

tümer und seine Rolle als Verbandsmitglied *sui generis* sich nicht restlos mit jener des Gesellschafters (egal welcher Rechtsform) vergleichen lassen. Zu stark ist der sachenrechtliche Einschlag, der durch den im Kern stehenden Zweck der Eigentümergemeinschaft – die Verwaltung der gemeinsamen Sache – vorgegeben ist. Wer also den Wohnungseigentümer und seine Rolle bei der Beschlussfassung verstehen will, muss sich auch dieser Mittelstellung im Spektrum zwischen schlichtem Miteigentums- und Gesellschaftsrecht gewahr werden.

NZ 2024/185

## Die letztwillige Begünstigung des Ehegatten und die Rücknahme der Scheidungsklage

### Eine Auseinandersetzung mit § 725 Abs 2 ABGB

*Es ist wohl keine Seltenheit, dass eine Scheidungsklage zurückgenommen wird, die Ehe folglich aufrecht bleibt. Aber bleibt sodann auch die letztwillige Verfügung zugunsten des Ehepartners aufrecht? Zwar sieht das ABGB in § 725 eine Regelung für den Fall vor, dass nach letztwilliger Begünstigung des Gatten die Ehe geschieden oder ein Scheidungsverfahren eingeleitet wird, jedoch sucht man nach einer Antwort auf die Frage, was gilt, wenn die Scheidungsklage sodann wieder zurückgenommen wird, vergeblich. Der gegenständliche Beitrag liefert hierfür eine Lösung.*

Von Anna Rössl

### Inhaltsübersicht:

- A. Problemaufriss
- B. Allgemeines
  1. Die dogmatische Einordnung des § 725 ABGB
  2. Die Rsp des OGH zur ausdrücklichen Anordnung des Gegenteils
- C. Rückschlüsse auf den Fall der Rücknahme der Scheidungsklage
  1. Die Anwendbarkeit des § 725 Abs 2 ABGB
  2. § 725 ABGB als Auslegungsvorschrift
  3. Die ausdrückliche Anordnung des Gegenteils
- D. Exkurs: Verfahrenseinleitung durch die bedachte Person
- E. Fazit

### A. Problemaufriss

Im Zuge der Auflösung einer familiären Beziehung – so bspw bei Scheidung einer Ehe – ist es ratsam, an vormalig getroffene letztwillige Anordnungen zu denken und diese gegebenenfalls abzuändern. In aller Regel wird es nicht dem Willen eines Erblassers<sup>1</sup> entsprechen, seinem geschiedenen Ehepartner letztwillig Vermögen zukommen zu lassen.<sup>2</sup> Auch § 725 ABGB greift diesen

### Über den Autor

Mag. Arian Roubal ist Richteramtsanwärter im Sprengel des Oberlandesgerichts Graz, zuvor war er an der Karl-Franzens-Universität Graz als studentischer Mitarbeiter an mehreren Instituten im Bereich des Privatrechts tätig.

**typischen Erblasserwillen**<sup>3</sup> auf. Demnach wird eine letztwillige Verfügung mit der Auflösung der Ehe zu Lebzeiten des Erblassers, insoweit sie den früheren Ehegatten betrifft, mangels Anordnung des Gegenteils aufgehoben. Abs 2 leg cit normiert, dass dies auch gilt, wenn „*der Verstorbene oder die letztwillig bedachte Person das gerichtliche Verfahren zur Auflösung der Ehe*“ bereits eingeleitet hat.<sup>4</sup>

Sowohl bis dato als auch in weiterer Folge wurde bzw wird ausschließlich von der Auflösung einer Ehe, als plakatives Beispiel für eine **Auflösung einer familiären Beziehung**, gesprochen. Jedoch gilt Entsprechendes selbstverständlich auch für die Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft, aber auch für die Auflösung einer Lebensgemeinschaft,<sup>5</sup> mit Besonderheiten im Detail ebenso für die Aufhebung der Abstammung und den Widerruf bzw die Aufhebung der Adoption.

*schiedene Leute) nichts mehr voneinander hören und sehen und schon gar nicht bei ihrem Tod ihr Vermögen dem geschiedenen Gatten überlassen.“*

<sup>3</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 20; Welsler, Erbrechts-Kommentar (2018) § 725 Rz 1; so auch Mondel/Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2024) § 725 Rz 5.

<sup>4</sup> Siehe für die Rechtsfolgen der Auflösung der Ehe bzw eines abhängigen Verfahrens im Zeitpunkt des Erbfalls auf das gesetzliche Erbrecht § 746 ABGB.

<sup>5</sup> Im Hinblick auf die Auflösung einer Lebensgemeinschaft ist darauf hinzuweisen, dass § 725 Abs 2 ABGB bereits der Natur der Sache nach nicht anwendbar sein kann. In diesem Zusammenhang kann folglich nur § 725 Abs 1 ABGB Geltung erlangen.

<sup>1</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im vorliegenden Beitrag das generische Maskulinum verwendet. Die männliche Form bezieht sich demnach in allen Fällen auf beide Geschlechter gleichermaßen.

<sup>2</sup> Um es mit den Worten Welsers, NZ 2021, 634 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 76/21 x NZ 2021, 630 zu sagen: „*Oft wollen sie (ge-*

Ohne gesetzliche Regelung ist jedoch der Fall geblieben, in dem nach einer entsprechenden Verfahreneinleitung das verfahrenseinleitende Schriftstück<sup>6</sup> wieder zurückgenommen wird.<sup>7</sup> Leitet bspw der spätere Erblasser ein Scheidungsverfahren ein, zieht er die Scheidungsklage sodann aber wieder zurück und verstirbt in weiterer Folge, ohne erneut letztwillig verfügt zu haben, so erscheint die letztwillige Begünstigung seines Ehegatten höchst ungewiss. Dieser – in Rsp und L bisher kaum beachtet – Fragestellung<sup>8</sup> widmet sich der vorliegende Beitrag.

## B. Allgemeines

### 1. Die dogmatische Einordnung des § 725 ABGB

Nicht abschließend geklärt ist die dogmatische Einordnung des § 725 Abs 1 und 2 ABGB,<sup>9</sup> die jedoch Aufschluss über die erbrechtlichen Folgen eines aufgrund Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstückes beendeten (in weiterer Folge nur mehr: beendeten) Scheidungsverfahrens geben könnte. In den Mat liest man: „§ 725, eine neu eingefügte Bestimmung, sieht in Abs. 1 die Vermutung eines stillschweigenden Widerrufs jener letztwilligen Verfügungen vor, [...] Die Vermutung erfasst nach Abs. 2 auch diejenigen Fälle, in denen der Verstorbene oder die bedachte Person bereits das gerichtliche Verfahren zur Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft oder zur Aufhebung oder zum Widerruf der Adoption eingeleitet hat. [...]“<sup>10</sup> Danach könnte es als naheliegend empfunden werden, sowohl in Abs 1 als auch in Abs 2 leg cit eine gesetzliche Vermutungsregel zu sehen. Die hL<sup>11</sup> geht jedoch von

einer **Auslegungsvorschrift** aus. Begründet wird diese Auffassung mit der Tatsache, dass der Erblasser „keine konkrete Widerrufshandlung gesetzt hat“.<sup>12</sup> *Tschugguel*<sup>13</sup> verweist darüber hinaus auf den Umstand, dass auch eine Verfahreneinleitung durch den bedachten Gatten zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung führt. In diesem Fall habe der Erblasser überhaupt keine Handlung getätigt (zum Tatbestand der Verfahreneinleitung durch den Bedachten auch noch unter D.).

Während Abs 1 leg cit keine konkrete Wortfolge beinhaltet, die deutlich in die eine oder andere Richtung weist,<sup>14</sup> wird in Abs 2 leg cit dessen Charakter als Zweifelsregel (arg: „im Zweifel“) betont.<sup>15</sup> Dies soll jedoch nichts an der dogmatischen Einstufung des Abs 2 leg cit als Auslegungsvorschrift ändern, zumal es sich bei jeder Auslegungsvorschrift um eine Zweifelsregel handle.<sup>16</sup> Unklar

des Ehegatten/eP und Lebensgefährten, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 117, die hierin eine „reine Rechtsfolgenanordnung“ sieht; *Neumayr/Webhofer* in FS *Eccher* 775, die von einer dispositiven Norm ausgehen; an diese Stimmen anschließend *Dukic*, NZ 2019, 266 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a NZ 2019, 263; auch *Christandl/Nemeth*, Das neue Erbrecht – ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016, 1 (3) sprechen sich für die Einstufung als „konkrete Rechtsfolgenanordnung“ aus; später geht *Christandl*, Das Erbrecht im Spiegel der Rechtsprechung – Zwischenbilanz und Ausblick, NZ 2022, 314 (327) jedoch von einer Vermutungsregel aus; so mittlerweile auch *Fischer-Czermak*, Letztwillige Begünstigung und Wegfall der Angehörigenstellung, EF-Z 2021, 249 (252). In Deutschland wird in Hinblick auf das deutsche Pendant (§ 2077 BGB) überwiegend von einer Auslegungsregel ausgegangen. Siehe hierfür *Harke* in *Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann*, BeckOGK zum BGB § 2077 Rz 5 mwN (Stand 1. 1. 2024, beck-online.beck.de); *Leipold* in *MünchKomm zum BGB*<sup>9</sup> (2022) § 2077 Rz 2 mwN; *Litzenburger* in *Hau/Poseck*, BeckOK zum BGB § 2077 Rz 1 mwN (Stand 1. 11. 2023, beck-online.beck.de).

<sup>12</sup> *Fischer-Czermak* in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Erbrecht 32; später ähnlich in *Fischer-Czermak*, EF-Z 2021, 249 (252); im Anschluss an diese *Mondel/Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 725 Rz 1; *Umlauf/Huf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 725 Rz 5.

<sup>13</sup> *Tschugguel*, EF-Z 2019, 231 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a EF-Z 2019, 229; so auch *Fischer-Czermak*, EF-Z 2021, 249 (252).

<sup>14</sup> AA *Niedermayr* in *Schwimann/Neumayr*, TK<sup>6</sup> § 725 Rz 1, wenn auch ohne Begründung.

<sup>15</sup> Zweifel bestehen, wenn es dem letztwillig Begünstigten nicht gelingt, zu „beweisen, dass das Motiv für eine letztwillige Erbeinsetzung bzw Zuwendung in anderen Umständen als der aufrechten Partnerschaft zu suchen sei – etwa der Dankbarkeit für diverse Unterstützungsleistungen oder auch der Zustimmung zu einer ‚unkomplizierten‘ Scheidung“. So *Deixler-Hübner* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch 118.

<sup>16</sup> *Fischer-Czermak* in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Erbrecht 32 f; so auch *Neumayr/Webhofer* in FS *Eccher* 767, wonach es sich bei Auslegungsregeln um Rechtsnormen handle, „die klarstellen, welcher Inhalt einer Erklärung ‚im Zweifel‘ beizumessen ist“; *Niedermayr* in *Schwimann/Neumayr*, TK<sup>6</sup> § 725 Rz 1. Siehe hierzu jedoch auch *Neumayr/Webhofer* in FS *Eccher* 775, arg: „Ganz offensichtlich kommt also der Wortfolge ‚im Zweifel‘ keine eigenständige Bedeutung zu.“ Später interpretiert *Fischer-Czermak*, EF-Z 2021, 249 (254) die Wortfolge „im Zweifel“ als Ausdruck einer Vermutungsregel; vgl hierzu auch *Wende-*

<sup>6</sup> Der Begriff „verfahrenseinleitendes Schriftstück“ fasst hier wie auch in der Folge einerseits eine Klage im streitigen und andererseits einen Antrag im AußStrVerf zusammen.

<sup>7</sup> In der Praxis wird im Falle der Versöhnung der Parteien häufig Ruhen des Verfahrens (§ 168 ZPO) vereinbart. So bspw in OGH 2 Ob 81/97 v. Die Vereinbarung „ewiges Ruhen“ wurde von der älteren Rsp teilweise in eine Klagsrücknahme umgedeutet. Hierdurch wurde dem Parteiwillen, den Prozess endgültig zu beenden, Rechnung getragen. Siehe hierzu sowie zur aktuellen Auffassung nur *Fink* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze II/3<sup>3</sup> (2015) § 168 ZPO Rz 8 bzw 14. Auch wenn von dieser Ansicht abgegangen wurde, so lassen sich die im vorliegenden Beitrag errungenen Ergebnisse in Hinsicht auf die Rechtsfolgen der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstückes wohl dennoch auf die Rechtsfolgen des ewigen Ruhens umlegen.

<sup>8</sup> Ansatzweise dazu *Tschugguel*, EF-Z 2019, 231 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a EF-Z 2019, 229.

<sup>9</sup> So auch *Neumayr/Webhofer*, Beweislastregeln und Zweifelsregeln im Erbrecht, in FS *Eccher* (2017) 775 mwN.

<sup>10</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 20.

<sup>11</sup> *Fischer-Czermak*, Ehegattenerbrecht, Rechte des Lebensgefährten und Abgeltung von Pflegeleistungen, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 32; *Mondel/Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 725 Rz 1; *Niedermayr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB: Taschenkommentar<sup>6</sup> (2023) § 725 Rz 1; *Tschugguel*, EF-Z 2019, 231 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a EF-Z 2019, 229; *Umlauf/Huf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar<sup>3</sup> (2020) § 725 Rz 5; aA *Deixler-Hübner*, Testamentarisches Erbrecht

ist aber, was anhand dieser Vorschrift überhaupt ausgelegt werden sollte; die L<sup>17</sup> gibt auf diese Frage keine Antwort. Auf der einen Seite könnte es um die **Auslegung der letztwilligen Verfügung** gehen.<sup>18</sup> Dies würde bedeuten, dass die nunmehrige Verfahrenseinleitung für die Interpretation einer möglicherweise vor Jahrzehnten erfolgten letztwilligen Anordnung als maßgebend anzusehen ist.<sup>19</sup> Auf der anderen Seite kommt die **Auslegung der Verfahrenseinleitung** infrage, zumal Abs 2 leg cit konkret auf diese Prozesshandlung abstellt.<sup>20</sup> Gegen diese Auffassung spricht jedoch wiederum der Umstand, dass auch eine Verfahrenseinleitung durch den bedachten Gatten zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung führt. In einem solchen Fall gibt es keine Prozesshandlung des Erblassers, die ausgelegt werden könnte.

Wohl unabhängig von der aufgeworfenen Frage soll aus der Einstufung des § 725 ABGB als Auslegungsvorschrift folgen, dass die **familiären Verhältnisse im Todeszeitpunkt** des Erblassers als ausschlaggebend für die Wirksamkeit seiner letztwilligen Anordnungen anzusehen sind.<sup>21</sup> Da der wahre Erblasserwille einer Auslegungsvorschrift stets vorgehe,<sup>22</sup> müsse es konsequenterweise darauf ankommen, ob im Zeitpunkt seines Ablebens noch eine aufrechte Ehe bestand.<sup>23</sup> Denn „*letztwillige Verfügungen [ . . . ] werden [ . . . ] regelmäßig darauf beruhen, dass eine Nahebeziehung zwischen dem Erblasser und dem Bedachten besteht und der Erblasser mit dem Fortbestehen dieser Beziehung [ . . . ] rechnet.*“<sup>24</sup> Für die Rechtsfolgen der Einstufung des § 725 ABGB als Vermutungsregel s hingegen noch unter C.2.

horst, Testamentsrecht, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 55.

<sup>17</sup> Fischer-Czermak in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Erbrecht 32f; Mondel/Knechtel in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 725 Rz 6; Niedermayr in *Schwimmann/Neumayr*, TK<sup>6</sup> § 725 Rz 1.

<sup>18</sup> Auch Abs 1 leg cit stellt auf die letztwillige Verfügung ab; vgl hierfür Fischer-Czermak, EF-Z 2021, 249 (251).

<sup>19</sup> Vgl hierzu etwa Neumayr in *Bydliński/Perner/Spitzer*, KBB<sup>7</sup> (2023) § 553 Rz 2, arg: „*Verändern sich die Umstände nach der Testamenterrichtung, so legt man die Verfügung so aus, wie der Verstorbene bei Kenntnis der Veränderung verfügt hätte.*“

<sup>20</sup> Siehe für die grundsätzliche Möglichkeit der Auslegung einer Prozesshandlung nur *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 914 Rz 80.

<sup>21</sup> *Tschugguel*, EF-Z 2019, 231 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a EF-Z 2019, 229; ähnlich *Umlauf/Huf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 725 Rz 8, die eine zwischenzeitliche Unterbrechung der Lebensgemeinschaft als unschädlich ansehen, sofern diese im Zeitpunkt des Ablebens wieder aufrecht ist. AA *Zak*, JEV 2019, 192 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 43/19 s JEV 2019, 189.

<sup>22</sup> *Neumayr/Webhofer* in FS *Eccher* 768.

<sup>23</sup> *Tschugguel*, EF-Z 2019, 231 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a EF-Z 2019, 229. Der Vollständigkeit halber sei klargestellt, dass diese Aussage richtigerweise um den Einschub „bzw ein Scheidungsverfahren im Gange war“ zu ergänzen ist.

<sup>24</sup> OGH 2 Ob 76/21 x.

## 2. Die Rsp des OGH zur ausdrücklichen Anordnung des Gegenteils

Die soeben geschilderte Auffassung, wonach die Einstufung des § 725 ABGB als Auslegungsvorschrift zur Folge habe, dass in erster Linie auf den Erblasserwillen abgestellt werden müsse, könnte prima vista jedoch mit der Judikatur des OGH im Widerspruch stehen. Dieser sprach in OGH 2 Ob 192/18 a erstmals aus, dass der Wille des Erblassers, wonach die letztwillige Verfügung auch im Falle der Scheidung aufrecht bleiben soll, **in einer letztwilligen Verfügung** (im Sinne der Andeutungstheorie) angeordnet sein müsse.<sup>25</sup> Mündliche Äußerungen bzw andere Äußerungsformen, die den Formerfordernissen einer letztwilligen Verfügung nicht entsprechen, könnten die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch Scheidung nicht verhindern.<sup>26</sup> Diese Rsp führte das Höchstgericht einerseits kurz darauf in 2 Ob 43/19 s explizit fort, andererseits wurde sie auch in 2 Ob 41/19 x, 2 Ob 76/21 x und 2 Ob 173/21 m zust aufgegriffen bzw in 2 Ob 71/24 s weiterentwickelt.<sup>27</sup> Siehe für die Auflösung des scheinbaren Widerspruchs dieser Rsp mit der zuvor erörterten Ansicht noch unter C.3.

## C. Rückschlüsse auf den Fall der Rücknahme der Scheidungsklage

### 1. Die Anwendbarkeit des § 725 Abs 2 ABGB

§ 725 Abs 2 ABGB hat eine Situation vor Augen, in der im Todeszeitpunkt des Erblassers ein Scheidungsverfahren zwar **bereits eingeleitet**, hierüber jedoch **noch nicht rechtskräftig abgesprochen** wurde (s hierzu bereits A.).<sup>28</sup> Auch in diesem Fall erscheint es – vergleichbar mit einer Situation, in der die Ehe bereits rechtskräftig geschieden wurde – sachgerecht, die letztwillige Verfügung im Hinblick auf die Begünstigung des Ehegatten aufzuheben.

<sup>25</sup> *Zust Mondel*, iFamZ 2019, 331 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a iFamZ 2019, 329; *Tschugguel*, EF-Z 2019, 231 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a EF-Z 2019, 229; aA *Fischer-Czermak* in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Erbrecht 32; *dies*, EF-Z 2021, 249 (253); in die gleiche Kerbe schlagend *Christandl*, NZ 2022, 314 (327), der dies als „*unbefriedigend*“ einstuft.

<sup>26</sup> So geht *Zak*, JEV 2019, 192 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 43/19 s JEV 2019, 189 folgerichtig auch davon aus, dass eine Wiederverehelichung nichts an der vormaligen Aufhebung der letztwilligen Verfügung aufgrund der Scheidung zu ändern vermag. AA sind *Umlauf/Huf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 725 Rz 8 bezüglich der Wiederaufnahme einer Lebensgemeinschaft.

<sup>27</sup> Dem OGH entgegengetretend *Christandl*, NZ 2022, 314 (327); *Fischer-Czermak*, EF-Z 2021, 249 (251).

<sup>28</sup> Vgl hierzu *Ferrari/Hampton/Schwarzenegger/Vaclavek* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht<sup>2</sup> (2020) Rz 5.188; *Mondel/Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 725 Rz 6; *Musger* in KBB<sup>7</sup> § 725 Rz 5; *Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB: Praxis-Kommentar<sup>5</sup> (2018) § 725 Rz 9; *Umlauf/Huf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 725 Rz 10; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 725 Rz 6.

Durch die Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks gibt es im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers jedoch **kein anhängiges Scheidungsverfahren** mehr,<sup>29</sup> von dem Abs 2 leg cit ausgeht.<sup>30</sup> So führt eine Klagsrücknahme im streitigen Verfahren<sup>31</sup> gleichermaßen wie eine Zurücknahme des Antrags im AußStrVerf<sup>32</sup> zur Verfahrensbeendigung.<sup>33</sup> Vor diesem Hintergrund wird in Deutschland, wo eine mit § 725 ABGB durchaus vergleichbare Bestimmung (§ 2077 BGB) existiert, die Ansicht vertreten, dass die letztwillige Verfügung als nicht aufgehoben anzusehen sei, wenn das verfahrenseinleitende Schriftstück wieder zurückgenommen wurde.<sup>34</sup> Es sei stets darauf abzustellen, ob im Zeitpunkt des Erbfalls ein Verfahren zur Auflösung der familiären Beziehung anhängig ist.<sup>35</sup>

Vom Grundsatz, dass es für die Anwendbarkeit des § 725 Abs 2 ABGB eines anhängigen Verfahrens bedarf, muss im Falle der **Abweisung einer Scheidungsklage aus Gründen, die nicht gegen den ernstlichen Auflösungs willen sprechen**, eine Ausnahme gemacht werden. Gem Abs 2 leg cit kommt es für die Aufhebung der letztwilligen Verfügung ausschließlich im Falle der Einleitung eines Abstammungsverfahrens darauf an, dass in weiterer Folge der Klage stattgegeben wird. Einer letztwilligen Begünstigung des Ehegatten steht hingegen auch die Abweisung der Scheidungsklage aus Gründen, die nicht gegen den ernstlichen Auflösungs willen sprechen,<sup>36</sup> entgegen.<sup>37</sup>

<sup>29</sup> Wird das verfahrenseinleitende Schriftstück hingegen nicht zurückgenommen, sondern Ruhen des Verfahrens (§ 168 ZPO) vereinbart, „bleiben die Gerichtsanhängigkeit und die Streitabhängigkeit aufrecht“. Siehe hierzu Melzer in Kodek/Oberhammer, ZPO-ON (2023) § 170 Rz 26. Vgl aber auch RS0036709, arg: „Bei Beurteilung des Vorliegens von Streitabhängigkeit kann unter Umständen die Vereinbarung ewigen Ruhens einer Klagsrücknahme ohne Anspruchsverzicht gleichgestellt werden.“

<sup>30</sup> Für die Notwendigkeit eines anhängigen Verfahrens etwa Niedermayr in Schwimann/Kodek<sup>5</sup> § 725 Rz 9; Musger in KBB<sup>7</sup> § 725 Rz 5. Der Wortlaut der Norm könnte an der Notwendigkeit eines anhängigen Verfahrens aber zweifeln lassen, arg: „eingeleitet hat“.

<sup>31</sup> Im streitigen Verfahren werden Verschuldens- und Zerrüttungsscheidungen abgewickelt.

<sup>32</sup> Im AußStrVerf werden hingegen einvernehmliche Scheidungen, Abstammungsstreitigkeiten und Adoptionsaufhebungen abgewickelt.

<sup>33</sup> Zum streitigen Verfahren: Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> (2021) Rz 555; zum AußStrVerf: § 11 Abs 1 AußStrG.

<sup>34</sup> Litzenburger in Hau/Poseck, BeckOK zum BGB § 2077 Rz 8 mwN (Stand 1. 11. 2023, beck-online.beck.de); so – bezüglich der in Deutschland möglichen Zustimmung zu einem Scheidungsantrag – auch Harke in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK zum BGB § 2077 Rz 19 (Stand 1. 1. 2024, beck-online.beck.de).

<sup>35</sup> Vgl hierzu OLG Naumburg 2 Wx 55/14; Harke in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK zum BGB § 2077 Rz 19 (Stand 1. 1. 2024, beck-online.beck.de).

<sup>36</sup> Beispiele: Abweisung der Scheidungsklage zur Vermeidung von Härten gem § 54 EheG, Abweisung der Scheidungsklage, weil die Fristen gem § 55 EheG noch nicht abgelaufen sind.

<sup>37</sup> Vgl hierzu auch Ferrari/Hampton/Schwarzenegger/Vaclavek in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 5.188.

Im Gegensatz dazu liegt im Falle der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks die „*hinter der Verfahrenseinleitung stehende Absicht [...] die familienrechtlichen Beziehungen aufzulösen*“, nicht mehr vor. Diese **Absicht** sei aber für die Aufhebung der letztwilligen Anordnung maßgebend.<sup>38</sup> Die Bestimmung des § 725 ABGB wird zudem als „*Bestimmung zum Verlust der Angehörigenstellung*“ angesehen.<sup>39</sup> Aufgrund der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks geht die **Angehörigenstellung jedoch nicht verloren**.

Dementsprechend ist auch davon auszugehen, dass der **mutmaßliche Wille des Erblassers**, dem mit § 725 ABGB Rechnung getragen werden sollte,<sup>40</sup> nicht mehr darauf gerichtet ist, seinem Ehegatten die letztwilligen Zuwendungen zu versagen.<sup>41</sup> Die Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks deutet darauf hin, dass die familiäre Beziehung nicht so grundlegend zerrüttet ist, dass es typischerweise dem Erblasserwillen entspricht, seine letztwillige Verfügung bezüglich der Begünstigung seines Gatten aufzuheben.<sup>42</sup>

Des Weiteren kann ein aufschlussreicher Gedanke aus den Ausführungen von Ferrari/Hampton/Schwarzenegger/Vaclavek<sup>43</sup> abgeleitet werden: Ein Teil der Lehre<sup>44</sup> vertrete die Auffassung, Abs 2 leg cit könne auf eine nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht anwendbar sein, weil es hierfür kein förmliches Auflösungsverfahren gebe. Mangels eines solchen Verfahrens könne kein

<sup>38</sup> Ferrari/Hampton/Schwarzenegger/Vaclavek in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 5.188; vgl hierzu auch Musger in KBB<sup>7</sup> § 725 Rz 5.

<sup>39</sup> Ferrari/Hampton/Schwarzenegger/Vaclavek in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 5.182.

<sup>40</sup> So Mondel/Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 725 Rz 5, die auf die gesetzgeberische Wertung verweisen.

<sup>41</sup> Siehe hierzu auch Fischer-Czermak, EF-Z 2021, 249 (252), arg: „Die Angehörigeneigenschaft ist daher regelmäßig Beweggrund für die letztwillige Begünstigung von Angehörigen.“ Christandl/Nemeth, NZ 2016, 1 (4), arg: „Die Materialien gehen davon aus, dass der Erblasser den im Gesetz Genannten im Regelfall nur etwas hinterlassen will, wenn die enge Verbindung zu ihnen zum Zeitpunkt seines Todes noch aufrecht ist, [...]“ Dies ist aufgrund der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks und der daraus folgenden Aufrechterhaltung der Angehörigenstellung anzunehmen. Ähnlich auch der OGH in 2 Ob 76/21 x, arg: „Letztwillige Verfügungen zugunsten einer natürlichen Person werden zudem regelmäßig darauf beruhen, dass eine Nahebeziehung zwischen dem Erblasser und dem Bedachten besteht und der Erblasser mit dem Fortbestehen dieser Beziehung (wenn auch allenfalls in veränderter Form) rechnet.“ Auch von einem entsprechenden Fortbestehen ist aufgrund der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks und der daraus folgenden Aufrechterhaltung der Angehörigenstellung auszugehen.

<sup>42</sup> Vgl hierzu Welser, Erbrechts-Kommentar § 725 Rz 2; OGH 2 Ob 76/21 x.

<sup>43</sup> Ferrari/Hampton/Schwarzenegger/Vaclavek in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 5.190.

<sup>44</sup> Zitiert werden Christandl/Nemeth, NZ 2016, 1 (3); Deixler-Hübner, Familienrechtliche Aspekte des Erbrechts, in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht NEU (2015) 39.

„Schwebezustand“<sup>45</sup> bestehen, auf den Abs 2 leg cit jedoch abstelle. Zweifelsfrei gibt es aber auch nach der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks **keinen „Schwebezustand“** mehr, zumal es hierdurch – wie soeben erörtert – zur Verfahrensbeendigung kommt.

Basierend auf einer Zusammenschau all dieser Argumente muss mE hinterfragt werden, ob § 725 Abs 2 ABGB auf den gegenständlichen Fall überhaupt anwendbar ist. Es scheint, als läge eine planwidrige Gesetzeslücke (iSe fehlenden Ausnahmeregelung<sup>46</sup>) vor, weshalb es sachgerecht wirkt, diese Norm **teleologisch zu reduzieren**. Die Folge einer teleologischen Reduktion wäre die **Weitergeltung der letztwilligen Anordnung** zugunsten des Ehegatten trotz zwischenzeitiger Scheidungsverfahrenseinleitung, da die Zweifelsregel nicht zur Anwendung käme. Selbst wenn aber davon ausgegangen wird, dass § 725 Abs 2 ABGB auch auf einen Fall, in dem nach vormaliger Verfahrenseinleitung das Scheidungsverfahren wieder beendet wurde, anwendbar ist, kann dem Ehegatten die letztwillige Begünstigung weiterhin zustehen (s hierzu nachfolgend im Detail).

## 2. § 725 ABGB als Auslegungsvorschrift

Ausgehend von der hA, nach der es sich bei § 725 ABGB um eine Auslegungsvorschrift handelt, vertritt ein Teil der L,<sup>47</sup> dass die **familiären Verhältnisse im Todeszeitpunkt des Erblassers** ausschlaggebend für die Wirksamkeit dessen letztwilliger Anordnungen sind (s hierfür bereits B.1.). Ist die Ehe im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers nach wie vor aufrecht und gibt es auch kein laufendes Scheidungsverfahren mehr, da das verfahrenseinleitende Schriftstück zurückgenommen wurde, sollte dem letztwillig bedachten Ehegatten das ihm in der letztwilligen Anordnung zugewiesene Vermögen auch tatsächlich zukommen.<sup>48</sup>

Außerdem besteht der vom Gesetz geforderte Zweifel im Falle der Beendigung des Verfahrens erst gar nicht<sup>49</sup> bzw wird die Erbringung eines Gegenbeweises unproblematisch sein. Klar ist, dass § 725 ABGB dem typischen

Erblasserwillen im Zeitpunkt seiner Verfügung<sup>50</sup> zum Durchbruch verhelfen will, zumal ein Testator seinen Ehegatten regelmäßig „*allein aufgrund der familiären Nahebeziehung*“<sup>51</sup> bedacht haben wird. Die Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks bringt zum Ausdruck, dass diese Nahebeziehung doch nicht aufgelöst werden sollte. Daher **bleibt der typische Beweggrund des Erblassers bestehen**; die Grundlage der Zweifelsregel des Abs 2 leg cit entfällt.<sup>52</sup>

Demnach kann von einer „**bedingten Aufhebung**“ der letztwilligen Verfügung durch Einleitung des Scheidungsverfahrens gesprochen werden. Denn im Endeffekt sollte die letztwillige Verfügung nur als aufgehoben angesehen werden, wenn das Scheidungsverfahren in weiterer Folge nicht wieder beendet wird.<sup>53</sup>

Abweichendes würde hingegen aus der Einstufung des § 725 ABGB als „*Vermutung eines stillschweigenden Widerrufs*“<sup>54</sup> folgen: Ein einmal eingeleitetes Scheidungsverfahren würde die letztwillige Verfügung **endgültig aufheben**<sup>55</sup> – unabhängig davon, ob dieses Verfahren in weiterer Folge wieder beendet wird.<sup>56</sup>

<sup>45</sup> Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht NEU 39.

<sup>46</sup> Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar<sup>3</sup> §§ 6, 7 Rz 69.

<sup>47</sup> Tschugguel, EF-Z 2019, 231 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a EF-Z 2019, 229; ähnlich Umlauf/Huf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 725 Rz 8.

<sup>48</sup> Unstrittig dürfte hingegen die Folge eines beendeten Abstammungsverfahrens sein, da sich die Nichtabstammung gem § 725 Abs 2 Satz 2 ABGB in weiterer Folge herausstellen muss, um die letztwillige Verfügung als aufgehoben zu betrachten und es hierzu aufgrund der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks nicht kommt.

<sup>49</sup> Diese Auffassung spricht wiederum gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 725 Abs 2 ABGB auf den gegenständlichen Fall. Siehe hierfür bereits C.1.

<sup>50</sup> Siehe zum Zeitpunkt Neumayr in KBB<sup>7</sup> § 553 Rz 2; vgl hierzu auch OGH 2 Ob 76/21 x.

<sup>51</sup> Christandl, NZ 2022, 314 (326); s hierzu auch Christandl/Neumeth, NZ 2016, 1 (4), arg: „enge Verbindung“; OGH 2 Ob 76/21 x, arg: „Nahebeziehung“.

<sup>52</sup> Hiervon ist dem Grunde nach auch im Falle der Verfahrenseinleitung und späteren Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks durch die bedachte Person auszugehen. Da die Nahebeziehung doch nicht aufgelöst werden sollte, bleibt der typische Beweggrund des Erblassers aufrecht. Siehe jedoch für eine kritische Auseinandersetzung mit dem grundsätzlichen Tatbestand der Verfahrenseinleitung durch die bedachte Person noch unter D.

<sup>53</sup> Anders wäre ein Fall zu beurteilen, in dem der Erblasser nach Einleitung des Scheidungsverfahrens seine letztwillige Verfügung aufhebt oder abändert, wodurch sein Gatte nicht mehr letztwillig begünstigt wird. Wird das Scheidungsverfahren sodann beendet und verfügt der Erblasser nicht erneut, bleibt es bei der Aufhebung bzw Abänderung der ursprünglichen Verfügung. In der zweiten letztwilligen Verfügung ist im Gegensatz zur Einleitung des Scheidungsverfahrens keine nur „bedingte Aufhebung“ zu sehen, sofern dies nicht angeordnet wurde.

<sup>54</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 20.

<sup>55</sup> Für dieses Ergebnis spricht wohl auch das (sowohl in Abs 1 als auch) in Abs 2 leg cit verwendete Wort „aufgehoben“. Jedoch erscheint es durchaus naheliegend, dass der Gesetzgeber diese Formulierung ohne Bedachtnahme auf die Möglichkeit der Rücknahme eines verfahrenseinleitenden Schriftstücks gewählt hat, zumal die Erläuterungen mit keinem Wort hierauf eingehen. Siehe hierfür P. Bydlinski, §§ 695–726, abgb-modernisierung. uni-graz.at (§ 725, Stand 7. 3. 2024).

<sup>56</sup> So Tschugguel, EF-Z 2019, 231 in seiner Anm zu OGH 2 Ob 192/18 a EF-Z 2019, 229, der diese Rechtsfolge zutreffend ablehnt. Siehe hierzu auch Neumayr/Webhofer in FS Eccher 768, die auf die unterschiedlich weitreichende Wirkung einer Vermutungs- und einer Auslegungsregel aufmerksam machen.

### 3. Die ausdrückliche Anordnung des Gegenteils

Die Ansicht, dass es auf die familiären Verhältnisse im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers ankommt und somit ein eingeleitetes, sodann aber wieder beendetes Scheidungsverfahren der letztwilligen Begünstigung des Gatten nicht entgegensteht, scheint wiederum mit der zuvor (unter B.2.) erörterten Rechtsprechungslinie des OGH im Widerspruch zu stehen. Danach kann ausschließlich durch eine formgültige letztwillige Anordnung von den Rechtsfolgen des § 725 ABGB abgegangen werden. Zwar könnte argumentiert werden, dass im Hinblick auf die Notwendigkeit der ausdrücklichen Anordnung des Gegenteils zwischen Abs 1 und Abs 2 leg cit zu unterscheiden ist.<sup>57</sup> *Deixler-Hübner* führt dies auf den **Wortlaut der unterschiedlichen Absätze** zurück: Da Abs 2 leg cit die Aufhebung der letztwilligen Verfügung ausschließlich im Zweifel anordnet, sollte „jedenfalls dem Bedachten der Beweis anderer Umstände offenstehen“.<sup>58</sup> Auch *Welser*<sup>59</sup> weist auf den Wortlaut des Abs 2 leg cit („nur iZw“) hin und leitet daraus ab, dass die Erbringung eines Gegenbeweises zulässig sein muss.<sup>60</sup> Im Gegensatz zu § 725 Abs 1 ABGB verlangt Abs 2 leg cit nicht, „dass der Verstorbene ausdrücklich das Gegenteil angeordnet hat“, sondern statuiert nur, dass die letztwillige Verfügung „im Zweifel auch dann aufgehoben“ wird, wenn ein gerichtliches Verfahren zur Auflösung der familiären Beziehung eingeleitet wurde.

Seit der jüngst ergangenen E 2 Ob 71/24 s ist aber klar, dass es einer formgültigen letztwilligen Anordnung nicht nur im Falle der Auflösung der Ehe (Abs 1 leg cit), sondern **auch bei bloßer Scheidungsverfahrens-einleitung** (Abs 2 leg cit) bedarf, um einem gegenteiligen Erblasserwillen zum Durchbruch zu verhelfen. Der OGH erteilt der Auffassung, dass im Hinblick auf die Notwendigkeit der ausdrücklichen Anordnung des Gegenteils zwischen Abs 1 und Abs 2 leg cit zu unterscheiden sei, somit eine klare Absage.

Entgegen erstem Anschein widerspricht diese Rsp jedoch nicht dem Ergebnis, dass es aufgrund der Einstufung des § 725 ABGB als Auslegungsvorschrift auf die familiären Verhältnisse im Zeitpunkt des Ablebens des

Erblassers ankommt und somit ein beendetes Scheidungsverfahren der letztwilligen Begünstigung des Gatten nicht entgegensteht. Es ist klar zu unterscheiden: Während die Rsp Fälle behandelt, in denen **festgestellt werden kann**, dass der tatsächliche Erblasserwille vom mutmaßlichen Erblasserwillen abweicht, und für dessen Beachtlichkeit eine entsprechende letztwillige Anordnung fordert, geht es bei der Einstufung des § 725 als Auslegungsvorschrift um einen gänzlich anderen Fall: Ist der tatsächliche Erblasserwille **nicht feststellbar**, so sollte es auf die familiären Verhältnisse im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers ankommen.

Somit gibt es einerseits eine Rechtsprechungslinie zu Abs 1 wie auch Abs 2 leg cit für den Fall des festgestellten Erblasserwillens.<sup>61</sup> Andererseits überzeugt die Ansicht durchaus, dass es auf die familiären Verhältnisse im Ablebenszeitpunkt ankommt, wenn der Erblasserwille nicht festgestellt werden kann. Ungeklärt bleibt daher nur, ob es auch nach **Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks einer letztwilligen Anordnung** bedarf, um die Aufhebungswirkung trotz festgestellt gegenteiligen Erblasserwillens zu vermeiden.

Die Aufnahme der Anordnung in die letztwillige Verfügung, dass eine letztwillige Begünstigung bspw von einer späteren Scheidung unabhängig sei, erscheint durchaus denkbar und (zumindest in der Theorie<sup>62</sup>) leicht umsetzbar. Im Gegensatz dazu ist die Aufnahme der Anordnung, dass bei Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstückes der Gatte weiterhin begünstigt sein soll, wohl als realitätsfern anzusehen. Jedoch wäre es einerseits möglich, eine **generellere Anordnung** zu treffen, die ua eine Scheidungsverfahrensbeendigung deckt. So könnte eine entsprechende Anordnung des Gegenteils wie folgt lauten: „Mein Ehegatte soll aus dieser letztwilligen Verfügung nur im Falle einer rechtskräftigen Aufhebung der Ehe nicht begünstigt werden.“ Noch generalisierter und sich von der Notwendigkeit eines familiären Verhältnisses lösend: „Herr bzw Frau XY soll aus dieser letztwilligen Verfügung vollkommen unabhängig von späteren Handlungen, die sich auf die familienrechtlichen Verhältnisse auswirken könnten, begünstigt werden.“ Hierdurch wäre jeweils für den Fall der Beendigung des Scheidungsverfahrens vorgesorgt; dem bedachten Ehegatten stünde das ihm zuge dachte Vermögen jedenfalls weiterhin zu. Andererseits darf insb nicht außer Acht gelassen werden, dass es dem Erblasser freisteht, nach der Einleitung des Ver-

<sup>57</sup> So *Deixler-Hübner* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch 117 f; *Kalss/Klampfl*, Das neue Erbrecht nach der Reform – eine Übersicht zur Überprüfung Ihrer Vermögensnachfolgeplanung, JEV 2016, 152 (154); wohl auch *Mondel/Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 725 Rz 3, die klarstellen, dass formgültige Äußerungen des Erblassers „keine gültige Anordnung iSd Abs 1“ leg cit darstellen; aA *Musger* in *KBB*<sup>7</sup> § 725 Rz 6; *Umlauf/Huf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 725 Rz 12.

<sup>58</sup> *Deixler-Hübner* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch 118.

<sup>59</sup> *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 725 Rz 6.

<sup>60</sup> Ein solcher Gegenbeweis könne durch die letztwillige Verfügung erbracht werden, so *Welser*. Dass es sich hierbei um die einzige Möglichkeit handelt, einen Gegenbeweis vorzubringen, liest man hingegen auch dort nicht.

<sup>61</sup> An dieser Stelle sei zusätzlich angemerkt, dass die bisherige Rsp des OGH (s hierzu B.2.) stets zu gesetzlich geregelten Fällen erging (Aufhebung der Ehe und Einleitung eines Scheidungsverfahrens), während sich der vorliegende Beitrag mit einer Situation beschäftigt, die keine gesetzliche Regelung erfahren hat (Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstückes). Auch deshalb kann die Rsp keine direkten Auswirkungen auf die hier interessierende Frage haben.

<sup>62</sup> Siehe für das Bestehen durchaus praktisch relevanter Hürden nur *Christandl*, NZ 2022, 314 (327).

fahrens bzw nach der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstückes eine **neue letztwillige Anordnung** zu treffen.<sup>63</sup> Hierbei muss es sich um kein Testament handeln, in dem die Vermögensaufteilung neu bzw erneut angeordnet wird; eine formwirksame letztwillige Verfügung, in der die Weitergeltung der ersten letztwilligen Verfügung im Hinblick auf den Ehegatten angeordnet wird, wäre ausreichend.<sup>64</sup>

Dennoch darf eine letztwillige Anordnung im Falle der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks für die Realisierung eines festgestellten Erblasserwillens nicht als notwendig angesehen werden. Dies würde einen **Wertungswiderspruch** darstellen: Kann der Wille des Erblassers nach Scheidung (Abs 1 leg cit) bzw nach Scheidungsverfahrenseinleitung (Abs 2 leg cit)<sup>65</sup> nicht festgestellt werden, ist auf die familiären Verhältnisse im Zeitpunkt des Todes abzustellen und somit von der Aufhebung der letztwilligen Verfügung auszugehen. Dasselbe Ergebnis resultiert aus einem zwar festgestellt gegenteiligen, jedoch nicht in einer letztwilligen Verfügung angeordneten Erblasserwillen. Anders stellt sich die Situation im Falle der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks dar: Kann der Wille des Erblassers nicht festgestellt werden, ist auf die familiären Verhältnisse im Zeitpunkt des Todes abzustellen und somit von der Gültigkeit der letztwilligen Verfügung auszugehen (s hierzu C.2.). Es wäre schlichtweg sachwidrig, würde davon ausgegangen, dass im Falle eines nicht feststellbaren Willens des Erblassers die Verfügung **aufrecht bleibt**, in einem Fall, in dem sogar festgestellt werden kann, dass es dem Willen des Erblassers entspricht, seinen Ehegatten weiterhin zu begünstigen, **jedoch nicht**. Festzuhalten bleibt sohin, dass die letztwillige Begünstigung des Ehegatten im Falle der Rücknahme des verfahrenseinleitenden Schriftstücks auch bei Feststellbarkeit eines von der gesetzlichen Vorstellung abweichenden Erblasserwillens nicht aufgehoben wird.

#### D. Exkurs: Verfahrenseinleitung durch die bedachte Person

Aufmerksamkeit verdient zudem der Umstand, dass auch eine Verfahrenseinleitung durch die bedachte Person die Aufhebung der letztwilligen Verfügung nach sich zieht. § 725 Abs 2 ABGB statuiert den Wegfall der letztwilligen Verfügung unabhängig davon, ob „*der Verstorbene oder die letztwillig bedachte Person das gerichtliche Verfahren zur Auflösung der Ehe [...] eingeleitet hat*“. De lege lata genügt es demnach für die Aufhebung der letztwilligen Verfügung des **Erblassers**, dass die **bedachte Person** ihre Absicht, die Ehe

aufzulösen, in einer bestimmten förmlichen Weise zu erkennen gibt. Für die Möglichkeiten eines Erblassers, diese Rechtsfolge zu vermeiden, s aber bereits C.3.<sup>66</sup>

Dieser Aspekt des Abs 2 leg cit fand sich im ME noch nicht, sondern wurde aufgrund einer Anregung der Österreichischen Notariatskammer<sup>67</sup> erst in die RV aufgenommen.<sup>68</sup> Ein Blick in diese Anregung wirft jedoch Fragen auf. Einerseits wird dort vorgebracht, dass sich die Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch eine Verfahrenseinleitung des Bedachten „*schon aus einem Größenschluss*“ ergibt. Eine nähere Begründung für diese Behauptung fehlt. Warum es zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung **umso mehr** kommen müsse, wenn es der Bedachte ist, der das Verfahren einleitet, ist nicht nachvollziehbar. Man denke bspw nur an einen Fall, in dem der Bedachte aufgrund eines Fehlverhaltens des Erblassers die Ehe auflösen möchte, der Erblasser jedoch unabhängig von seinem Fehlverhalten seinem Ehegatten weiterhin etwas hinterlassen will.

Das erste Argument der Österreichischen Notariatskammer geht wohl Hand in Hand mit dem zweiten, nach dem eine Aufhebung der letztwilligen Verfügung unabhängig davon, wer das Verfahren eingeleitet hat, „*dem typischen Erblasserwillen entsprechen*“ würde. Es mag zwar sein, dass dies zutrifft, jedoch bestätigt die Ausnahme bekanntlich die Regel. Aus diesem Grund erscheint das **deutsche Pendant** (§ 2077 Abs 1 BGB) zu unserem § 725 Abs 2 Satz 1 ABGB wesentlich sachgerechter. Danach wird die letztwillige Verfügung nur aufgehoben, wenn „*der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hat*“. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Einleitung eines Scheidungsverfahrens durch die bedachte Person (mangels Zustimmung des Erblassers) nicht zur Aufhebung der letztwilligen Verfügung führt.<sup>69</sup>

Als Begründung für diese differenzierende Regelung wird – wie wir es auch aus Österreich kennen – der typische Erblasserwille vorgebracht, nach dem zwar jemand, der ein Verfahren zur Auflösung der Ehe einleitet oder dem Scheidungsantrag zustimmt, seinem Gatten nichts mehr hinterlassen will. Anders als in Österreich wird in Deutschland jedoch davon ausgegangen, dass ein solcher Wille des Erblassers, gegen den ein Scheidungsverfahren nur eingeleitet wurde, „*nicht in derselben Weise zu vermuten*“ ist.<sup>70</sup> Aus Gründen der **Selbstbestimmung**

<sup>63</sup> Diese Variante erscheint lebensnäher, zumal ein Testator im Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung wohl zumeist noch nicht abschätzen kann, ob er dennoch seinen Gatten letztwillig begünstigen möchte.

<sup>64</sup> OGH 2 Ob 192/18 a.

<sup>65</sup> Siehe hierzu auch FN 23.

<sup>66</sup> Da Abs 2 leg cit sowohl die Verfahrenseinleitung durch den Erblasser als auch durch die bedachte Person regelt, ist bezüglich der Erbringung eines Gegenbeweises nicht zu unterscheiden.

<sup>67</sup> Anregung der Österreichischen Notariatskammer, Stellungnahme 8/SN-100/ME 25. GP 8.

<sup>68</sup> Siehe hierzu Fischer-Czermak in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Erb-recht 32.

<sup>69</sup> Leipold in MünchKomm zum BGB<sup>9</sup> § 2077 Rz 10; Litzemberger in Hau/Poseck, BeckOK zum BGB § 2077 Rz 10 (Stand 1. 11. 2023, beck-online.beck.de).

<sup>70</sup> Leipold in MünchKomm zum BGB<sup>9</sup> § 2077 Rz 10; so auch Harke in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOK zum BGB § 2077 Rz 21, arg: „Wird ihre Auflösung dagegen nur vom Bedachten

des Erblassers bedürfe es einer entsprechenden Differenzierung; die Rechtsfolge der Aufhebung der letztwilligen Verfügung dürfe dem Erblasser vom Bedachten keinesfalls aufgedrängt werden.<sup>71</sup> In diesem Zusammenhang sei zudem darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit einer neuen letztwilligen Verfügung, in der der Erblasser seinen Gatten entweder erneut begünstigt oder anordnet, dass die frühere letztwillige Verfügung nicht als aufgehoben angesehen werden sollte, aufgrund eines zwischenzeitlichen Ablebens des Erblassers häufig nicht mehr bestehen wird. Es geht hier eben um Fälle, in denen der Erblasser schon während der Klärung der familienrechtlichen Verhältnisse verstirbt.<sup>72</sup> Folglich würde einem Erblasser die Aufhebung seiner letztwilligen Verfügung vom Bedachten aufgrund der Verfahrenseinleitung durch diesen aufgedrängt.

Aus diesem Grund bedarf es in Deutschland im Falle der Verfahrenseinleitung durch den Bedachten der Zustimmung des Erblassers zum Scheidungsverfahren, um die Rechtsfolgen des § 2077 BGB auszulösen.<sup>73</sup> In Österreich existiert keine entsprechende Prozesshandlung.<sup>74</sup> Deshalb sollte hierzulande eine Verfahrenseinleitung durch den Bedachten *mE de lege ferenda* **keine Auswirkungen** auf die letztwillige Verfügung des Erblassers haben. Alternativ könnten diese Auswirkungen von **sonstigen Umständen**, aus denen der Wille des Erblassers hervorgeht, die familiäre Beziehung aufzulösen, abhängig gemacht werden. Mangels „*Manifestation des Willens zur Eheauflösung*“<sup>75</sup> durch eigenes Verhalten des Erblassers<sup>76</sup> sollte seine letztwillige Anordnung hingegen nicht aufgehoben werden.

Zurückkommend auf die Anregung der Österreichischen Notariatskammer ist schließlich die dort vorgebrachte Befürchtung aufzugreifen, wonach einem Erblasser im Falle, dass seine letztwillige Verfügung nicht auch durch eine Verfahrenseinleitung durch den Be-

dachten aufgehoben würde,<sup>77</sup> bloß die Möglichkeit zukäme, diesen auf seinen Pflichtteil zu verweisen.<sup>78</sup> Klar ist jedoch einerseits, dass die Wirkung der Verfahrenseinleitung durch den Bedachten keine Auswirkungen auf die Möglichkeiten des Erblassers hinsichtlich der Einschränkung des gesetzlichen Erbrechts des Bedachten haben kann. Unabhängig davon, ob die Scheidungsklage des bedachten Ehegatten seine letztwillige Begünstigung aufhebt, bleibt grds dessen **gesetzliches Erbrecht** bzw zumindest dessen **Anspruch auf einen Pflichtteil** aufrecht<sup>79</sup> (sofern gem § 746 Abs 2 ABGB noch keine „*Vereinbarung über die Aufteilung des Gebrauchsvermögens und der Ersparnisse für den Fall der Rechtskraft der Auflösungsentscheidung vorliegt*“). Andererseits ist es einem Erblasser in aller Regel ohnehin anzuraten, dass er von seinem Recht, seinen Ehegatten auf dessen Pflichtteil zu setzen, Gebrauch macht. Macht er dies nicht, kommt dem bedachten Gatten aufgrund der Wirkung der Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch eine Verfahrenseinleitung seinerseits zwar kein Anspruch aus der gewillkürten, sehr wohl aber aus der gesetzlichen Erbfolge zu.<sup>80</sup> Es zeigt sich somit, dass eine Verweisung des Gatten auf dessen Pflichtteil unabhängig von der Wirkung der Verfahrenseinleitung durch diesen die **beste bzw in Wahrheit die einzige Möglichkeit** für einen Erblasser ist, der nach Einleitung eines Scheidungsverfahrens (auch, aber nicht nur, durch den Gatten) sein Vermögen möglichst weitgehend anderweitig hinterlassen möchte.

## E. Fazit

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt einerseits, dass eine letztwillige Begünstigung des Ehegatten **aufrecht bleibt**,<sup>81</sup> wenn die Scheidungsklage vor Ableben des Testators wieder zurückgenommen wurde; sei es bereits aufgrund der Unanwendbarkeit des § 725 Abs 2 ABGB, sei es aufgrund der Einstufung dieser Norm als Auslegungsvorschrift. Sowohl die Ungewissheit des Weges, der zu diesem Ergebnis führt, als auch die Argumentationsbedürftigkeit beider Varianten veranschaulicht jedoch die Sinnhaftigkeit, de lege ferenda eine gesetzliche Regelung hierfür vorzusehen, zumal in der Praxis die Rücknahme einer Scheidungsklage wohl nicht selten auf eine letztwillige Begünstigung des Ehegatten

*betrieben, gibt es keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, dass auch der Erblasser selbst ihre Auflösung wünscht, sodass sich ihm nicht unterstellen lässt, er habe den Wegfall der letztwilligen Verfügung gewollt“* (Stand 1. 1. 2024, beck-online.beck.de).

<sup>71</sup> Lützenburger in Hau/Poseck, BeckOK zum BGB § 2077 Rz 10 mwN (Stand 1. 11. 2023, beck-online.beck.de).

<sup>72</sup> Auch der Umstand, dass der Erblasser wohl in einer Vielzahl an Fällen nicht mehr testierfähig sein wird, sollte berücksichtigt werden. Siehe hierzu auch Fischer-Czermak, EF-Z 2021, 249 (256).

<sup>73</sup> Lützenburger in Hau/Poseck, BeckOK zum BGB § 2077 Rz 10 (Stand 1. 11. 2023, beck-online.beck.de).

<sup>74</sup> Als vergleichbar bezüglich der hier relevanten Zwecke könnte jedoch der gemeinsame Scheidungsantrag im Zuge einer einvernehmlichen Scheidung gem § 55 a Abs 1 EheG auf der einen und die Widerklage gem § 96 JN, § 233 Abs 2 ZPO auf der anderen Seite angesehen werden.

<sup>75</sup> Harke in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK zum BGB § 2077 Rz 19 (Stand 1. 1. 2024, beck-online.beck.de).

<sup>76</sup> Harke in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BeckOGK zum BGB § 2077 Rz 21 (Stand 1. 1. 2024, beck-online.beck.de).

<sup>77</sup> Von einer rechtskräftigen Auflösung der familiären Beziehung wird hier zugunsten der besseren Lesbarkeit abgesehen.

<sup>78</sup> Anregung der Österreichischen Notariatskammer, Stellungnahme 8/SN-100/ME 25. GP 8.

<sup>79</sup> Siehe für die grundsätzliche Zwingendstellung des Pflichtteils nur Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> (2022) 637, arg: „*Der Pflichtteil steht dem Pflichtteilsberechtigten jedenfalls zu.*“

<sup>80</sup> Dies entspricht der geltenden Rechtslage.

<sup>81</sup> Folglich erübrigt sich die Frage nach der Möglichkeit eines Widerrufs des Widerrufs, der aufgrund der mangelnden Einhaltung der Formvorschriften wohl als nicht verwirklicht anzusehen wäre. Siehe hierzu Rabl, Altes Testament – neues Testament (2001) 106 ff.

stößt. Andererseits war es ein Anliegen, die Bedenklichkeit des § 725 Abs 2 ABGB im Hinblick auf die Aufhebung der letztwilligen Verfügung als Folge der Einleitung eines Verfahrens zur Auflösung der familiären Beziehung **durch die bedachte Person** hervorzuheben.

Den Unsicherheiten der geltenden Gesetzeslage bzw ihren potenziell unerwünschten Folgen kann aber nicht nur der **Gesetzgeber**, sondern auch der **Testamentserrichter** entgegenwirken: Sofern nicht ohnehin gesetzgeberisch Klarheit geschaffen wird, empfiehlt es sich, selbst unmissverständliche Regelungen vorzusehen. Auch sollte ein **Anwalt**, der in einem Schei-

dungsverfahren vertritt, seinen Mandanten auf die etwaige Existenz letztwilliger Verfügungen zugunsten des Scheidungsgegners ansprechen und eine neue letztwillige Verfügung – mit welchem Inhalt auch immer – anregen, um rechtsgeschäftlich Klarheit zu schaffen.

#### Über die Autorin:

Anna Rössl, LL. M. (WU), ist Universitätsassistentin am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

## Rechtsprechung

### Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

NZ 2024/186

#### § 17 Abs 2 MRG

#### Zur Nutzflächenrelevanz von Loggien und Kachelöfen

1. Für die Qualifikation eines Raums als „Loggia“ ist darauf abzustellen, dass dieser an fünf Seiten von Mauerwerk oder einer ähnlich massiven Begrenzungswand umgeben ist. Ein solcher Raum ist unabhängig von der konkreten Nutzungsmöglichkeit bei der Nutzflächenberechnung einzubeziehen.

2. Kachelöfen dienen – in Übereinstimmung mit der Rsp zu Heizräumen, welche ausschließlich dem jeweiligen Bestandobjekt zugeordnet sind – der Nutzung der jeweiligen Wohnung, und zwar unabhängig davon, ob sie zur Beheizung oder bloß als Stell- und Ablagefläche verwendet werden. Sie sind demnach bei der Berechnung der Nutzfläche zu berücksichtigen.

OGH 16. 4. 2024, 5 Ob 21/24k (LGZ Wien 18. 10. 2023, 39 R 124/23h; BG Innere Stadt Wien 29. 3. 2023, 41 MSch 5/20x)

Zurückweisung o Revisionsrekurs

#### Sachverhalt:

[1] Die Antragstellerinnen sind Eigentümerinnen einer Liegenschaft, auf der sich ein Wohnhaus befindet. Die Antragsgegner sind die Mieter in diesem Haus. Die Viertantragsgegnerin (im Folgenden: Antragsgegnerin) ist Mieterin der im Mezzanin des Hauses gelegenen Wohnung Top 9.

[2] Das ErstG stellte – nach fristgerechter Anrufung durch die Antragsgegnerin nach der E der Schlichtungsstelle über den Antrag der Antragstellerinnen auf Feststellung der Gesamtnutzfläche – die Nutzfläche der Liegenschaft sowie die Anteile der einzelnen Mietgegenstände an den Gesamtkosten des Hauses fest. Für die Wohnung Top 9 ergab sich eine Nutzfläche von 254,54m<sup>2</sup> und ein Betriebskostenanteil von 6,4782%. Teil der Wohnung ist ein lediglich hofseitig durch ein

Metallgeländer begrenzter, ansonsten durch Mauern abgeschlossener „Klopfbalkon“ mit einer Grundfläche von 1,73m<sup>2</sup> und einer Decke, die gleich groß wie der Boden ist. Im Vorraum und einem weiteren Zimmer der Wohnung befindet sich je ein gemauerter Kachelofen; einer hat eine Grundfläche von 1,11m<sup>2</sup> und eine Oberkante in der Höhe von 122 cm, der andere ist rund 127 cm hoch und hat eine Fläche von 0,84m<sup>2</sup>. In den Räumen Nr 8 und Nr 10 der Wohnung befindet sich am Plafond je ein quer liegender „Unterzug“, wodurch die Raumhöhe dort etwa 30 cm abgesenkt ist.

[...]

#### Rechtliche Beurteilung:

[...]

[10] 1.1 Nach der – von den Vorinst zu tr herangezogenen – Rsp des Fachsen ist unter einer in die Nutzfläche einzurechnenden „Loggia“ ein nach vorne offener, von seitlichen Wänden, einem Boden und einer Decke begrenzter Raum (also ein zumindest fünfseitig umbauter Raum) zu verstehen, der meist in das Gebäude eingeschnitten und dessen nach außen freie Öffnung durch ein Geländer oder eine Brüstung abgegrenzt ist (RIS-Justiz RS0069968). Ein solcher Raum ist unabhängig von der konkreten Nutzungsmöglichkeit bei der Nutzflächenberechnung einzubeziehen (RS0069885). Für die Qualifikation eines Raums bei der Nutzflächenberechnung nach § 17 MRG als „Loggia“ ist somit darauf abzustellen, dass dieser an fünf Seiten von Mauerwerk oder einer ähnlich massiven Begrenzungswand umgeben ist (5 Ob 165/22h mwN). Die Beurteilung ist typischerweise von der Ausgestaltung im Einzelfall abhängig, sodass der OGH nur dann korrigierend eingreifen hätte, wenn das RekG den ihm offenstehenden Beurteilungsspielraum verlassen hätte (vgl RS0069885 [T 1, T 7]).

[11] 1.2 Die vom RekG als Loggia qualifizierte Fläche ist hofseitig durch ein Metallgeländer begrenzt, rechts durch eine Mauer, links durch eine Mauer mit kleinen Fenstern und an der Rückseite durch eine Mauer mit