



Foto Weinwurm

Dr. Alexander Weber

ist Rechtsanwalt in Wien.

Notizen zum gesetzlichen Vorausvermächtnis gemäß § 745 ABGB

• Vom Wandel der Rechte des überlebenden Partners im Zuge vergangener Reformen

• Das ErbRÄG 2015¹ hat zu einer Reihe von Änderungen und Anpassungen im Erbrecht geführt, von denen viele bereits von der Literatur aufgegriffen², zT auch intensiv diskutiert³ wurden und werden; oft wird die Rechtsstellung des Lebensgefährten im Erbrecht⁴ mit einer Darstellung der Neuerungen im Bereich des gesetzlichen Vorausvermächtnisses verbunden. Dieser Beitrag möchte die Anpassungen in diesem Bereich in seiner historischen Entwicklung sowie insb im Lichte des ErbRÄG 2015 untersuchen. Die betreffenden Bestimmungen – wiewohl nie unumstritten – spiegeln pars pro toto die grundsätzlichen Veränderungen der gesetzgeberischen (und allgemeinen sozialen und gesellschaftlichen) Wertungen im Laufe des vergangenen Jahrhunderts wider. Zudem sollen einige Fragen erörtert werden, die sich aufgrund der Neuerungen des gesetzlichen Vorausvermächtnisses stellen.

1. Einleitung

Im Zuge des ErbRÄG 2015 wurden neben sprachlichen Modifikationen und einer Anpassung des österreichischen Rechts an die EUErbVO auch sonstige, zT bereits lang diskutierte und geforderte Anpassungen des österreichischen Erbrechts vorgenommen.⁵ So wurden auch die Bestimmungen über das gesetzliche Vorausvermächtnis (§§ 745 f ABGB nF, vormals §§ 758 f ABGB) angepasst und deren Anwendungsbereich erweitert. Das gesetzliche Vorausvermächtnis wurde bereits des Öfteren einer Novellierung zugeführt. Im Zuge der aktuellen Reform wurde insbesondere betont, die Änderungen im Erbrecht seien neben der gestiegenen Lebenserwartung und dem damit verbundenen Funktionswandel des Erbrechts auch durch geänderte

soziale und gesellschaftliche Verhältnisse notwendig geworden.⁶

Bevor im vorliegenden Beitrag das gesetzliche Vorausvermächtnis in seiner aktuellen Ausprägung näher beleuchtet wird, wird in aller gebotenen Kürze die historische Entwicklung nachgezeichnet. Dadurch soll aufgezeigt werden, dass sich insb in der Genese dieser Bestimmung die gesetzgeberischen und gesellschaftlichen Wertungen der jeweiligen Zeit widerspiegeln.

2. Historische Entwicklungen des gesetzlichen Vorausvermächtnisses

Nicht erst seit den Bemühungen zur Erstellung einer umfassenden Privatrechtskodifikation seit Mitte des 18. Jahrhunderts kommt der Rechtsstellung des über-

1 Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, BGBl I 2015/87.

2 Vgl als Überblick statt vieler *Kolmasch*, Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015), *Zak* 2015, 250; *Kathrein*, Das neue Erbrecht – Einige Ziele und Schwerpunkte der Reform, EF-Z 2016, 4; *Schauer*, Das neue Erbrecht – Grundlegende Wertungen und ausgewählte Einzelfragen, ÖJZ 2017, 53; *Welser*, Anmerkungen zum ErbRÄG 2015, NZ 2018, 1 jeweils mwN.

3 Vgl zB zur Frage der Auswirkungen der Änderungen im Pflichtteilsrecht auf stiftungsrechtliche Fragen *Klampff*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015 – der „neue“ Rechtsrahmen zur Berücksichtigung stiftungsnaher Transaktionen, JEV 2015, 120; *Arnold*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU-ErbVO, GesRZ

2015, 346; *Haschl/Wolfgruber*, Potenzielle Verschärfung pflichtteilsrechtlicher Auseinandersetzungen durch das ErbRÄG 2015, PSR 2016, 21; *Klampff*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht (2018).

4 Vgl *Christandl*, Die Lebensgemeinschaft im gesetzlichen Erbrecht – zur Überwindung der reinen Statusorientierung im Intestaterbrecht? JBl 2016, 21; *Cach*, ErbRÄG 2015 – Die Stellung des Lebensgefährten im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge, *Zak* 2016, 267; *Verweijen*, ErbRÄG 2015 – zu den Rechten des Lebensgefährten, ÖJZ 2016, 853; *Schauer*, ÖJZ 2017, 53 (58); *Welser*, NZ 2018, 1 (8).

5 Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP passim.

6 Vgl aus den Materialien ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 1 sowie unten FN 26.



lebenden Ehegatten im Verhältnis zu den gemeinsamen Nachkommen und den Verwandten des Verstorbenen eine große praktische Bedeutung zu. Im Laufe der Jahrhunderte haben sich aber nicht nur die ökonomischen und politischen, sondern auch die gesellschaftlichen Verhältnisse enorm geändert; aus heutiger Sicht hat es den Anschein, als hätte sich die Welt noch nie so schnell und umfassend geändert als in den letzten Jahrzehnten. In der Bestimmung des gesetzlichen Vorausvermächtnisses spiegelt sich so manche dieser Veränderungen wider.

Bereits vor Jahrhunderten gab es Rechtsvorschriften, die sich mit dem Schicksal bestimmter Nachlassgegenstände abweichend von der allgemeinen Erbfolge in das gesamte (übrige) Vermögen beschäftigten.⁷

Bereits das von Kaiser Joseph II. erlassene **Erbfolgepatent 1786**⁸, welches bis zur Einführung des ABGB in Geltung stand, kannte eine Bestimmung, die dem gesetzlichen „Voraus“ sehr nahe gekommen ist. Eine solche Regelung war insb aufgrund der Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge (§§ 1 bis 22 des Erbfolgepatents 1786) notwendig; in diesen wurden zwar die Verwandten des Verstorbenen in sechs Parentelen zur Erbfolge berufen, der Ehegatte allerdings nur, sofern kein Verwandter in den sechs Linien⁹ vorhanden war (§ 23). Offenbar als Ausgleich dafür bestimmte § 24 des Erbfolgepatents:

„Ehegatten haben außer dem in dem vorausgehenden §. bestimmten Falle [Regelung des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten in § 23 des Erbfolgepatents 1786, sofern kein Verwandter in sechs Parentelen vorhanden war], wechselseitig an die rechtliche Erbfolge zu dem Vermögen ihrer Gatten keinen Anspruch. Nur gebühret dem Ueberlebenden, ohne Unterschied, ob er Vermögen besitze oder nicht, in so lange er nicht zur zweyten Ehe schreitet, wofern drey oder mehrere Kinder vorhanden sind, von dem rückgebliebenen Vermögen zu seinem Unterhalte mit jedem Kinde gleicher Genußtheil: falls aber keine, oder weniger, als drey Kinder vorhanden sind, der Genuß von dem viertem Theile des hinterlassenen Vermögens. In beyden Fällen wird, wenn ein Heirathsbrief errichtet worden, was dem überle-

benden Ehegatten daraus zuzukommen hat, in diesen Theil eingerechnet.“

Das Erbfolgepatent räumt dem überlebenden Ehegatten ein Genussrecht am Vermögen des Verstorbenen ein, dessen Höhe von der Anzahl der vorhandenen Kinder abhängig gemacht wird, sich aber jedenfalls auf nicht mehr als ein Viertel der Verlassenschaft beziehen kann. Die Voraussetzung der Nichtverhehlung des überlebenden Ehegatten deutet darauf hin, dass die Regelung die Versorgung des hinterbliebenen Ehegatten bezweckte. Mit einer neuen Ehe fiel dieser Zweck weg. Zudem berücksichtigt die Norm die Versorgung der gemeinsamen Kinder, weshalb der Genussrechtsanteil des hinterbliebenen Ehegatten (zu Gunsten der Kinder) umso kleiner wird, je mehr gemeinsame Kinder vorhanden sind.

§ 24 des Erbfolgepatents ordnete aber – anders als frühere Bestimmungen in den Landrechten und anders als die nachfolgenden Bestimmungen über das gesetzliche Vorausvermächtnis – das Genussrecht am (anteiligen) gesamten Vermögen und keinen Anspruch auf besondere Gegenstände an.

Im Erbrecht des am 01.06.1811 in Form eines kaiserlichen Patents kundgemachten und am 01.01.1812 in den damaligen „deutschen Erbländern“ der Monarchie¹⁰ in seiner Stamfassung in Kraft getretenen **Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch** fand sich diese Bestimmung nur in sehr stark geänderter Form wieder. Die schwache Stellung des Ehegatten im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge wurde aufgewertet,¹¹ indem der Anspruch des Ehegatten (zumindest in bestimmten Konstellationen) von einem Genussrecht zu einem echten Erbrecht umgestaltet wurde (zB § 758 erster Satz ABGB idF JGS Nr. 946/1811: *„Ist kein Kind, aber ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Eigenthum auf den vierten Theil der Verlassenschaft.“*). Bei Vorhandensein von Kindern bekam er einen *„Theil der Verlassenschaft zum lebenslangen Genusse; das Eigenthum davon bleibt den Kindern“* (so § 757 zweiter Fall ABGB idF JGS Nr. 946/1811). Bemerkenswert ist, dass sich bereits im Jahre 1811 die noch 1786 normierte Voraussetzung der Nichtverhehlung des überlebenden Ehegatten im

7 ZB im Landrechtsbuch Ferdinands I. von 1526, vgl diesen und weitere Hinweise von Weiß in Klang, Kommentar zum ABGB III², 777 f.

8 Patent vom 11.05.1786, Justizgesetzsammlung (JGS) Nr. 548.

9 Die sechste Parentel bestand aus den (32) Ururur-Großeltern des Verstorbenen und allen deren Nachfahren (§ 3 des Erbfolgepatents 1786). Ein einziger Verwandter des Erblassers, der (ebenfalls) von einem der (32) Ururur-Großeltern des Erblassers abstammte, verhinderte somit nach dem Erbfolgepatent, dass der Ehegatte als gesetzlicher Erbe zum Zuge kam.

10 Von diesem Begriff war Anfang 1812 aber keineswegs das gesamte heutige Bundesgebiet umfasst (und zwar nicht die heutigen Bundesländer Burgenland, Kärnten, Salzburg, Tirol und Vorarlberg). Das ABGB trat daher im heutigen Österreich sukzessive in Kraft.

11 Franz von Zeiller betonte, das gesetzliche Erbrecht des Ehegatten ergebe sich nicht nur aus der „Natur“, sondern auch aus der „Quelle des Vermögens“, an dem der Ehegatte idR mitgewirkt habe, es zu erwerben, vgl Kommentar II 755.

Gesetzestext nicht mehr findet. Für unser Thema ist jedenfalls festzustellen, dass die gesetzlichen Bestimmungen der Stammfassung des ABGB die im Erbfolgepatent vorgesehene Trennung zwischen gesetzlichem Erbrecht und Genussrecht am Vermögen verwischte. Ein Genussrecht war nur mehr im (praktisch allerdings sehr wichtigen) Fall des Vorhandenseins von Kindern vorgesehen, um zu verhindern, dass das Vermögen den Kindern bei einer Wiederverhehlung des überlebenden Elternteils entzogen wird.¹²

Diese Rechtslage hatte über 100 Jahre Bestand, bis durch die **I. Teilnovelle des ABGB** im Jahr 1914 das gesetzliche Vorausvermächtnis in § 758 ABGB eingeführt wurde. Die alten §§ 757 f ABGB wurden in § 757 ABGB idF der I. TN zu einem (erstmalig völlig vom Vorhandensein anderer Erben unabhängigen) gesetzlichen Erbrecht des Ehegatten zusammengefasst, während der dadurch frei gewordene § 758 ABGB genutzt wurde, folgende Bestimmung einzufügen:¹³

„Außer dem Erbteile gebühren dem überlebenden Ehegatten als Vorausvermächtnis die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, neben Kindern des Erblassers jedoch nur das für seinen eigenen Bedarf Nötige.“

An dieser Stelle sei angemerkt, dass im Zuge der Einführung der I. TN ausführlich darüber diskutiert wurde, ob das bisher geltende System des Erbnießbrauches (einer uU größeren Quote) oder ein gesetzliches Erbrecht iS eines Eigentumserwerbs (einer uU kleineren Quote) rechtlich, wirtschaftlich und gesellschaftlich sinnvoller erscheint.¹⁴

Zur ratio der Bestimmung führen die Materialien des Herrenhauses aus, die Bestimmung diene dem Interesse des Ehegatten, „so weit wie möglich im Besitze derjenigen Gegenstände zu bleiben, mit denen ihn ein gewissermaßen persönliches Verhältnis aus der Zeit der ehelichen Gemeinschaft verbindet“.¹⁵

Das EheRÄG 1978¹⁶ änderte § 758 ABGB neuerlich ab und führte ab 01.07.1978 folgenden Wortlaut ein:

„Sofern der Ehegatte nicht rechtmäßig enterbt worden ist, gebühren ihm als gesetzliches Vorausvermächtnis die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen (Hausrat), neben Kindern des

Erblassers jedoch nur das für seinen eigenen, seinen bisherigen Lebensverhältnissen angemessenen Bedarf Nötige.“

Eines der Hauptziele – und in den Materialien als erster „Haupt Gesichtspunkt“ des EheRÄG 1978 angeführt – war die Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des Ehegatten aufgrund der „engen Verbundenheit der Ehegatten“. So wurde das gesetzliche Erbrecht insbesondere bei Fehlen einer ersten Parentel wesentlich erhöht, da in diesem Fall das vorrangige Ziel, das Vermögen der jungen Generation zu übertragen, ohnehin nicht erreicht werden könne. Zudem wurde dem Ehegatten ein Pflichtteil zuerkannt, auf den er sich aber das gesetzliche Voraus anrechnen lassen muss.¹⁷

Diese Verbesserung der erbrechtlichen Stellung des Ehegatten wurde auch durch die Anpassung des gesetzlichen Vorausvermächtnisses umgesetzt, welches ab dieser Novelle, so die Materialien, „nicht nur neben dem Erbteil, sondern grundsätzlich immer gebührt, es sei denn, der Ehegatte ist rechtmäßig enterbt worden.“¹⁸ Der Ehegatte soll dadurch (wie im Pflichtteilsrecht) vor Verfügungen des Erblassers geschützt werden; der auf den (nur aus einem Geldanspruch bestehenden) Pflichtteil gesetzte Ehegatte soll sich „nicht auch noch von den ihm vertraut gewordenen Gegenständen seines Haushalts (...) trennen“ müssen.¹⁹

Ein darüber hinausgehender „Anspruch auf die Ehwohnung“ wurde vom Gesetzgeber unter Hinweis auf die Sonderbestimmungen in MRG und WEG sowie Unterhaltsansprüche des Ehegatten nicht in den Entwurf aufgenommen.²⁰

Ein solches Wohnrecht wurde schließlich mit dem ErbRÄG 1989 ab 01.01.1991²¹ eingeführt, mit dem auch die Unterscheidung zwischen „kleinem“ Voraus (neben der ersten Parentel) und „großem“ Voraus beseitigt wurde.²² Dies war bis zum ErbRÄG 2015 (vgl zu diesen Änderungen sogleich unter Punkt 4.) die jüngste textliche Veränderung des gesetzlichen Voraus mit folgendem Wortlaut:

„Sofern der Ehegatte nicht rechtmäßig enterbt worden ist, gebühren ihm als gesetzliches Vorausvermächtnis das Recht, in der Ehwohnung weiter zu wohnen, und die zum ehelichen Haushalt gehörenden

12 Franz von Zeiller, Kommentar II 757.

13 Vgl ausf zur Entwicklung dieser Bestimmung Zankl, Das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten (1996), 101 ff.

14 Vgl aus den Stenografischen Protokollen des Herrenhauses der Bericht der Kommission für Justizgegenstände, 78 BlgHH XXXI. Session, 97 ff.

15 Herrenhausbericht 78 BlgHH XXXI. Session, 103.

16 Art I Z 3 BGBl 280/1978.

17 ErläutRV 136 BlgNR 14. GP, 10f.

18 Zuvor stand das gesetzliche Voraus nur zu, wenn der Ehegatte Erbe wurde, vgl Weiß in Klang III², 779.

19 ErläutRV 136 BlgNR 14. GP, 15.

20 ErläutRV 136 BlgNR 14. GP, 11; § 796 ABGB wurde durch das ErbRÄG 2015 in § 747 ABGB nF übertragen.

21 Art I Z 8 BGBl 656/1989 (ErbRÄG 1989).

22 Vgl Paliege, Neues im österreichischen Erbrecht, ZfRV 1991, 169.



den beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind.“

Inhaltlich änderte sich das gesetzliche Voraus hin- gegen noch einmal am 01.01.2010, als die Bestimmung (mittels § 537a ABGB) auch für eingetragene Partnerschaf- ten²³ anwendbar wurde.

3. Die Änderungen durch das ErbRÄG 2015

Durch das ErbRÄG 2015 erhielt § 745 ABGB nF die nachstehende Fassung:

- (1) Sofern der Ehegatte oder eingetragene Part- ner nicht rechtmäßig enterbt worden ist, gebühren ihm als gesetzliches Vorausver- mächtnis das Recht, in der Ehe- oder Part- nerschaftswohnung weiter zu wohnen, und die zum ehelichen oder partnerschaftlichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung entspre- chend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind.
- (2) Dem Lebensgefährten des Verstorbenen steht ein solches gesetzliches Vermächtnis zu, sofern er mit dem Verstorbenen als des- sen Lebensgefährte zumindest in den letzten drei Jahren im gemeinsamen Haushalt gelebt hat und der Verstorbene im Zeitpunkt des Todes weder verheiratet war noch in einer eingetragenen Partnerschaft gelebt hat. Die in Abs. 1 erwähnten Rechte enden ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen.

Die Bestimmung räumt sohin dem Ehegatten und dem eingetragenen Partner (Abs 1 leg cit) sowie dem Lebensgefährten (Abs 2 leg cit²⁴) des Verstorbenen – unter für die beiden Personengruppen unterschiedli- chen Voraussetzungen und zeitlichen Grenzen²⁵ – als

gesetzliches Vorausvermächtnis das Recht ein, in der gemeinsamen Wohnung weiter zu wohnen und die zum gemeinsamen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen weiter zu benützen.

Die Materialien zu § 745 ABGB beschränken sich auf die Darstellung der Neuerungen, ohne auf die Mo- tive näher einzugehen. Auch die allgemeinen Ausführ- ungen zur Erbrechtsreform beschränken sich auf den Hinweis der gestiegenen Lebenserwartung, die dazu führt, dass potenzielle Erben oder Pflichtteilsberech- tigte nicht mehr „der materiellen Versorgung durch das Erbrecht bedürfen“. Abgesehen davon beschränken sich die Materialien auch an dieser Stelle auf den Hinweis, manche Änderungen seien durch „die gesellschaftliche Entwicklung“ notwendig geworden.²⁶

Im Folgenden sollen die Neuerungen im Bereich des gesetzlichen Vorausvermächtnisses dargestellt werden:

a. Ausdrückliche Nennung des eingetragenen Part- ners

Die erste Anpassung des § 745 ABGB durch das ErbRÄG 2015 bestand darin, in seiner sprachlichen Fassung neben dem Ehegatten auch den eingetragenen Partner (eP) nach dem EPG zu berücksichtigen. Die Materialien sprechen von einer „Erweiterung“,²⁷ ob- wohl das gesetzliche Vorausvermächtnis schon davor auch eingetragenen Partnern zustand (§ 537a ABGB aF).

b. Erweiterung um den Lebensgefährten

Mit dem ErbRÄG 2015 wurde auch die **Rechtstellung des Lebensgefährten**²⁸ vorsichtig an die modernen Ge- gebenheiten angepasst.²⁹ Während der Lebensgefährte zuvor erbrechtlich nicht in Erscheinung trat, wenn er vom Erblasser nicht letztwillig bedacht wurde, kommen ihm nun in manchen Fällen (unter jeweils verschiede- nen Voraussetzungen) verschiedene Rechte zu.³⁰ Hin- sichtlich des außerordentlichen Erbrechts³¹ des Le- bensgefährten (§ 748 ABGB) ist bemerkenswert, dass

23 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG), BGBl I Nr. 135/2009 i d F BGBl I Nr. 161/2017.

24 Zur Einführung dieser Erweiterung durch das ErbRÄG 2015 vgl unten Punkt 4.b.

25 Vgl näher unten Punkt 3.b. aE.

26 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 1 und 21; krit zur knappen (und mitunter nicht nachvollziehbaren) Begründung (im Hinblick auf § 748 ABGB) *Christandl*, JBl 2016, 21 (23); ausf zu den Gründen dieser Entwicklung *Kathrein*, EF-Z 2016, 4 (4 ff); *Schauer*, ÖJZ 2017, 53 (59).

27 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 21.

28 Die den „Lebensgefährten“ durch das ErbRÄG 2015 eingeräum- ten Rechte gelten gleichermaßen für verschieden- und gleichge- schlechtliche Lebensgefährten, vgl *Cach*, Zak 2016, 267 (268); *Brandstätter*, Die Stellung des Lebensgefährten im neuen Erb- recht, Zak 2017, 84 (85); *Verweijen*, ÖJZ 2016, 853 (855).

29 Zur rechtsvergleichenden Analyse vgl *Cach*, Ein Erbrecht für Lebensgefährten? Rechtsordnungen ausgewählter EU-Mitglied- staaten im Vergleich, SPRW 2014, 415.

30 Einen Überblick über die Rechtstellung des Lebensgefährten bieten *Cach*, Zak 2016, 267; *Christandl*, JBl 2016, 21; *Brandstätter*, Zak 2017, 84.

31 Zur Kritik an dieser Bezeichnung vgl *Christandl*, JBl 2016, 21 (22 f).

dieses nur zum Tragen kommt, wenn kein gesetzlicher Erbe zur Verlassenschaft gelangt. Der Gesetzgeber geht weiterhin davon aus, dass ein Erblasser, der seinen Lebensgefährten nicht letztwillig bedacht hat, diesem in aller Regel nichts aus der Verlassenschaft zukommen lassen wollte.³² Ob dies tatsächlich der Fall ist (oder ob das Unterbleiben einer letztwilligen Verfügung zuweilen auch auf praktische Hindernisse und/oder unzureichende Information der Betroffenen³³ zurückzuführen sein könnte), soll hier dahingestellt bleiben. Der Gesetzgeber ging aber immerhin davon aus, dass es regelmäßig eher dem Willen des Erblassers entsprechen würde, dass bei völligem Fehlen gesetzlicher Erben das Vermögen dem Lebensgefährten (und erst wenn auch kein Lebensgefährte vorhanden ist, den Vermächtnisnehmern und schließlich dem Staat) zukommen soll.³⁴ Ob diese Regelung den gesellschaftlichen Wandel der letzten Jahrzehnte (abnehmende Bedeutung des Rechtsinstituts der Ehe, zunehmend individuell und flexibel gestaltete Lebensabschnitte, „Patchwork“-Familien) wirklich vollkommen gerecht wird, mag bezweifelt werden. Der Gesetzgeber zeigte aber, dass er sich dieser Thematik nicht vollkommen verschließt und gewillt war, den Lebensgefährten – tatsächlich sehr „behutsam“ – in das altehrwürdige Erbrecht des ABGB einzuführen. Aus dem Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist an dieser Stelle bemerkenswert, dass die erbrechtliche Stellung des Ehegatten mit einer ähnlichen Regelung begonnen hatte³⁵ und in den folgenden Jahrhunderten schrittweise so weit ausgebaut wurde, dass das ursprüngliche System mittlerweile fast ins Gegenteil gekehrt wurde.³⁶ Es bleibt abzuwarten, ob die Rechtstellung des Lebensgefährten eine ähnliche Entwicklung nehmen wird.

Die Berücksichtigung des Lebensgefährten bringt immer Fragen nach der **Definition** dieses Begriffes mit sich. Der Begriff der Lebensgemeinschaft ist weiterhin – auch für die Zwecke der erbrechtlichen Bestimmungen – nicht gesetzlich definiert; es ist daher weiterhin auf die von der Rsp herausgearbeitete Abgrenzung abzustellen.³⁷ Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 entschied sich im Hinblick auf das gesetzliche Vorausvermächtnis dafür, die Rechte des § 745 Abs 2 ABGB

(ebenso wie das außerordentliche Erbrecht gem § 748 ABGB) zusätzlich an einen dreijährigen gemeinsamen Haushalt zu knüpfen. Damit hat der Gesetzgeber ein (im Vergleich mit anderen Versuchen, die Lebensgemeinschaft rechtlich festzumachen) relativ leicht handhabbares und feststellbares Kriterium eingezogen. Gerade für das gesetzliche Vorausvermächtnis, welches das Wohnrecht und die beweglichen Sachen des „gemeinsamen Haushalts“ zum Gegenstand hat, ist dieses Kriterium (im Grundsatz) auch durchaus sachgerecht. Lebensgefährten, die getrennte Haushalte führen, haben idR keinen dringenden Bedarf an einem Wohnrecht in der Wohnung und an der Benützung des Hausrats des jeweils anderen. Für viele Lebensgefährten wird die Regelung des § 745 Abs 2 ABGB eine letztwillige Verfügung allerdings nicht ersetzen: Ob die Drei-Jahres-Frist des gemeinsamen Haushaltes zum Ablebenszeitpunkt erfüllt sein wird, kann erst zu diesem Zeitpunkt abschließend beurteilt werden. In den ersten drei Jahren des gemeinsamen Zusammenlebens stehen dem Lebensgefährten gar keine Ansprüche aus § 745 Abs 2 ABGB zu. Und danach besteht das Risiko, dass eine (uU kurzfristige) Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (aus welchen Gründen immer) die Drei-Jahres-Frist neu beginnen lässt oder der potenzielle Erblasser vor Ablauf dieser Frist unerwartet verstirbt. Aus diesen und anderen Gründen empfiehlt es sich, trotz der gesetzlichen Regelung des § 745 Abs 2 ABGB auch letztwillig vorzusorgen.³⁸

§ 745 Abs 2 ABGB knüpft die Rechte des Lebensgefährten zudem an die **zweite Voraussetzung**, dass der Verstorbene im Zeitpunkt seines Todes weder verheiratet war noch in einer eingetragenen Partnerschaft gelebt hat. Auch hier hat der Gesetzgeber eine sehr praktikable Lösung zur Abgrenzung der Ansprüche konkurrierender Ehegatten und Lebensgefährten getroffen, die in ihrer Konsequenz aber zu Lasten des Lebensgefährten geht. Dieser erhält selbst bei dreijährigem gemeinsamen Haushalt mit dem Erblasser kein gesetzliches Voraus, wenn dieser zB noch verheiratet ist. Zudem besteht eine Diskrepanz zum außerordentlichen Erbrecht gem § 748 ABGB, der eine solche Einschränkung nicht vorsieht. Es wurde daher vertreten, § 745 Abs 2 ABGB

32 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 22.

33 Solche Informationsdefizite werden nicht nur – aber in verstärktem Ausmaß – bei Personen auftreten, die nicht im Besitz der österreichischen Staatsbürgerschaft sind, auf deren Rechtsnachfolge von Todes wegen aufgrund ihres letzten gewöhnlichen Aufenthaltes aber österreichisches Erbrecht anwendbar ist (Art 21 EUErbVO).

34 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 22.

35 Vgl die obigen Ausführungen zu § 23 Erbfolgepatent 1786, wonach der Ehegatte nur bei Fehlen von Verwandten in sechs Linien zur Erbfolge berufen war.

36 Mit dem ErbRÄG 2015 wurde das Erbrecht der zweiten Parentel zugunsten des Ehegatten eingeschränkt (Ausschluss der Anwachsung und Repräsentation) und jenes der dritten und vierten Parentel bei Vorhandensein eines Ehegatten zur Gänze ausgeschlossen (§ 744 ABGB). Vgl auch *Christandl*, JBI 2016, 21 (26 f).

37 *Christandl*, JBI 2016, 21 (21); *Cach*, Zak 2016, 267 (268); *Verweijen*, ÖJZ 2016, 853 (855); *Hueber*, EF-Z 2016, 306 (310).

38 Vgl auch *Kathrein*, EF-Z 2016, 4 (12), wonach der Gesetzgeber weiterhin vom „Konzept der rechtlichen Ungebundenheit“ ausgeht.



sei so auszulegen, dass der Ehegatte tatsächlich einen Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis nach § 745 Abs 1 ABGB haben müsse, um den Anspruch des Lebensgefährten nach § 745 Abs 2 ABGB auszuschließen.³⁹ Deshalb solle auch schon das Vorliegen einer Vereinbarung nach § 746 Abs 2 ABGB ausreichen, um dem Lebensgefährten das gesetzliche Voraus überlassen zu können.⁴⁰ Meines Erachtens soll die Beschränkung des § 745 Abs 2 ABGB, wonach der Erblasser zu Zeitpunkt des Todes nicht verheiratet oder verpartnert gewesen sein darf, konkurrierende Ansprüche zwischen Ehegatten und Lebensgefährten verhindern. In den angeführten Fällen, in denen dem Ehegatten kein Anspruch auf das gesetzliche Voraus zukommt, besteht aber keine solche Konkurrenz, sodass die gesetzliche Einschränkung teleologisch zu reduzieren ist.⁴¹

Zudem ist das gesetzliche Voraus des Lebensgefährten **auf ein Jahr beschränkt** (§ 745 Abs 2 zweiter Satz ABGB).⁴² Der Lebensgefährte soll nicht sofort aus seiner vertrauten Umgebung gerissen werden und Zeit haben, seine Angelegenheit nach dem Ableben seines Lebensgefährten neu zu ordnen. Aufgrund der schwachen rechtlichen Wirkung einer Lebensgemeinschaft beschränkte der Gesetzgeber allerdings die Dauer dieses Rechtes.

4. Erkenntnis des VfGH zu § 44 ABGB

Nach Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 erging im Dezember 2017 das Erkenntnis des VfGH, mit dem (ua) die Wortfolge „verschiedenen Geschlechts“ in § 44 ABGB als verfassungswidrig aufgehoben wurde.⁴³ Bisher wurden im Nachgang zu diesem Erkenntnis keine Anpassungen im Ehe- bzw Partnerschaftsrecht vorgenommen, sodass ab 01.01.2019 sowohl die Ehe als auch die eingetragene Partnerschaft heterosexuellen und homosexuellen Paaren gleichermaßen zur Verfügung stehen wird.

Anwendungsbereich und Auslegung des § 745 ABGB bleiben von dieser Entwicklung unberührt. Schon bisher standen Ehegatten und eingetragenen Partnern nach Abs 1 leg cit dieselben Rechte zu. Ab 01.01.2019 wird es nun vorkommen, dass ein gleichgeschlechtlicher Partner als „Ehegatte“ bzw ein hetero-

sexueller Partner als „eingetragener Partner“ Rechte aus § 745 ABGB geltend machen wird.

Sowohl gleich- als auch verschiedengeschlechtliche Lebensgefährten bleiben aber auf die Ansprüche nach Abs 2 leg cit verwiesen, wenn sie sich entschließen, weder eine Ehe schließen noch eine eingetragene Partnerschaft eingehen zu wollen.

5. Ausgewählte Fragen zur Auslegung des § 745 Abs 2 ABGB

Die Einführung des gesetzlichen Vorausvermächtnisses für Lebensgefährten wirft die Frage nach der **dogmatischen Einordnung**, insbesondere aber nach der Wirkung dieses Rechts auf. Ob der Lebensgefährte an den zum Haushalt gehörigen beweglichen Sachen bloß ein Nutzungsrecht erwirbt oder eingeschränktes Eigentum iSd § 613 ABGB,⁴⁴ kann an dieser Stelle nicht näher untersucht werden. Meines Erachtens ist aber der Befund richtig, dass die Beantwortung dieser Frage – zumindest was den Umfang der Rechte (und Pflichten) des Lebensgefährten betrifft – keinen wesentlichen Unterschied für die Praxis machen wird.⁴⁵

Im Gegensatz zum gesetzlichen Vorausvermächtnis des Ehegatten und des eingetragenen Partners, welches nur bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes entzogen werden kann, kommt dem Vorausvermächtnis des Lebensgefährten nach hM kein Pflichtteilscharakter zu und kann sohin **mit letztwilliger Verfügung entzogen** werden.⁴⁶ Der Erblasser – dem es ja auch freisteht, den Lebensgefährten testamentarisch zum Alleinerben einzusetzen – kann dem Lebensgefährten die Rechte, die dem gesetzlichen Vorausvermächtnis gem § 745 ABGB entsprechen, auch durch letztwillige Verfügung einräumen. Im Rahmen der Testierfreiheit kann der Erblasser – unter den allgemeinen Schranken, die ihm zB das Pflichtteilsrecht auferlegt – mE auch die gesetzlichen Voraussetzungen des § 745 Abs 2 ABGB (in beide Richtungen) abändern und die Befristung des § 745 Abs 2 zweiter Satz ABGB sowohl verkürzen als auch verlängern.

Sowohl das außerordentliche Erbrecht gem § 748 ABGB als auch das gesetzliche Vorausvermächtnis gem § 745 ABGB verlangen zusätzlich zur aufrechten Le-

39 *Welser*, NZ 2018, 1 (8).

40 *Welser*, NZ 2018, 1 (8).

41 Ähnlich – aber für eine Anpassung de lege ferenda – *Hueber*, EF-Z 2016, 306 (309); *Christandl*, JBl 2016, 21 (26).

42 Vor dem Hintergrund des mutmaßlichen Erblasserwillens krit *Christandl*, JBl 2016, 21 (26).

43 VfGH 4.12.2017, G 258-259/2017-9.

44 Vgl zur Diskussion *Scheuba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 745 Rz 14; für ein Gebrauchsrecht mit der wohl überwie-

genden Auffassung *Hueber*, EF-Z 2016, 306 (310); *Apathy*, Zak 2015, 47 mwN; für die Anwendbarkeit der Grundsätze der Vor- und Nacherbschaft *Verweijen*, ÖJZ 2016, 853 (854); vgl auch *Christandl*, JBl 2016, 21 (25 f) für eine Dienstbarkeit.

45 So mE zutrif *Apathy/Musger* in *Koziol/Bydlínský/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁵ § 745 Rz 12.

46 Vgl *Christandl*, JBl 2016, 21 (25); *Verweijen*, ÖJZ 2016, 853 (854, 856); *Scheuba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 745 Rz 14; krit *Hueber*, EF-Z 2016, 306 (309).

bensgemeinschaft einen gemeinsamen Haushalt in den letzten drei Jahren. § 748 Abs 2 ABGB ordnet (für das außerordentliche Erbrecht) aber an, dass vom **Erfordernis des gemeinsamen Haushaltes** dann abzusehen ist, wenn diesem erhebliche Gründe, etwa gesundheitlicher oder beruflicher Art, entgegenstanden, ansonsten aber eine für Lebensgefährten typische besondere Verbundenheit bestand. Diese Regelung wurde in § 745 ABGB (für das gesetzliche Vorausvermächtnis) nicht übernommen. Dennoch wenden Teile des Schrifttums⁴⁷ diese Bestimmung auch für das gesetzliche Vorausvermächtnis an. Diese Analogie ist mE grundsätzlich gerechtfertigt und hat auch die historische Interpretation für sich.⁴⁸ In der Praxis wird von den möglichen Anwendungsfällen des § 748 Abs 2 ABGB vor allem jene Konstellation relevant sein, in der der (vorübergehend) abwesende oder im Heim befindliche Lebensgefährte verstirbt und sich der überlebende Lebensgefährte noch

in der gemeinsamen Wohnung befindet. Auf diese Fälle sollte die Analogie daher mE beschränkt sein. Im umgekehrten Fall wird der überlebende Lebensgefährte nämlich ohnehin kein Bedürfnis am Wohnrecht haben,⁴⁹ zB da er ohnehin eine eigene Wohnmöglichkeit besitzt oder (zB aufgrund eines Heimaufenthaltes oder einer beruflichen Abwesenheit) nicht mehr zurückkehren kann oder will.⁵⁰

6. Unterschiede zwischen § 745 Abs 1 und Abs 2 ABGB

Abschließend sollen die Gemeinsamkeiten und Unterschiede des gesetzlichen Vorausvermächtnisses für Ehegatten und eingetragene Partner auf der einen Seite und Lebensgefährten auf der anderen Seite (nach dem gegenwärtigen Stand der Lehre) gegenübergestellt werden:

	Ehegatte/Eingetragener Partner	Lebensgefährte
Umfang (Wohnrecht)	Recht, in der gemeinsamen Wohnung weiter zu wohnen, und die zum gemeinsamen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen, soweit sie zu dessen Fortführung entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind	
Umfang (Hausrat)	Erwerb von Eigentum	(nach wohl überwiegender Auffassung) Erwerb eines Benutzungsrechts
Voraussetzung	gültig geschlossene Ehe / Verpartnerung	aufrechte Lebensgemeinschaft gemeinsamer Haushalt seit drei Jahren Erblasser war nicht verheiratet oder lebte nicht in einer EP
Entzug	kann nur durch rechtmäßige Enterbung entzogen werden oder aufgrund von Erbu unwürdigkeit entfallen	kann durch letztwillige Verfügung entzogen werden (kein Pflichtteilscharakter)
Dauer	unbeschränkt	auf das Jahr nach dem Tod des Erblassers beschränkt

47 Vgl die Nachweise bei *Apathy/Musger* in *Koziol/Bydlinsky/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB⁵ § 745 Rz 11; aA *Scheuba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 745 Rz 14.

48 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 21.

49 *Verweijen*, ÖJZ 2016, 853 (854) hat offenbar diese Fälle vor Augen, wenn er das Fehlen einer dem § 748 Abs 2 ABGB nachgebildeten Ausnahme als „nachvollziehbar“ bezeichnet.

50 In diesem Sinne auch *Apathy*, Das gesetzliche Vermächtnis des Wohnrechts und des Hausrats nach dem ErbRÄG 2015, Zak 2017, 47, der sich allerdings für einen Anspruch des Lebensgefährten in solchen Fällen ausspricht, in denen nie ein gemeinsamer Haushalt bestanden hat, der Überlebende den Partner aber (zumindest) regelmäßig besucht hat.



7. Exkurs: Neue Arten „gesetzlicher Vermächtnisse“: Das Pflegevermächtnis

Die Änderungen beim gesetzlichen Vorausvermächtnis sind durch die Einführung des außerordentlichen Erbrechts der Lebensgefährten und des gesetzlichen Pflegevermächtnisses in der thematischen Auseinandersetzung in der Literatur überlagert worden. Letzteres sieht vor, dass bestimmten nahestehenden Personen, die in den letzten drei Jahren vor dem Tod des Erblassers mindestens sechs Monate in nicht bloß geringfügigem Umfang unentgeltlich Pflegeleistungen erbracht haben, dafür ein gesetzliches Vermächtnis gebührt, dessen Höhe sich nach Art, Dauer und Umfang der erbrachten Leistungen richtet (§§ 677 f ABGB).

Der Personenkreis der „nahe stehenden Personen“ umfasst auch den Lebensgefährten des Erblassers sowie die Lebensgefährten der Kinder des Erblassers (§ 677 Abs 3 ABGB).

Das neue Pflegevermächtnis wurde in der Literatur bereits vorgestellt.⁵¹ An dieser Stelle soll vor dem Hintergrund des gesetzlichen Vorausvermächtnisses lediglich aufgezeigt werden, dass es mit dem Pflegevermächtnis nunmehr eine weitere Form eines gesetz-

lichen Vermächtnisses gibt. Mit dem „gesetzlichen Voraus“ gem § 745 ABGB hat das Pflegevermächtnis gemeinsam, dass der Berechtigte nicht unbedingt aus dem Kreis der (gesetzlichen oder testamentarischen) Erben oder der abstrakt Pflichtteilsberechtigten stammen muss.⁵²

8. Zusammenfassung und Ausblick

Die Rechtstellung überlebender Lebenspartner des Erblassers wurde in der Vergangenheit immer wieder an die sich ändernden sozialen und gesellschaftlichen Gegebenheiten angepasst. Wurde in den vergangenen Erbrechtsreformen die Rolle des Ehegatten immer weiter gestärkt und die Rechte der Verwandten des Erblassers eingeschränkt, wurde mit dem ErbRÄG 2015 erstmals der Lebensgefährte im Erbrecht des ABGB berücksichtigt. Diesem steht bei Fehlen von Verwandten ein außerordentliches Erbrecht und unter gewissen Voraussetzungen ein gesetzliches Vorausvermächtnis an der gemeinsamen Wohnung und am Hausrat zu. Einige Fragen zur Auslegung dieser Bestimmungen werden in den nächsten Jahren von tiefergehenderen dogmatischen Untersuchungen sowie von der Rsp zu lösen sein.

51 Vgl *Brandstätter*, Zak 2017, 84 (85); *Kaulbach*, Pflegen heißt erben, ZfRV 2016, 135; *Isola*, Das gesetzliche Pflegevermächtnis als Entgeltanspruch im Vermächtniswege, JEV 2017, 137.

52 Vgl *Christandl*, JBl 2016, 21 (23) und seine Kritik an der Bezeichnung „Vorausvermächtnis“ in § 745 ABGB.