

Oktober 2021

Update

Diese Ausgabe behandelt die neueste Judikatur des OGH zu den Themen: Anforderungen an die Identifizierbarkeit von Testamentszeugen, Schadenersatz für entfallene Pflege der Eltern, Strafrecht ist nicht gleich Eherecht – Frist für die Scheidungsklage und Fruchtgenuss steht Vermögensopfer nicht entgegen.

1. Judikatur

▷ **Anforderungen an die Identifizierbarkeit von Testamentszeugen:** Im gegenständlichen Fall hatte der Erblasser sein Testament bei einem Notar errichten lassen. Um doch noch zum Zug zu kommen, begehrten andere – nicht in dieser Verfügung eingesetzte – potenzielle Erben das Testament des Erblassers zu ihren Gunsten für ungültig erklären zu lassen. Gemäß § 579 Abs 2 ABGB bedarf es für die Wirksamkeit eines fremdhändigen – also nicht vom Erblasser selbst geschriebenen – Testaments der Unterschrift dreier Zeugen. Zwar hatten sowohl der beauftragte **Notar als auch zwei seiner Angestellten auf dem Testament unterschrieben, dies aber nur mit Angabe ihrer jeweiligen Vor- und Zunamen sowie der Adresse der Notariatskanzlei.** Das Gesetz selbst verlangt lediglich, dass die Identität der Zeugen „aus der Urkunde hervorgehen muss“. Demgegenüber werden in den Gesetzesmaterialien auch Geburtsdatum und Adresse ausdrücklich als Gültigkeitserfordernisse genannt. Da die Privatadressen und insbesondere die Geburtsdaten der drei Zeugen im Testament jedoch nicht angeführt waren, hatte sich der OGH mit der Formgültigkeit der letztwilligen Verfügung zu befassen.

Das Höchstgericht bestätigte die Entscheidung der Vorinstanzen, indem es das Testament für gültig erklärte. Weder seien die Gesetzesmaterialien das Gesetz selbst noch bestehe eine Bindung an diese bei der Auslegung einer tatsächlichen Gesetzesnorm. Voraussetzung für die Verbindlichkeit eines fremdhändigen Testaments sei nach **§ 579 Abs 2 ABGB nur die Identifizierbarkeit der Zeugen – wann diese als ausreichend erachtet werden könne, richte sich nach den konkreten Umständen** des jeweiligen Einzelfalls und sei daher individuell zu beurteilen. Gegenwärtig sei die Identifizierung der Zeugen – der Notar des Erblassers samt Kanzleiadresse einerseits sowie seine zu einem bestimmten Zeitpunkt dort Angestellten andererseits – ohne Zweifel möglich, weshalb das Testament die Gültigkeitserfordernisse des § 579 Abs 2 ABGB erfülle. Davon abgesehen spreche die Tatsache, dass im Ministerialentwurf noch die Anführung des Geburtsdatums

vorgesehen, dieses in der tatsächlich verabschiedeten Version des Gesetzestexts jedoch gerade nicht mehr enthalten sei, allgemein dagegen, die Angabe desselben als Wirksamkeitserfordernis anzusehen. Das fremdhändige Testament sei daher jedenfalls wirksam (2 Ob 86/21t).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 495d
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 95, 123, 130, 147, 160, 247, 250, 254
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seite 161 und unter dem Begriff „Fremdhändiges Testament“

- ▷ **Schadenersatz für entfallene Pflege der Eltern:** Bei einem Verkehrsunfall, an dem ihn keinerlei Verschulden traf, wurde der Kläger primär im Bereich der linken Hand verletzt. Seine Verletzungen hinderten den Kläger daran, der zuvor von ihm täglich erbrachten, umfassenden Pflege seiner Eltern auch weiterhin selbst nachzukommen. Vor dem Unfall hatte der Mann seine pflegebedürftigen Eltern – der Vater 90 Jahre und an Demenz und Parkinson erkrankt, die Mutter 85 Jahre und auf einen Rollstuhl angewiesen – gemeinsam mit seiner Frau durchschnittlich 1,5 Stunden pro Tag bei diversen Hausarbeiten, Einkäufen und anderen Angelegenheiten unterstützt sowie deren Körperpflege übernommen, ihnen unter anderem aus dem Bett geholfen, sie an- und ausgekleidet und ihnen Mahlzeiten zubereitet. Zu den Pflegeleistungen fühlten sich der Kläger und seine Frau „sittlich verpflichtet“, zumal die Eltern des Klägers diesem zuvor Liegenschaften übergeben hatten. Für den unfallbedingten Entfall der sonst erbrachten Unterstützungs- und Pflegeleistungen für seine Eltern, forderte der Kläger aus dem Titel des Schadenersatzes 5.730 € von der Haftpflichtversicherung des Unfallgegners. Weil das Erstgericht darin aber einen nicht ersatzfähigen Drittschaden sah – durch den Entfall der Pflege sei nicht der Kläger, sondern allein dessen Eltern geschädigt worden und auch eine vertragliche Verpflichtung des Klägers ihnen gegenüber sei zu verneinen –, wies es das Begehren des Klägers ab. Das Zweitgericht gab dem Begehren des Mannes hingegen statt, da sehr wohl von einem ersatzfähigen Erwerbsschaden des Klägers auszugehen sei.

Der OGH bestätigte letzteres Urteil und stellte zunächst klar, dass es sich um keinen Drittschaden handle, da der im vorübergehenden Verlust der Arbeitskraft liegende Primärschaden ausschließlich beim Kläger selbst eingetreten sei. Ziel des Schadenersatzrechts sei es, den Geschädigten so zu stellen, wie er ohne das schädigende Verhalten stünde. Bei sinnvoller Verwertung der eigenen Arbeitskraft komme es daher für die Ersatzfähigkeit des daraus resultierenden Verdienstentgangs nicht auf das Bestehen einer – gesetzlichen oder vertraglichen – Verpflichtung an, sondern nur darauf, welche Tätigkeiten der Verletzte ohne Unfall künftig geleistet hätte. Vor diesem Hintergrund stelle – entgegen dem Vorbringen der Beklagten – auch eine bloß sittliche Verpflichtung einen hinreichenden Grund für den Zuspruch eines ersatzfähigen Erwerbsschadens dar. Dies gelte umso mehr im gegenständlichen Fall, da die im eng umgrenzten familienrechtlichen Verhältnis grundsätzlich bestehende Beistandspflicht zwischen Eltern und Kindern der Gefahr der Uferlosigkeit von Schadenersatzverpflichtungen wegen Zuerkennung von Ersatz für „lediglich freiwillige Betreuungsleistungen“ entgegenstehe. Gem § 137 ABGB haben Eltern und Kinder einander ein Leben lang beizustehen und mit Achtung zu begegnen. Die Leistung des Klägers an seine pflegebedürftigen Eltern fänden daher sogar eine gesetzliche Grundlage,

weshalb diesem jedenfalls Ersatz für die von ihm in Folge des Verkehrsunfalls und Ausfalls seiner Arbeitskraft nicht erbringbaren Pflegeleistungen zu gewähren sei (2 Ob 43/21v).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 190, 206, 437
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 30, 34, 121, 136, 180, 201, 209
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seiten 69 ff und unter dem Begriff „Drittschäden“

▷ **Strafrecht ist nicht gleich Eherecht – Frist für die Scheidungsklage:** Bereits im Jahr 1982 hatten die Klägerin und der Beklagte die Ehe miteinander geschlossen. Mit über 70 Jahren beehrte die Klägerin jedoch schließlich die Scheidung. Grund für diesen Entschluss war der Fund von kinderpornographischen Darstellungen im Besitz ihres Gemahls, der eine umfassende Lichtbildsammlung von nackten und sehr jungen Mädchen aufbewahrt hatte. Sogleich nachdem sie den schockierenden Fund gemacht hatte, erstattete die Klägerin Ende 2018 Anzeige gegen ihren Mann, woraufhin dieser wegen Besitzes pornographischer Darstellungen Minderjähriger zu einer bedingten Freiheitsstrafe von fünf Monaten verurteilt wurde. Die Scheidungsklage nach § 49 EheG reichte die Frau allerdings erst im November 2019 ein. **Weil die Frist zur Erhebung der Scheidungsklage bei Geltendmachung fast ein Jahr später aber bereits abgelaufen sei – wies das Erstgericht das Scheidungsbegehren der Klägerin ab.** Gem § 57 Abs 1 EheG müsse das Recht auf Scheidung wegen Verschuldens nämlich binnen sechs Monaten ab Kenntnis des Scheidungsgrundes geltend gemacht werden – im gegenständlichen Fall somit zwischen dem Fund der Bilder Ende 2018 und Mitte 2019. Auch das Zweitgericht kam zu der Ansicht, dass sich die Klägerin wegen Fristablaufs nicht mehr auf den Besitz ihres Mannes von Kinderpornographie als Scheidungsgrund stützen könne.

Auch der OGH gelangte in der Folge zum Ergebnis, dass die Scheidungsklage der Frau abzuweisen sei. Sinn der Sechsmonatsfrist des § 57 EheG sei es, dem Ehepartner, dem eine Eheverfehlung des anderen bekannt wird, **zwar eine ausreichend lange Überlegungsfrist betreffend den Willen zur Aufrechterhaltung der Ehe einzuräumen, gleichzeitig aber ein „Aufheben“ von Scheidungsgründen für die Geltendmachung zu einem späteren, günstigen Zeitpunkt auszuschließen.** Der Besitz von kinderpornographischem Material stelle zweifelsohne eine schwere Eheverfehlung dar – eine solche müsse sich nicht direkt gegen den anderen Ehegatten richten, sondern vielmehr reiche es aus, wenn das verwerfliche Verhalten dem anderen die Fortführung indirekt unerträglich mache. Dennoch müsse diese – so wie jede andere Eheverfehlung – rechtzeitig (also innerhalb von sechs Monaten ab Kenntnis) geltend gemacht werden. Damit bleibe lediglich zu klären, zu welchem Zeitpunkt eine fristauslösende Kenntnis der Klägerin im konkreten Fall angenommen werden könne. Schließlich sei der Klägerin beizupflichten, dass sogenanntes „fortgesetztes ehewidriges Verhalten“, bei dem ständig Verfehlung gesetzt werden, als Einheit aufzufassen, für den Fristlauf in solchen Fällen somit auf den Zeitpunkt der letzten ehewidrigen Handlung abzustellen sei. Gegenständlich liege jedoch keine fortgesetzte Eheverfehlung vor, die eine Einbringung der Klage erst im November 2019 rechtfertigen würde. Zwar stelle der Besitz von Kinderpornographie **ein strafrechtliches Dauerdelikt dar (ist also so lange strafbar, als man das betreffende Material bei sich hat); dennoch folge daraus keineswegs die Annahme, dass es sich dabei „automatisch“ um eine fortgesetzte Eheverfehlung handle, die bis zum Ende des strafbaren Verhaltens andauere.** Die eherechtliche müsse strikt von der strafrechtlichen Beurteilung getrennt werden. Erstere führe zu

dem Ergebnis, dass es sich beim bloßen Besitz von Kinderpornographie (bei dem ja gerade eben nicht laufend neue ehewidrigen Handlungen gesetzt werden), trotz dessen Einordnung als Dauerdelikt im Strafrecht, um keine fortgesetzte Eheverfehlung handle. Die Frist zur Geltendmachung dieses Scheidungsgrundes habe demnach mit dem Auffinden der Lichtbilder Ende 2018 begonnen und sei folglich zum Zeitpunkt der Klagseinbringung Ende 2019 bereits abgelaufen gewesen. Eine Scheidung aus dem Verschulden des Beklagten wegen dessen Besitz von kinderpornographischem Material sei der Klägerin daher nicht mehr möglich (4 Ob 56/21w).

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- Zankl, Bürgerliches Recht⁹ Rz 401
- Zankl, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 80, 126
- Zankl, Zivilrecht 24³ Seiten 135 f und unter den Begriffen „Scheidungsabschluss“ und Scheidungsklage“

- ▷ **Fruchtgenuss steht Vermögensopfer nicht entgegen:** Um eine Umgehung des für die nächsten Angehörigen im Erbrecht vorgesehenen Pflichtteilsanspruchs zu verhindern, können Pflichtteilsberechtigte für die Berechnung ihres Anspruchs die Hinzurechnung von Schenkungen zur Verlassenschaft begehren, die der Erblasser zu seinen Lebzeiten gemacht hat. Dabei wird zwischen pflichtteilsberechtigten und dritten Personen unterschieden, wobei Schenkungen an letztere nur dann zu berücksichtigen sind, wenn diese innerhalb der letzten beiden Jahre vor dem Tod des Erblassers gemacht wurden (vgl § 782 Abs 1 ABGB). Aufgrund dieser „Zwei-Jahres-Frist“ stellt sich in Pflichtteilsprozessen häufig die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Schenkung als „wirklich gemacht“ iSd § 782 ABGB gilt. Vor dem Erbrechtsänderungsgesetz 2015 hielt die Rechtsprechung zur Ermittlung des maßgeblichen Zeitpunkts an der **Vermögensopfertheorie fest: Demnach gelte eine Schenkung dann als erbracht, wenn der Erblasser den Verlust des geschenkten Gegenstandes und damit einhergehender typischer Eigentümerrechte tatsächlich spüre.** Der Annahme eines erbrachten Vermögensopfers stünde daher etwa der Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts des Geschenkgebers entgegen. Die gegenständliche Entscheidung des OGH führte jedoch zu einer Judikaturwende betreffend anrechnungspflichtige Schenkungen: Für die Berechnung ihres Pflichtteils hatte die – im Testament nicht bedachte – Tochter des Erblassers die Hinzurechnung des Wertes der von ihrem Vater zu Lebzeiten an den Beklagten gemachten Schenkung gefordert. Der Beklagte hatte vom Verstorbenen im Jahr 2011 mit notariellem Schenkungsvertrag dessen Liegenschaft geschenkt bekommen. An dieser hatte sich der Erblasser allerdings ein unentgeltliches und lebenslängliches Fruchtgenussrecht vorbehalten. Abweichend von der gefestigten Rechtsprechung vor dem ErbRÄG 2015 entschied der OGH unter Verweis auf die Materialien, dass die Schenkung der Liegenschaft bereits 2011 mit Einverleibung des Eigentums an den Beklagten im Grundbuch „wirklich gemacht“ worden sei. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage heiße es zu § 782 ABGB, dass „durch ein bloßes Nutzungsrecht“ das Vermögensopfer nicht ausgeschlossen werde. **Das Fruchtgenussrecht des Erblassers an der Liegenschaft sei damit unbeachtlich und das Vermögensopfer – und damit die Schenkung – habe bereits 2011 als vollständig erbracht gegolten.** Da zwischen diesem Zeitpunkt und dem nunmehrigen Verfahren ein Zeitraum von wesentlich mehr als zwei Jahren liege, könne die Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen von der Klägerin nicht (mehr) verlangt werden. Damit hat der OGH klargestellt, dass auch solche Schenkungen an dritte

Personen, an denen zum Zeitpunkt der Schenkung der Vorbehalt eines Nutzungsrechtes besteht, dem Beginn der Zwei-Jahres-Frist nicht entgegenstehen und diese somit keine pflichtteilerhöhende Wirkung mehr entfalten, sofern sie außerhalb der Frist – wenn also seit dem Schenkungszeitpunkt bis zum Tod des Geschenkgebers mehr als zwei Jahre vergangen sind – gemacht wurden (2 Ob 199/20v).

Anmerkung: Dies dürfte vor allem für Verfügungen bedeutsam sein, die von den Betroffenen im Vertrauen auf die Judikatur zur alten Rechtsalge vorgenommen und als hinzurechnungspflichtig verstanden wurden, da diese bei der Berechnung des Pflichtteils nunmehr eventuell keine Berücksichtigung mehr finden könnten.

Dieses Update betrifft folgende Teile der Bücher:

- *Zankl*, Bürgerliches Recht⁹ Rz 472, 569, 575 ff
- *Zankl*, Casebook Bürgerliches Recht¹⁰ Fälle 112, 134, 141, 157, 253
- *Zankl*, Zivilrecht 24³ Seite 173 f und unter dem Begriff „Anrechnung beim Pflichtteil“