

Zeitschrift für

# FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion Edwin Gitschthaler  
Constanze Fischer-Czermak  
Andreas Tschugguel

Jänner 2022

01

1 – 48

## Beiträge

### Zur COVID-19-Impfung Minderjähriger

Joachim Pierer ↻ 5

Ehestörungsschadenersatz (Teil 1) Ida Kapetanovic ↻ 11

## EF Kurz gesagt

**Aufhebung letztwilliger Verfügungen bei Auflösung der Ehe/  
eingetragenen Partnerschaft/Lebensgemeinschaft (§ 725 Abs 1 ABGB)**  
Gregor Christandl ↻ 16

**Zum Einsichtsrecht der Erben in den Erwachsenenschutzakt**  
Thomas Schoditsch ↻ 18

## Rechtsprechung

**Adoptionsaufhebung muss Kindeswohl entsprechen**  
Marco Nademleinsky ↻ 20

**Der parfümierte Jäger aus scheidungsrechtlicher Sicht** ↻ 24

**Alkoholmissbrauch, Kiffen, Streiten – und das alles auf  
Handyaufnahmen** ↻ 25

**Gütergemeinschaft als Schenkung?** ↻ 31

**Zusammenspiel von Erb-, Insolvenz- und Prozessstatut**  
Jan Peter Schmidt ↻ 42

## EF Kurz gesagt

### Aufhebung letztwilliger Verfügungen bei Auflösung der Ehe/eingetragenen Partnerschaft/Lebensgemeinschaft (§ 725 Abs 1 ABGB)

#### Zugleich eine Besprechung der E 2 Ob 76/21 x<sup>1)</sup>

EF-Z 2022/5

Der OGH hat sich in der hier besprochenen Entscheidung erstmals zu der in der Lit str Frage geäußert, ob die gesetzl angeordnete<sup>2)</sup> Aufhebung einer letztwilligen Verfügung zugunsten eines früheren Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten gem § 725 Abs 1 selbst dann eintreten soll, wenn die letztwillige Verfügung vor Begründung der Ehe/EP/LG errichtet wurde.<sup>3)</sup>

Der Erbl hatte im Jahr 1978 ein Testament errichtet und darin seine von ihm als Lebensgefährtin bezeichnete spätere Ehegattin zur Alleinerbin eingesetzt. Das Testament hatte er selbst nach seiner Scheidung im Jahr 1990 nicht widerrufen und verstarb schließlich im Jahr 2018. Im Verlassenschaftsverfahren nach seinem Tod gaben die geschiedene Ehefrau sowie die Adoptivtochter widersprechende Erbantrittserklärungen ab.

Für die Entscheidung im Verfahren über das Erbrecht war die Frage zu klären, ob das vom Erbl im Jahr 1978 errichtete Testament wegen der im Jahr 1990 erfolgten Ehescheidung gem § 725 Abs 1 ABGB unwirksam geworden war.

In der Lit haben sich bezüglich der Frage, ob § 725 Abs 1 ABGB auch auf Verfügungen vor Eingehung der Ehe/EP oder LG anwendbar ist, unterschiedliche Meinungen herausgebildet. Nach einer

Meinung sollte es für die Aufhebung gem § 725 Abs 1 keinen Unterschied machen, ob die Ehe/EP oder LG vor oder nach der letztwilligen Verfügung eingegangen worden war. Die letztwillige Verfügung zugunsten eines früheren Ehegatten/eingetragenen Partners oder Lebensgefährten könne aufgrund des Wortlauts der Bestimmung nur dann als nicht aufgehoben gelten, wenn dies ausdrücklich in der Verfügung angeordnet worden sei.<sup>4)</sup> Demgegenüber sollte nach anderer Meinung die gesetzl angeordnete Aufhebung gem § 725 Abs 1 ABGB nur dann eintreten, wenn die letztwillige Ver-

1) Siehe EF-Z 2022/17 in diesem Heft.

2) Zur dogmatischen Einordnung nimmt der OGH in seiner Entscheidung allerdings nach wie vor nicht Stellung.

3) Zuletzt ausf *Fischer-Czermak*, Letztwillige Begünstigung bei Wegfall der Angehörigenstellung, EF-Z 2021, 249 (255).

4) Die in § 725 Abs 1 ABGB enthaltene Wendung „früheren Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten [...]“ weise nur darauf hin, dass das Angehörigenverhältnis im Zeitpunkt vor der Aufhebung der letztwilligen Verfügung bestanden haben müsse, nicht hingegen bereits im Errichtungszeitpunkt: *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 725 Rz 2; vgl auch *Welser*, Anmerkung zu OGH 2 Ob 76/21 x (NZ 2021/173), NZ 2021, 634 (634 f); diesem folgend *Mondel/Knechtel* in *Kle-tečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 725 Rz 2.

fügung während aufrechter Ehe/EP oder LG errichtet wurde. Diese Auslegung wurde auf den Wortlaut „dem früheren Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten“ gestützt.<sup>5)</sup> Nach einer vermittelnden Ansicht ist § 725 Abs 1 ABGB insofern teleologisch zu reduzieren, als bei Verfügungen vor Eingehung der Ehe/EP oder LG zumindest der Beweis zuzulassen ist, dass der Beweggrund des Verstorbenen nicht die spätere Eingehung der Ehe/EP oder LG war.<sup>6)</sup> Nach einer jüngst mit überzeugenden Argumenten vertretenen Ansicht ist die Aufhebung der letztwilligen Verfügung gem § 725 Abs 1 ABGB als gesetzl Vermutung eines Motivirrtums (Angehörigenstellung als ausschließliches Motiv) zu verstehen, sodass unabhängig davon, wann die Verfügung getroffen wurde, der Beweis eines ggt Willens des Erbl geführt werden kann und dieser Beweis umso leichter gelingt, je länger die Anordnung vor Eingehung der Beziehung errichtet wurde.<sup>7)</sup>

Der OGH folgt in der hier besprochenen Entscheidung der Ansicht von *Welser*, wonach es für die Rechtsfolge des § 725 Abs 1 ABGB nicht darauf ankommt, wann die Verfügung zugunsten des früheren Ehegatten/eingetragenen Partners oder Lebensgefährten errichtet wurde. Der Wortlaut stelle auf den Zeitpunkt der Beendigung des familienrechtl Verhältnisses ab und unterscheide daher nicht danach, ob die Verfügung vor oder nach Begründung des Familienverhältnisses angeordnet worden sei. Auch komme dem konkreten Motiv der Verfügung, das im Rahmen einer teleologischen Reduktion des § 725 Abs 1 ABGB Berücksichtigung finden könnte, keinerlei Bedeutung zu. Dafür sprächen Einfachheit und Rechtssicherheit, denn wenn allein am Vorliegen der Verfügung bei Beendigung des Familienverhältnisses angeknüpft werde, erübrige sich eine Beweisaufnahme zu oft weit in der Vergangenheit liegenden Motiven des Erbl. Die Parteien würden somit nicht zum Führen eines Prozesses mit unsicherem Ausgang veranlasst. Die Beendigung der familiären Beziehung führe jedenfalls zur Trennung der Vermögenssphären, die typischerweise abschließenden Charakter habe, sodass der Fortbestand einer letztwilligen Verfügung in einem Spannungsverhältnis zu dieser vermögensrechtl Auseinandersetzung stehe. Daher sei § 725 Abs 1 ABGB unabhängig vom Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung stets dann anzuwenden, wenn ein früherer Ehegatte/eingetragener Partner oder Lebensgefährte bedacht sei.

Bei näherer Analyse des der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalts muss man allerdings feststellen, dass der Fall eigentlich gar keinen Anlass für eine Entscheidung der behandelten Rechtsfrage bot. Nach dem im Testament zum Ausdruck gebrachten Verständnis des Erbl waren die später geschiedenen Ehegatten nämlich bereits zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung in einer LG („Zur Universalerbin meines gesamten beweglichen und unbeweglichen Nachlasses bestimme ich meine Lebensgefährtin B [...]“). Sofern also eine LG bereits zum damaligen Zeitpunkt vorlag, handelt es sich um keine Anordnung vor Eingehung des Verhältnisses, sodass die letztwillige Verfügung gem § 725 Abs 1 ABGB jedenfalls als aufgehoben anzusehen ist.

Das ErstG hat jedoch hinsichtlich des Bestehens der LG zum Zeitpunkt der Verfügung keine Feststellung getroffen. An das Vorliegen einer LG iSv § 725 Abs 1 ABGB sollten indes keine strengen Anforderungen gestellt werden. Vielmehr sollte es ausreichen, wenn der Erbl den Bedachten in der letztwilligen Verfügung als Lebensgefährten bezeichnet. Ob die Beziehung eheähnlich war bzw darüber hinaus sogar die strengeren Voraussetzungen des § 748 Abs 1 ABGB (3-jährige Haushaltsgemeinschaft, keine Ehe) erfüllte, sollte für die Anwendung des § 725 Abs 1 ABGB keine Bedeutung haben, denn daraus ergäben sich nicht hinnehmbare Wertungswidersprüche. So bliebe etwa die Verfügung zugunsten des bloß kurzzeitig Geliebten auch nach Auflösung der

Liebschaft aufrecht,<sup>8)</sup> während die Verfügung zugunsten der langzeitigen Lebensgefährtin aufgrund von § 725 Abs 1 ABGB nach Auflösung der LG aufgehoben würde.

Ob auch eine vor Begründung einer LG angeordnete letztwillige Verfügung gem § 725 Abs 1 ABGB aufgehoben wird, war daher nicht zu entscheiden und hätte somit mangels Entscheidungserheblichkeit im vorliegenden Fall offenbleiben können.

Gleichwohl hat der OGH entschieden, dass es für die Anwendung des § 725 Abs 1 ABGB nicht darauf ankomme, ob die Verfügung vor oder nach der Begründung des familiären Naheverhältnisses errichtet wird.

Dieses Ergebnis ist indes nicht zwingend. Aufgrund ihrer kasatorischen Wirkung und der Nichtwiederholbarkeit letztwilliger Verfügungen scheint es geboten, eine Vorschrift wie § 725 Abs 1 ABGB restriktiv auszulegen. Will man das Wortlautargument (arg „soweit sie den früheren Ehegatten/eingetragenen Partner oder Lebensgefährten betreffen“) nicht gelten lassen,<sup>9)</sup> wofür es mE keine unüberwindbaren Gründe gibt, so mag man sich zumindest darauf einigen, dass eine letztwillige Verfügung zugunsten eines früheren Ehegatten/eingetragenen Partners oder Lebensgefährten jedenfalls nur dann vorliegt, wenn der Bedachte bereits bei Errichtung als künftiger Lebensgefährte gesehen wurde.<sup>10)</sup> Wenn es andere Gründe für die Verfügung zugunsten des Bedachten gab, greift nämlich die *ratio* des § 725 Abs 1 ABGB nicht. Daher ist insofern der vom OGH verworfenen Meinung *Schauers* zu folgen, dass für diese Fälle im Wege einer teleologischen Reduktion der Beweis eines anderen Motivs zugelassen werden sollte. Man denke etwa an den Fall, dass der Erbl (ohne Hinweis im Testament) seine Lebensretterin oder seine Pflegerin zur Alleinerbin einsetzt und mit dieser zu einem späteren Zeitpunkt eine LG eingeht, die in der Folge wieder aufgelöst wird. In diesem Fall sollte die Verfügung aufrechtbleiben, weil die künftige LG für die Verfügung nicht kausal war und somit der Anwendungsbereich des § 725 Abs 1 ABGB teleologisch nicht eröffnet ist.

Gegen die vom OGH vertretene Auffassung lässt sich aus systematischen Erwägungen schließlich einwenden, dass eine „ausdrückliche Anordnung des Gegenteils“, wie sie nach § 725 Abs 1 ABGB für den Ausschluss der Rechtsfolgenanordnung verlangt wird, nur dann denkmöglich (wenngleich auch dann unwahrscheinlich) ist, wenn der Erbl zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung bereits in dem familiären Verhältnis ist, auf dessen Fortbestand es für die Wirksamkeit der Verfügung nicht ankommen soll. Nur wer bereits in der fraglichen Beziehung ist, kann anordnen, dass der Bedachte seine Zuwendung auch dann erhalten soll, wenn diese Beziehung nicht mehr besteht. Nach Ansicht

5) *Christandl/Nemeth*, Das neue Erbrecht – ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016, 1 (4). Wenn das Familienverhältnis zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung noch nicht bestand, könne es auch nicht Motiv für die Verfügung sein, sodass § 725 Abs 1 ABGB nicht zur Anwendung gelange: *Fischer-Czermak*, Ehegattererbrecht, Rechtsstellung des Lebensgefährten und Abgeltung von Pflegeleistungen, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 27 (32).

6) *Schauer*, Familie und Erbrecht, in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht<sup>2</sup> (2020) 755 (776); ihm folgend *Deixler-Hübner*, Familienrechtliche Aspekte des Erbrechts, in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erbrecht NEU (2015) 29 (39).

7) *Fischer-Czermak*, EF-Z 2021, 249 (255).

8) Dabei verbleibt freilich die Möglichkeit der Anfechtung wegen Motivirrtums gem § 572 mit allen Beweisschwierigkeiten, die sich daraus ergeben.

9) Der OGH wendet sich in der E 2 Ob 76/21 x gegen die Argumentation, wonach die Formulierung „den früheren Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten“ schon aufgrund des Wortlauts nur auf Verfügungen bezogen sei, die zum Zeitpunkt des Bestands der familiären Nahebeziehung errichtet wurden. Nach Ansicht des OGH stellt diese Formulierung auf den Zeitpunkt der Beendigung des familienrechtl Verhältnisses ab.

10) Vor Eingehung einer Ehe bzw EP liegt dagegen regelmäßig bereits eine LG vor, sodass sich die in dieser Entscheidung behandelte Frage, ob die Verfügung vor Eingehung der familiären Beziehung errichtet wurde, typischerweise nur vor Eingehung einer LG stellt.

des OGH könne hier die Anordnung des Gegenteils aber auch dadurch erfolgen, „dass in der Verfügung zumindest angedeutet“ ist, „dass die Zuwendung nicht auf einer persönlichen Nahebeziehung beruhte“. Nach dem Wortlaut der Bestimmung, den der OGH im Übrigen auch zum Kernpunkt seiner Argumentation macht, muss der Erbl allerdings „ausdrücklich anordnen“,<sup>11)</sup> dass die letztwillige Verfügung im Fall der Auflösung der familiären Beziehung nicht aufgehoben werden soll („Gegenteil“ der Rechtsfolgenanordnung). Die Anordnung des Gegenteils der in § 725 Abs 1 ABGB vorgesehenen Aufhebung setzt indes voraus, dass die Verfügung in Anbetracht der familiären Beziehung getroffen wurde. Wenn dies schon gar nicht möglich ist, weil die LG noch gar nicht bestand, bleibt für § 725 Abs 1 ABGB kein Raum, sodass die dort vorgesehene Rechtsfolge nicht eintreten kann. Somit muss

man aus der Nichtexistenz der familiären Beziehung zum Errichtungszeitpunkt unabhängig von einer Andeutung im Testament den Schluss ziehen, dass sie nicht das tragende Motiv für die Verfügung sein konnte. Es scheint daher geboten, den vom OGH mit dieser Entscheidung eingeschlagenen Weg zu überdenken und § 725 Abs 1 ABGB nur auf jene Fälle anzuwenden, in denen die fragliche Verfügung zumindest im Hinblick auf eine künftige familiäre Nahebeziehung getroffen wurde.

*Gregor Christandl<sup>12)</sup>*

---

11) Hierfür soll jedenfalls eine Andeutung in der letztwilligen Verfügung genügen, weil „ausdrücklich“ im Gegensatz zu „stillschweigend“ zu verstehen sei. Vgl 2 Ob 192/18a EF-Z 2019/130 (*Tschugguel*) Rz 2.4.

12) Univ.-Prof., Universität Graz.