend verlangt, dass solche Zuwendungen, wenn sie für die Pflichtteilsdeckung geeignet sein sollen, für den Noterben objektiv zumutbar sein müssen. Diese Zumutbarkeitsgrenze wird man mit allgemeinen Kriterien zu umschreiben haben, „detailverliebte" Regelungen werden im Hinblick auf die Vielfalt der Lebenssachverhalte zu keinem brauchbaren Ergebnis führen.

In diesem Bereich wird die Phantasie des Testamentsverfassers gefordert sein: Bezweckt eine Vermögenszuwendung einen sukzessiven Vermögenszufluss an den Noterben, so wird diese Gestaltung insoweit als zur Pflichtteilsdeckung geeignet und somit zumutbar sein, als korrespondierend dazu eine „Ausstiegsmöglichkeit" für den Noterben für den Fall vorgesehen ist, dass der sukzessive Vermögenszufluss tatsächlich nicht stattfindet (Unternehmen erwirtschaftet keine Gewinne oder Gewinne werden nicht ausgeschüttet). Hier bietet sich an, in der letztwilligen Verfügung anzuordnen, dass der Pflichtteil oder ein bestimmter Teil davon innerhalb einer bestimmten Zeit zufließen muss, andernfalls der Noterbe dann noch das Recht hat, die Zuwendung auszuschlagen und den nach Abzug der tatsächlich zugeflossenen Vermögenswerte verbleibenden Geldpflichtteil zu verlangen.

Weniger problematisch wird das Fruchtgenussrecht an einem Haus oder an einer Wohnung sein. Hier hat der Noterbe die Möglichkeit, das betreffende Objekt selbst zu bewohnen oder auch zu vermieten. Freilich kann es zu Mietausfällen kommen; theoretisch ist auch denkbar, dass der Vermietungsmarkt zusammenbricht. Dagegen ist einzuwenden, dass auch der geltend gemachte Geldpflichtteil problematisch ist, wenn es zu einer galoppierenden Inflation oder zu einem Zusammenbruch des Währungssystems käme. Von solchen Extrem-Situation sollte sich der Gesetzgeber nicht leiten lassen, da unter diesen Umständen jede Regelung „anfechtbar" ist.

In diesem Zusammenhang ist allerdings das Augenmerk darauf zu legen, dass in eine Neuregelung keine Wertungswidersprüchlichkeit hineingetragen wird: Eine solche könnte nämlich leicht dadurch entstehen, dass einerseits diese Gestaltungsmöglichkeiten zugelassen werden und andererseits eine allgemeine Stundungsmöglichkeit für den Pflichtteil unter bestimmten Voraussetzungen für einen Zeitraum von zB fünf Jahren gesetzlich verankert wird. Dies würde bedingen, dass durch die Einräumung eines Dauerrechtes die (sukzessive) Fälligkeit des Pflichtteiles allenfalls erheblich über die allgemeine Stundungsfrist

hinaus verlängert werden könnte. Hiezu sind noch ergänzende Überlegungen anzustellen.

Immer wieder ist man bei der Testamentsberatung mit folgendem Problem konfrontiert: Die Nachkommen des Testators sind noch im Kindesalter. Sollte er frühzeitig sterben und die Kinder noch keine gefestigten Persönlichkeiten sein, so ist es in sehr vielen Fällen der Wunsch, dass die Nachkommen des Testators nicht mit erreichter Volljährigkeit, also mit Vollendung des 18. Lebensjahres, sondern erst einige Jahre später, etwa mit 25 Jahren, einen freien Zugriff auf das Nachlassvermögen erhalten sollen. Die dahinter stehende Absicht ist klar: Bei jungen Menschen mit 18 oder 20 Jahren steht meist noch der jugendliche Übermut im Vordergrund; die Vernunft ist in diesem Alter in den meisten Fällen erst in Ansätzen erkennbar. Ein freier Vermögenszugriff in diesem Alter kann für junge Menschen fatal sein. Es besteht die – nicht unbegründete – Besorgnis der Eltern, dass bei entsprechendem Vermögen der junge Mensch die Notwendigkeit einer Ausbildung nicht mehr sieht. Das geerbte Vermögen ist oft schnell verbraucht. Schlussendlich steht der junge Mensch ohne Vermögen und auch ohne Ausbildung da. Das wollen verantwortungsbewusste Eltern vielfach verhindern, weshalb die letztwillige Anordnung einer Beschränkung der Verfügung über das erbl. Vermögen bis zur Vollendung des etwa 25. Lebensjahres zulässig und für die Pflichtteilsdeckung nicht schädlich sein sollte.

c) Gesetzliche Verankerung der Socinischen Kautel?

Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass der Noterbe eine zur Pflichtteilsdeckung nicht geeignete Zuwendung annehmen und darüber hinaus auch noch den Geldpflichtteil verlangen kann.[482]) Es wird zwar erwähnt, dass dagegen allenfalls mit einer Anfechtung der Vermögenszuwendung auf Grund eines Irrtums des Erblassers vorgegangen werden kann.[483]) Der anfechtende Erbe ist allerdings beweispflichtig und das Ergebnis einer solchen Anfechtung somit ungewiss.

Aus meiner notariellen Erfahrung bin ich mir in zwei Punkten sehr sicher:

Wenn ein Testator, dessen Zuwendung an den Noterben entgegen seiner Vorstellung nach seinem Tod nicht als zur Pflichtteilsdeckung geeignet angesehen wird, gefragt wird, ob es dann sein Wille sei, dass der Noterbe diese Zuwendung und zusätzlich auch den Geldpflichtteil verlangen kann, wird dies vom Erblasser in den allermeisten Fällen verneint! Dies sollte dann auch so ins Gesetz hineingeschrieben werden: Wird eine als Pflichtteilsdeckung nicht geeignete Zuwendung vom Noterben dennoch angenommen, ist sie zu bewerten

482) *Eccher* in *Schwimann*, ABGB[3] III § 774 Rz 3.
483) *Schauer*, Unteilbare Pflichtteilsdeckung und unteilbare Belastungen, RdW 1987, 151 f; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB[3] III § 774 Rz 3.

und in seinen Pflichtteil einzurechnen, es sei denn, dass sich aus der letztwilligen Verfügung ein anderer Wille des Erblassers ergibt.

Weiters kann die Frage auftreten, ob es dem Noterben gestattet sein soll, die vom Erblasser einer Vermögenszuwendung auferlegte Belastung hinsichtlich der Pflichtteilsdeckung abzulehnen und die restliche Zuwendung mit der Belastung anzunehmen. Auch in diesem Falle ist der typische Wille des Testators, dass dies nicht möglich sein soll. Auch dies sollte im Gesetz festgeschrieben werden, soweit sich nicht ein anderer Erblasserwille aus der letztwilligen Verfügung ergibt.

Das heißt also, dass die Socinische Kautel als dem typischen Erblasserwillen entsprechend gesetzlich verankert werden sollte. Wurde demnach eine Vermögenszuwendung vom Erblasser mit einer Belastung bzw Beschränkung verbunden, die dazu führt, dass diese Zuwendung nicht zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist, steht dem Noterben folgendes Wahlrecht zu: Er kann die Zuwendung entweder mit der gesamten Belastung bzw Beschränkung annehmen, die dann in seinen Pflichtteil eingerechnet wird. Will er dies nicht, kann er bei teilbarer Belastung bzw Beschränkung den dem Pflichtteil entsprechenden Teil der Zuwendung lastenfrei annehmen und die Mehrzuwendung ausschlagen; ist die Belastung bzw Beschränkung nicht teilbar, so kann er die gesamte Zuwendung ausschlagen und den Geldpflichtteil verlangen.

d) Eckpunkte einer Neuregelung

Eine gesetzliche Neuregelung der Pflichtteilsdeckung sollte von folgenden Grundpfeilern getragen sein:

- Der Pflichtteil kann in Form eines Erbteiles, eines Legates, einer Schenkung auf den Todesfall, einer Lebensversicherung und auch durch Einräumung einer Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung zugewendet werden. Eine sofortige Verwertbarkeit der Zuwendung ist nicht Voraussetzung. Dem Noterben muss jedoch — allenfalls sukzessive — ein Vermögenswert in Höhe mindestens des Pflichtteils zufließen.
- Die Zuwendung ist als Pflichtteilsdeckung nicht geeignet, soweit deren Annahme für den Noterben unzumutbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Zuwendung für den Noterben auf Grund seiner persönlichen Umstände bei objektiver Betrachtung keinen verwertbaren Vermögenszufluss darstellt.
- Eine vom Erblasser in Bezug auf die Zuwendung angeordnete Beschränkung des Verfügungsrechtes des Noterben bis zur Vollendung seines 25. Lebensjahres ist jedenfalls zulässig und diese Zuwendung dennoch zur Pflichtteilsdeckung geeignet.
- Dem Noterben steht in Bezug auf eine ihm gemachte Zuwendung, die nicht zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist, folgende Wahlmöglichkeit offen:

- Er kann die Zuwendung dennoch annehmen; ihr Wert ist in den Pflichtteil einzurechnen. Will er das nicht, kann er die Zuwendung ausschlagen und den Geldpflichtteil verlangen.
- Die andere Möglichkeit besteht darin, dass der Noterbe bei Teilbarkeit der Belastung den seiner Pflichtteilsquote entsprechenden Teil des zugewendeten Vermögens lastenfrei annehmen und die belastete Mehrzuwendung ausschlagen kann; bei Unteilbarkeit der Belastung kann der Noterbe die gesamte Zuwendung ausschlagen und den Geldpflichtteil verlangen.

Nicht möglich sollte jedoch sein, die zur Pflichtteilsdeckung nicht geeignete Zuwendung anzunehmen und zusätzlich den Geldpflichtteil zu verlangen. Ebenso wenig sollte es möglich sein, bei teilbarer Belastung den dem Pflichtteil entsprechenden Teil unbelastet und die Mehrzuwendung belastet anzunehmen.

V. Materielle Höchstpersönlichkeit der Erbseinsetzung

§ 564 bestimmt, dass der Erblasser seine Erben selbst einsetzen muss und deren Ernennung nicht einem Dritten überlassen darf. Wir sprechen hier vom „Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit".[484]) Dies gilt auch für die Bestimmung der Nacherben. Hat der OGH eine Anordnung, wonach die Nacherben vom Vorerben zu bestimmen sind, früher in eine zulässige Auflage umgedeutet,[485]) so wird auch diese Möglichkeit von der jüngsten OGH-Rsp abgelehnt. [486])

In diesem Zusammenhang ist aber erwähnenswert, dass demgegenüber § 651 anordnet, dass ein Erblasser, welcher ein Legat einer gewissen Klasse von Personen, wie beispielsweise Verwandten, Dienstpersonen oder Armen, zugedacht hat, die Verteilung unter diesen Personen dem Erben oder einem Dritten überlassen kann.[487])

In der Beratungspraxis ist man immer wieder mit folgender Aufgabenstellung konfrontiert:

Der Testator hat mehrere Kinder, die alle noch in Ausbildung begriffen sind. Zu seinem Vermögen gehören beispielsweise ein Haus, eine Wohnung und Bankguthaben. Zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung ist vollkommen ungewiss, welche Kinder sich familien- bzw berufsbedingt in der Ferne niederlassen und welche „zu Hause bleiben" oder wieder dorthin zurückkehren. Der Testator möchte aus diesem Grund sein Vermögen dem anderen Ehegattenteil vererben, dies allerdings mit der Beschränkung, dass dieses Vermögen, soweit es der überlebende Ehegattenteil nicht selbst für Unterhalts-, Krankheits- und/oder Pflegekosten

[484]) *Kletecka*, Die materielle Höchstpersönlichkeit letztwilliger Verfügungen, JBl 1999, 277 ff.
[485]) OGH SZ 60/225; 6 Ob 313/98 t.
[486]) 5 Ob 121/07 f = NZ 2006/34 = JBl 2008, 176 [*Rummel*].
[487]) *Eccher* in *Schwimann*, ABGB[3] III § 651 Rz 2.

benötigt, seinen Kindern als Nacherben zufallen soll. Dabei soll der Überlebende die Möglichkeit haben, das Vermögen zu gegebener Zeit unter den Kindern zu verteilen, nachdem klar ist, welches Kind beispielsweise Interesse am Elternhaus bzw an der weiteren vorhandenen Wohnung hat bzw für welche Kinder als Erbabfindung eher die Bankguthaben „interessant" sind. Dieser Zeitgewinn in Bezug auf die Entscheidung, wie das Vermögen unter den Kindern zu verteilen ist, stellt eine enorme Erleichterung für die Testamentserrichtung dar. Noch wichtiger in diesem Zusammenhang ist der auch immer wieder vorgetragene Sachverhalt, dass zum Vermögen des Testators auch ein Unternehmen gehört. Da seine Kinder die Ausbildung noch nicht abgeschlossen haben, ist noch nicht klar, ob und, wenn ja, welches Kind zur Unternehmensfortführung willens und geeignet ist. Auch die Verteilung des übrigen Vermögens ist noch nicht klar. Um in Bezug auf die Entscheidung über die Unternehmensfortführung und über die Verteilung des restlichen Vermögens Zeit zu gewinnen, ist es das Bestreben des Testators, sein Vermögen vorerst dem überlebenden Ehegattenteil zu vererben, dies mit der Beschränkung, dass das Unternehmen und das sonstige Vermögen spätestens nach dem Tod des überlebenden Ehegattenteiles von diesem nach dem dann gegebenen Kenntnisstand bzgl. Interessen, Neigungen und Fähigkeiten der Kinder unter diesen verteilt wird.

Im Hinblick auf die geforderte materielle Höchstpersönlichkeit der Erbs- und auch Nacherbseinsetzung ist eine solche Regelung kaum möglich bzw mit großen Unsicherheiten verbunden.[488]) Hier ist dafür zu plädieren, die geforderte materielle Höchstpersönlichkeit der Erbseinsetzung zu lockern. Dies muss und soll nicht so weit gehen, dass die Erbs- und Nacherbseinsetzung einem Dritten bzw dem Vorerben vollkommen frei überlassen wird. Vielmehr könnte sich eine Lockerung am § 651 orientieren, wonach die als Erben bzw Nacherben in Frage kommende Personengruppe vom Erblasser in seinem Testament bestimmt bzw definiert wird (zB die erblasserischen Kinder). Der Dritte bzw der Vorerbe hätte dann lediglich die Wahl, aus dieser Personengruppe den bzw die Erben (Nacherben) zu bestimmen. Dies käme dem geschilderten Bedürfnis der Rechtspraxis sehr entgegen. Nachteile einer solchen gesetzlichen Lockerung kann ich nicht erkennen.

VI. Teilausschlagung des Erbrechtes

Nach meinem Dafürhalten und meiner praktischen Erfahrung sollte der Gesetzgeber ins Auge fassen, die Teilausschlagung des Erbrechts zuzulassen. Dies soll anhand eines Beispieles untermauert werden:

Der Erblasser hinterlässt eine um 30 Jahre jüngere Witwe sowie zwei Kinder A und B. In seinem Testament beruft er sein Kind A zum Alleinerben.

---

[488]) *Lukas*, Unternehmensnachfolge von Todes wegen bzw im Hinblick auf den Todesfall, JEV 2009, 4 ff [8 f mwN].

Die Witwe soll das gesetzliche Vorausvermächtnis der Wohnung, wie es im § 758 vorgesehen ist, erhalten. Das Kind B wird auf den Pflichtteil gesetzt. Im Nachlass befindet sich „nur" das vom Erblasser und seiner Witwe bewohnte Einfamilienhaus. Da die Witwe noch eine Lebenserwartung von etwa 40 Jahren hat, ist dieses Haus (gesetzliches Ehegatten-Wohnrecht für 40 Jahre!) praktisch nicht verkäuflich. Die Erfüllung des Pflichtteilanspruches des Kindes B ist für den Erben A ein wirkliches Problem.

Wenn sich allerdings der Erbe A hinsichtlich seines testamentarischen Alleinerbrechtes in einem solchen Ausmaß (teilweise) entschlagen könnte, dass das Kind B einen seinem Pflichtteil entsprechenden Teil des Nachlasses erhält, wäre dieses Problem doch sachgerecht gelöst.

Aus meiner Sicht sprechen daher gute Gründe dafür, die Teilausschlagung gesetzlich zu ermöglichen. Die möglichen Bedenken, dass dadurch der letzte Wille des Erblassers allenfalls vereitelt wird, sind mE nicht überzeugend:

- Wenn der Erblasser sicherstellen will, dass die Erbschaft keinesfalls an eine bestimmte andere Person gelangt, so muss er dies eben als Auflage letztwillig verfügen. Dadurch kann verhindert werden, dass jemand zum Zuge kommt, den der Erblasser von seiner Erbschaft jedenfalls ausschließen will.
- Wenn der Erbe mit einer Verpflichtung belastet wird, die er nur höchstpersönlich erfüllen kann, wird gelegentlich das Problem gesehen, dass durch die Teilausschlagung die Erfüllung dieser Verpflichtung vereitelt wird. Das Argument relativiert sich schon im Hinblick auf die Möglichkeit der Totalausschlagung, auch hier kann die Erfüllung der höchstpersönlichen Pflicht vereitelt werden.[489]) Damit sie durch die Teilausschlagung nicht zum Teil verhindert werden kann, könnte allenfalls als flankierende Maßnahme im Gesetz normiert werden, dass eine Teilausschlagung nicht dazu führen darf, dass eine dem Erben auferlegte Pflicht, die er nur höchstpersönlich erfüllen kann, teilweise vereitelt wird. Das heißt, die höchstpersönliche Verpflichtung hat der teilausschlagende Erbe weiterhin zur Gänze selbst zu erfüllen. Im Übrigen sind Fälle mit einer höchstpersönlichen Verpflichtung im Zusammenhang mit einer gewünschten Teilausschlagung in der Praxis sehr selten.

VII. Verdinglichung des gesetzlichen Vorausvermächtnisses der Ehegatten-Wohnung (§ 758 ABGB)

Mit der Erbrechtsnovelle 1989[490]) wurde das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten erweitert um das Ehegatten-Wohnrecht in der bisherigen Ehewohnung (§ 758). Dies war ein sehr begrüßenswerter Schritt des Gesetzgebers, da dem überlebenden Ehegatten das bisherige Umfeld gesichert werden sollte. Unerklärlich für mich ist allerdings in diesem Zusammenhang der Umstand, dass kein

[489]) *Eccher* in *Schwimann*, ABGB[3] III § 808 Rz 5.
[490]) BGBl 1989/656 (wirksam seit 1.1.1991).

gesetzlicher Anspruch auf Verbücherung dieses Ehegatten-Wohnrechtes besteht. Auch die Rsp steht einem solchen Anspruch auf Verdinglichung ablehnend gegenüber.[491]),[492]) Wenn dieses Ehegatten-Wohnrecht ernst gemeint ist – und davon ist natürlich auszugehen –, dann sollte zum Schutz desselben ein gesetzlicher Anspruch auf Verbücherung vorgesehen werden.

[491]) OGH NZ 1994, 83.

[492]) Für die Einräumung eines dinglichen Wohnrechtes unter bestimmten Umständen schon nach der lex lata *Watzl,* Das Vorausvermächtnis des Wohnrechtes, JBl 1992, 619 f.