



universität
wien

Exposé der Dissertation

Vorläufiger Titel

Das Bestreitungsverbot

Verfasser

Mag. Denan Dukic

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften

Wien, Oktober 2021

Studienkennzahl laut Studienblatt: UA 783 101

Dissertationsgebiet laut Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Christian Rabl

I. Themenvorstellung

1. Einführung und Begriff

Nicht wenige Erblasser haben das Bedürfnis, auch über den Tod hinaus so weit wie möglich Einfluss auf das hinterlassene Vermögen auszuüben. Dieses Phänomen der Verhaltenssteuerung Lebender durch die „kalte Hand“ ist gewiss nicht neu; es tritt aber vermehrt in Erscheinung. Die Erblasser versuchen wegen der stetigen Zunahme des zu vererbenden Vermögens¹ ihren Willen möglichst umfassend abzusichern. Dies führt nicht selten zu komplizierten Rechtsproblemen.

Das angestrebte Dissertationsvorhaben widmet sich, einer dieser Sicherungsmöglichkeiten, dem sogenannten Bestreitungsverbot und den damit verwandten sonstigen Verwirkungsklauseln. Das Bestreitungsverbot ist eine Anordnung des Erblassers in seiner letztwilligen Verfügung, dass eine Person eine Sanktion erleiden soll, wenn sie sich seinem letzten Willen widersetzt.² Andere Bezeichnungen für das Bestreitungsverbot sind „kassatorische Klausel“, „privatorische Klausel“, „allgemeine Verwirkungsklausel“ oder „Strafklausel“.

Das Gesetz regelt das Bestreitungsverbot in § 712 Abs 2 ABGB³:

„Eine Anordnung des Verstorbenen, mit der er dem Erben oder Vermächtnisnehmer unter angedrohter Entziehung eines Vorteils verboten hat, den letzten Willen zu bestreiten, ist insoweit unwirksam, als nur die Echtheit oder der Sinn der letztwilligen Verfügung und die Auslegung des Bestreitungsverbots angefochten, sittenwidrige oder gesetzlich verbotene Anordnungen bekämpft oder Verstöße gegen zwingende Formvorschriften eingewendet werden“.

Bestreitungen, die die Echtheit oder den Sinn der letztwilligen Verfügung sowie die Auslegung des Bestreitungsverbots bekämpfen oder sittenwidrige bzw gesetzlich verbotene Anordnungen oder Verstöße gegen zwingende Formvorschriften aufzeigen, können – so zumindest der Gesetzeswortlaut – nicht sanktioniert werden.

§ 712 Abs 2 befindet sich im zweiten Teil des aus insgesamt drei Teilen bestehenden zwölften Hauptstücks des ABGB, das den Titel „Von der Einschränkung und Aufhebung des letzten Willens“ trägt.

¹ So ist in Deutschland das Volumen des zu vererbenden Vermögens von 24,7 Milliarden im Jahr 2010 auf 50,2 Milliarden im Jahr 2020 gestiegen. (siehe https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/08/PD21_403_736.html, abgerufen am 15.10.2021). Entsprechende Zahlen für Österreich sind leider nicht verfügbar.

² Vgl *Welser*, Erbrechtskommentar § 712 Rz 4; *Umlauf/Huf* in Klang³ § 712 Rz 6; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in Vermögensnachfolge² § 19 Rz 42; *Apathy/Musger* in KBB⁶ § 712 Rz 2; *Vaclavek* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.32; *Briem* in FS Torggler 113 (117).

³ Im Folgenden beziehen sich Paragrafenhinweise ohne besonderen Hinweis auf das ABGB.

Der zweite Teil widmet sich den „Arten der Einschränkungen“ und regelt neben dem Bestreitungsverbot, das gemeinsam mit dem Strafvermächtnis an das Ende dieser Rubrik gestellt worden ist, auch die Bedingung (§ 696 ff), Befristung (§ 705 ff) und die Auflage (§ 709 ff).

Das ErbRÄG 2015 hat das Bestreitungsverbot in § 712 Abs 2 neu geregelt. Vor der Reform war es in dem seit der Stammfassung unberührt gebliebenen § 720 zu finden. § 720 aF erwähnte als Ausnahmen vom Bestreitungsverbot nur Bestreitungen der Echtheit oder des Sinns der letztwilligen Erklärung.⁴ Verblüffend sind in diesem Zusammenhang die Materialien zum § 712 Abs 2, die davon ausgehen, dass die neue Norm dem bisherigen § 720 entspreche und die Änderungen rein sprachlicher Natur seien.⁵ Die Materialien verkennen hier offensichtlich die geänderte Rechtslage.⁶

Der Umstand, dass das Bestreitungsverbot in Österreich normativ geregelt ist, ist mit Blick auf andere europäische Rechtsordnungen besonders. Es ist zB weder in Deutschland, Frankreich, Italien noch der Schweiz positiviert. Dennoch sind der Literatur und Judikatur dieser Länder Verwirkungsklauseln nicht unbekannt.⁷ So sind in Deutschland neben dem Bestreitungsverbot auch zwei besondere Ausformungen der Verwirkungsklausel – die Wiederverheiratungsklausel⁸ und die Pflichtteilsklausel⁹ – immer wieder Gegenstand des wissenschaftlichen Diskurses und auch in der praktischen Testamentsgestaltung (vor allem bei gemeinschaftlichen Testamenten) anzutreffen.¹⁰

Die in Deutschland vorzufindenden Problemstellungen sind mit jenen in Österreich vergleichbar. Es wird deshalb im Rahmen der Arbeit auch vermehrt auf die deutsche Judikatur und Literatur zurückgegriffen werden.

⁴ Im Schrifttum wurden diese Ausnahmetatbestände freilich um weitere erweitert, die letztendlich auch im neuen § 712 Abs 2 teilweise berücksichtigt wurden, siehe *Welser* in FS Demelius 491 (491 f); *Briem* in FS Torggler 113 (117) und zur neuen Rechtslage: *Umlauf/Huf* in Klang³ § 712 Rz 12 ff sowie unten Punkt II.2.

⁵ ErläutRV 688 BlgNr. 25 GP 19.

⁶ Vgl auch *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 86; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in Vermögensnachfolge² § 19 Rz 43. Allgemeiner Befund zur Qualität der Materialien des ErbRÄG 2015 bei *Rabl* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 4 ff.

⁷ Siehe dazu *Breitschmied*, ZRS 1983, 109 (110).

⁸ Der überlebende Ehegatte soll seine (Allein-)Vorerbenstellung nach dem Erstversterbenden zugunsten der gemeinsamen Abkömmlinge verlieren, wenn er wieder heiratet. Siehe *Röthel*, Erbrecht § 22 Rz 46; *Musielak* in *MüKoBGB*⁸ § 2269 Rz 47 ff.

⁹ Die eigentlich zu „Schlusserben“ nach dem zweitversterbenden Ehegatten eingesetzten gemeinsamen Abkömmlinge sollen beim zweiten Erbfall auch nur den Pflichtteil erhalten, wenn sie bereits beim ersten Erbfall den Pflichtteil geltend gemacht haben, siehe *Leipold* in *MüKoBGB*⁸ § 2074 Rz 46.

¹⁰ Siehe die Nachweise bei *Musielak* in *MüKoBGB*⁸ § 2269 Rz 47 ff und *Leipold* in *MüKoBGB*⁸ § 2074 Rz 46 ff.

In Bezug auf die Relevanz des Dissertationsvorhabens ist abschließend noch zu sagen, dass das Bestreitungsverbot selten Gegenstand einer literarischen oder gerichtlichen Auseinandersetzung trotz seiner hohen Relevanz gewesen ist.¹¹

Der Umstand, dass das Bestreitungsverbot und die damit zusammenhängenden Themenkomplexe für das österreichische Recht noch nicht umfassend untersucht wurden, sowie die große Unsicherheit in der kautelarjuristischen Praxis im Umgang mit solchen Klauseln und das beträchtliche Streitpotential rechtfertigen somit eine monografische Untersuchung.

2. Gang der Untersuchung

Im Folgenden sollen die in Kapitel II ausführlich dargestellten Forschungsfragen kurz anhand der Beschreibung des Gangs der Untersuchung veranschaulicht werden. Neben dem Bestreitungsverbot iSd § 712 Abs 2 („allgemeine Verwirkungsklausel“) wird das Dissertationsvorhaben auch besondere Verwirkungsklauseln, die ein sonstiges, nicht auf den Bestand der letztwilligen Verfügungen abzielendes Verhalten sanktionieren, umfassen.

Nach einer historischen Untersuchung, die das Fundament des Bestreitungsverbots zu Tage fördern soll, werden die dogmatischen Konstruktionsmöglichkeiten als auflösende oder aufschiebende Bedingung aufzuarbeiten sein. Dabei gilt es, die Rechtsstellung des zu bestrafenden Bedachten zu analysieren und das Schicksal der Zuwendung – für den Fall, dass ein Zuwendungsverlust als Sanktion und ohne Nennung eines neuen Begünstigten angeordnet ist – zu klären.

Anschließend wird die Rechtsgrundlage in § 712 Abs 2 näher zu beleuchten sein. Es soll untersucht werden, was unter den genannten Ausnahmetatbeständen zu verstehen ist und ob sie zwingender Natur sind. Ebenso wird zu prüfen sein, ob neben diesen in § 712 Abs 2 ausdrücklich genannten Ausnahmetatbeständen auch noch weitere bestehen, die der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 nicht berücksichtigt hat. Im Rahmen dessen wird eine Unterscheidung nach dem Erfolg bzw Misserfolg der Bestreitungshandlungen erfolgen müssen. Denkbar sind folgende Fälle: 1. Die Bestreitungshandlung ist erfolgreich und beseitigt das Bestreitungsverbot, 2. Sie ist teilweise erfolgreich, das

¹¹ Die erste Untersuchung ging von *Welser* (in FS Demelius 491 ff) aus. Darauf aufbauend und den Fokus auf kassatorische Klauseln im Stiftungsrecht lenkend *Briem* in FS Torggler 113 ff. Auch *Kerres* (ecolex 2014, 42) konzentrierte sich auf das Stiftungsrechts. *Keinert* (JBl 2009, 217) untersuchte hingegen, ob die kassatorische Klausel nicht der Gültigkeitsvoraussetzung „kein Widerrufsverzicht“ bei einer Schenkung auf den Todesfall entgegensteht. Die Kommentarliteratur beschränkt sich im Wesentlichen auf die Darstellung der Erkenntnisse, die bei *Welser* zu finden sind. In den wenigen vorhandenen Entscheidungen werden die Problemstellungen des Bestreitungsverbots nicht ausführlich behandelt bzw sie sind nicht entscheidungserheblich, siehe OGH in GIU 1347; 6 Ob 157/12z (Stiftungsrecht); 6 Ob 10/14k; 2 Ob 122/20k.

Bestreitungsverbot bleibt aber aufrecht, 3. Sie ist nicht erfolgreich und beseitigt das Bestreitungsverbot dementsprechend nicht.

In weiterer Folge wird auf die besonderen Verwirkungsklauseln einzugehen sein. Es wird zunächst anhand ähnlicher Problematiken eine Gruppierung dieser Klauseln vorzunehmen sein. Sodann gilt es die Grenzen der inhaltlichen Ausgestaltung aufzuzeigen. Wann verstößt der Erblasser mit seiner angeordneten Verhaltenssteuerung gegen das Gesetz bzw gegen die guten Sitten (§ 879)?

Im Anschluss wird dann sowohl für das Bestreitungsverbot als auch für die besondere Verwirkungsklausel die Bestreitungshandlung und der Adressatenkreis näher zu untersuchen sein. Es wird zu ermitteln sein, ob nur gerichtliche oder auch außergerichtliche Bestreitungshandlungen die Sanktionsfolge („objektiver Verstoß“) auslösen können und ob nicht – auch wenn dies vom Erblasser nicht ausdrücklich angeordnet wurde – zumindest in manchen Fällen auf ein zusätzliches subjektives Element („*bewusste oder mutwillige Vornahme der Handlung*“) abzustellen ist.

In der Arbeit soll zudem auch die socinische Kautel als besonderer Fall der speziellen Verwirkungsklausel untersucht werden. Mit dieser macht der Erblasser gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten eine Mehrzuwendung, also eine Zuwendung über den gebührenden Pflichtteil hinaus, davon abhängig, dass dieser sich die vom Erblasser verfügbaren Beschränkungen und Belastungen auch für den Pflichtteil gefallen lässt. Es ist zu erforschen, inwieweit dieser Klausel noch ein sinnvoller Anwendungsbereich zukommt. Denn im Gegensatz zum alten Recht (§ 774) darf der Pflichtteil nun Beschränkungen und Belastungen unterworfen werden (§§ 762, 766 f).

Den Schlussteil der Dissertation wird eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse bilden.

II. Beispiele relevanter Forschungsfragen

1. Dogmatische Grundlage

Mit der Anordnung eines Bestreitungsverbots stellt der Erblasser in seiner letztwilligen Verfügung eine Bedingung¹² auf.¹³ Ob diese Bedingung eine aufschiebende oder auflösende ist, hängt davon ab, wie der Erblasser die Sanktion für die Bestreitung ausgestaltet. Wählt er als Sanktion den Verlust der

¹² Zum neuen Recht: *Umlauf/Huf* in Klang³ § 712 Rz 8; *Welser*, Erbrechtskommentar § 712 Rz 4; *Niedermayr* in Schwimann/Kodek⁵ § 712 Rz 4; *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 712 Rz 5. Zum alten Recht: OGH 6 Ob 10/14 k; *Welser* in FS Demelius 491 (493); *Welser* in Rummel/Lukas⁴ § 720 Rz 1; *Eccher* in Schwimann⁴ § 720 Rz 1; *Briem* in FS Torggler 113 (124).

¹³ Für eine mögliche Ausgestaltung als Auflage vgl *Zeiller*, Commentar II/2 699; *Ehrenzweig*, System II/2² 453; *Apathy/Musger* in KBB⁶ § 712 Rz 2. Die Anwendbarkeit des § 710 soll dann aber ausgeschlossen sein, siehe *Welser*, Erbrechtskommentar § 712 Rz 4; *Umlauf/Huf* in Klang³ § 712 Rz 8. Zur Abgrenzung zwischen Auflage und Bedingung siehe *Rabl*, NZ 1998, 97 (98).

Zuwendung, so liegt eine auflösende Bedingung vor.¹⁴ Entscheidet er sich hingegen für eine Strafzahlung iS eines Vermächnisses oder bürdet er dem Bedachten eine andere Last¹⁵ auf, wird regelmäßig von einer aufschiebenden Bedingung auszugehen sein.¹⁶

Welche Rechtsfolgen das Anordnen einer Bedingung nach sich zieht und wie sie sich zu den anderen Anordnungen und den sonst im Testament gewählten Konstruktionen verhält, wird dem Erblasser aber in vielen Fällen nicht bewusst sein. Das Ziel ist es daher die Vor- und Nachteile sowie die Gefahren der einzelnen Konstruktions- und Sanktionsmöglichkeiten einer Verwirkungsklausel zu untersuchen und dabei gleichzeitig zu klären, ob nicht eine generell empfohlen werden kann.

In der Praxis wird das Bestreitungsverbot regelmäßig als auflösende Bedingung in Erscheinung treten. Dann stellt sich insbesondere die Frage, wem die Zuwendung nach der Bestreitung zufallen soll. Der Erblasser wird idR keine diesbezügliche Regelung getroffen haben. Es ist daher auch zu erforschen, wie sich die Institute der konstruktiven Nacherbfolge (§§ 707 f), Ersatzerbenvermutung (§ 605) und der Anwachsung (§ 560) bei Auslösen des Bestreitungsverbots zueinander verhalten. Ebenso gilt es die Rechtspositionen der einzelnen Akteure zu untersuchen: Ist der einem Bestreitungsverbot unterliegende Bedachte bestimmten Beschränkungen unterworfen (vgl § 614)? Und welche Rechte kommen den von der Bestreitung profitierenden Personen zu?

2. Zulässigkeit und Reichweite

Eine weitere zentrale Forschungsfrage ist die nach der zulässigen Reichweite des Bestreitungsverbots. Der Erblasser wird regelmäßig jede auch nur erdenkliche Bestreitung erfassen wollen, sofern sie nicht gerade seinem Willen zum Durchbruch verhelfen soll. Es wird zu klären sein, inwieweit dies zulässig ist und welche Grenzen allenfalls zu beachten sind.

Wie bereits erwähnt, zählt § 712 Abs 2 gewisse Bestreitungsgründe (Echtheit oder Sinn der letztwilligen Verfügung, Auslegung des Bestreitungsverbots, sitten- oder gesetzwidrige Anordnungen und Formverstöße) auf, die zumindest nach dem apodiktischen Wortlaut des § 712 Abs 2 nicht unter die Sanktion des Bestreitungsverbots gestellt werden können. Sind nun diese genannten Bestreitungsgründe tatsächlich – wie es auf den ersten Blick scheint – Ausnahmen zwingenden

¹⁴ Anordnungen, die den Erhalt der Zuwendung mit der Nichtbestreitung aufschiebend bedingen, sind in auflösende Bedingung umzudeuten. Ansonsten würde dem Bedachten die Zuwendung idR mit seinem Tod zufallen, weil erst dann feststehen würde, dass er die letztwillige Verfügung nicht bestritten hat. Siehe *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 712 Rz 5; *Umlauf/Huf* in Klang³ § 712 Rz 8

¹⁵ So zB ein Quotenvermächtnis oder die Herausgabe eines bestimmten Verlassenschaftsgegenstandes oder eines Gegenstandes, der dem Bedachten gehört. In Betracht kommt auch ein Verschaffungsvermächtnis iSd § 662 Abs 2 oder die Befolgung einer Auflage iSd § 709.

¹⁶ *Umlauf/Huf* in Klang³ § 712 Rz 8 mwN.

Charakters oder hat der Erblasser im Rahmen seiner Testier- und Anordnungsfreiheit die Möglichkeit, das Bestreitungsverbot auf zumindest einzelne der genannten Ausnahmen auszudehnen? Ihm wird es ja wohl gerade darauf ankommen, mit dem Bestreitungsverbot alle Angriffe, ohne nähere Unterscheidung nach dem Bestreitungsgrund zu sanktionieren, die den Bestand seiner letztwilligen Verfügung gefährden können.

Die Möglichkeit einer Ausdehnung auf die Ausnahmen des § 712 wird soweit ersichtlich im Schrifttum zum § 712 Abs 2 (nahezu) einhellig verneint.¹⁷ Als argumentative Stütze für diese Ansicht dient die Beobachtung, dass in diesen Fällen einerseits dem wahren Erblasserwillen zum Durchbruch verholfen werden soll¹⁸ und andererseits, dass ein Verbot der Geltendmachung solcher Gründe die Durchsetzung zwingender Grundsätze der Erbrechtsordnung verhindern würde.¹⁹ Diese Argumentationslinien wurden grundsätzlich aus der Literatur zum alten Recht entnommen und für das neue Recht fruchtbar gemacht.

Mit der im alten Recht zu findenden Ansicht, dass das Bestreitungsverbot bei erfolgloser Geltendmachung von Verstößen gegen die Form bzw das Gesetz- oder die guten Sitten wirke,²⁰ hat sich allerdings bislang noch niemand auseinandergesetzt.²¹

Neben dieser Problematik wird auch zu untersuchen sein, ob weitere zwingende Grenzen des Bestreitungsverbots bestehen, die nicht im § 712 Abs 2 genannt worden sind. So hat sich der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 beispielsweise nicht zur Anfechtung wegen Irrtum, List und Drohung sowie der Geltendmachung der Testierunfähigkeit des Erblassers und der Erbunwürdigkeit eines Zuwendungsempfängers oder Pflichtteilsberechtigten geäußert. Wurden diese übersehen oder ist aus der Nichterwähnung vielmehr der Schluss zu ziehen, dass Bestreitungen dieser Art wirksam sanktioniert werden können.²²

¹⁷ *Umlauft/Huf* in Klang³ § 712 Rz 6, 10 f; *Welser*, Erbrechtskommentar § 712 Rz 6 f; *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 712 Rz 7; *Niedermayr* in Schwimann/Kodek⁵ § 712 Rz 5 f; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in Vermögensnachfolge² § 19 Rz 43. Unklar *Apathy/Musger* in KBB⁶ § 712 Rz 3 („Die Klausel bleibt aber wirksam, wenn der Bedachte mit seinen Einwänden nicht durchdringt“). *Niedermayr* (in Schwimann/Kodek⁵ § 712 Rz 6) deutet *Apathy/Musger* so, dass sie sich damit nur auf andere als die in § 712 genannten Gründe beziehen.

¹⁸ *Umlauft/Huf* in Klang³ § 712 Rz 10; *Spruzina* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 712 Rz 7; *Welser*, Erbrechtskommentar § 712 Rz 5; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in Vermögensnachfolge² § 19 Rz 43.

¹⁹ *Umlauft/Huf* in Klang³ § 712 Rz 11.

²⁰ *Welser* in FS Demelius 491 (504 ff); einschränkend in diesen Fällen *Kralik*, Erbrecht³ 259 und *Briem* in FS Torggler 113 (125): nur „mutwillige“ bzw „schuldhaft unbegründete“ Bestreitungen sind erfasst. Zu dieser Voraussetzung eines subjektiven Elements siehe Näheres unter Punkt II.4.3.

²¹ Möglicherweise vertreten *Apathy/Musger* in KBB⁶ § 712 Rz 3 diese Ansicht zum neuen Recht. Siehe dazu auch FN 17.

²² Anfechtungen wegen Willensmängel sollen iZw nur sanktioniert werden, wenn sie mutwillig erfolgen: *Umlauft/Huf* in Klang³ § 712 Rz 14; *Welser*, Erbrechtskommentar § 712 Rz 8; *Niedermayr* in Schwimann/Kodek⁵ § 712 Rz 6; *Vaclavek* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.32; aA *Gruber/Sprohar-*

Zu diesen geschilderten Problemen liegt noch keine einschlägige Judikatur vor.

Zwar nicht ähnlich, aber zumindest von der Problemstellung vergleichbar ist die Situation in Deutschland. Mangels gesetzlicher Regelung ist das deutsche Schrifttum ebenso bemüht herauszufinden, welche Bestreitungsgründe nicht von einer Verwirkungsklausel, um die dort gebräuchliche Bezeichnung für das Bestreitungsverbot zu verwenden, erfasst werden können. Ob die fehlende Testierfähigkeit, Echtheit sowie Form- und Willensmängel sanktionslos geltend gemacht werden können, ist abhängig vom Erfolg bzw. Misserfolg der Bestreitung. Es werden dabei drei Fallgruppen gebildet.

Erfolgreiche Bestreitungen, die das Testament inklusive des Bestreitungsverbots zu Fall bringen, können dem Bestreitenden nicht schaden.²³ Das leuchtet soweit ein.

Erfolgreiche Bestreitungen, die nur einen Teil der letztwilligen Verfügung beseitigen oder ein anderes im Zusammenhang mit der Vermögensnachfolge geschaffenes Konstrukt des Erblassers vernichten, aber die Verwirkungsklausel unversehrt lassen, sind ebenfalls sanktionslos. Das Bestreitungsverbot ist also gegenüber den stärksten Angriffen machtlos. Die Bestrafung solcher zum Teil erfolgreichen Bestreitungen würde nämlich die Geltendmachung zwingender Wirksamkeitsvoraussetzungen des Erbrechts konterkarieren.²⁴

Uneinigkeit herrscht hingegen bei erfolglosen, also unbegründeten Bestreitungen. Nach einer Auffassung sind auch solche Bestreitungen sanktionslos, weil sonst ein Verstoß gegen den Justizgewährungsanspruch vorliegen würde.²⁵ Eine andere Auffassung erblickt zwar keinen Verstoß; möchte aber nur *vorwerfbare* Bestreitungen bestrafen. Der bloß objektive Verstoß gegen das Bestreitungsverbot reiche demnach noch nicht aus, um die Sanktion auszulösen.²⁶ Nur wenn die

Heimlich/Scheuba in Vermögensnachfolge² § 19 Rz 44. Die Testierunfähigkeit und die Erbunwürdigkeit können hingegen immer sanktionslos geltend gemacht werden, so *Umlauft/Huf* in Klang³ § 712 Rz 15 f. Ähnlich *Welser* (Erbrechtskommentar § 712 Rz 6), der allerdings nur die Testierunfähigkeit erwähnt. *Niedermayr* (in Schwimann/Kodek⁵ § 712 Rz 6) will dagegen erfolglose Einwendungen der Testierunfähigkeit und der Erbunwürdigkeit sanktionieren. Nach *Spruzina* (in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 712 Rz 4) soll das Bestreitungsverbot generell mutwillige Bekämpfungen verhindern.

²³ Siehe dazu *Leipold* in MüKoBGB⁸ § 2074 Rz 37; *Gomille* in BeckOGK § 2075 Rz 27; *Loritz* in Soergel¹³ § 2075 Rn 13; *Horn* in Horn/Kroiß, Testamentsauslegung² § 17 Rz 18 mwN.

²⁴ *Leipold* in MüKoBGB⁸ § 2074 Rz 37; *Natter*, DRZ 1946, 163 (165 f); *Gomille* in BeckOGK § 2075 Rz 27; *Horn* in Horn/Kroiß, Testamentsauslegung² § 17 Rz 18; *Kehrer*, BWNtZ 1957, 125 (131).

²⁵ *Otte* in Staudinger § 2074 Rz 70; *Otte* in FS Holzhauser 527 (534 ff). So auch *Baumann* (Verwirkungsklauseln 59), die dies allerdings mit der Überprüfung zwingender Wirksamkeitsvoraussetzungen einer letztwilligen Verfügung begründet. Vgl auch *Birk*, DNotZ 1972, 284 (302).

²⁶ Außer ein entsprechender Erblasserwille lässt sich dahingehend ermitteln, siehe *Blomberg*, Freiheit und Bindung 161.

Bestreitung wider besseren Wissens oder fahrlässig („*subjektives Element*“) erfolge, sei der Bestreitenden zu bestrafen.²⁷

Diese Fallgruppen und Ansichten gilt es im Rahmen des Dissertationsvorhabens einer eingehenden Analyse zu unterziehen und darüber hinaus ist zu ermitteln, ob auch valide Argumente für die österreichische Rechtslage zum Vorschein kommen.

3. Spezielle Verwirkungsklauseln

3.1. Fallgruppen und inhaltliche Grenzen

Neben diesen Bestreitungsgründen, die den Bestand der letztwilligen Verfügung betreffen, wird weiteres zu untersuchen sein, inwieweit der Erblasser andere Verhaltensweisen wirksam sanktionieren kann. Klauseln, die einen solchen Inhalt zum Gegenstand haben, werden besondere oder spezielle Verwirkungsklauseln genannt.²⁸ Zum besseren Überblick und Verständnis werden die Verhaltensweisen, denen ähnliche Problematiken innewohnen, in Kategorien zusammenfassen zu sein. Die erste Kategorie wird daher Verhaltensweisen erfassen, die in einem erbrechtlichen Zusammenhang stehen. Man denke da insbesondere an die Nichterfüllung von Verpflichtungen aus Vermächtnissen und Auflagen²⁹ sowie an Verstöße gegen Teilungsanordnungen oder die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen oder an das Verlangen von Schenkungsanrechnungen und Zuwiderhandlungen hinsichtlich der Verlassenschaftsgegenstände.³⁰

Die zweite Kategorie wird sich auf lebzeitige Rechtsgeschäfte beziehen und das Nichterfüllen von Pflichten als auch die Geltendmachung von Rechten gegen die Verlassenschaft oder einen Dritten umfassen. Kann also der Erblasser den Erhalt oder Verlust der Zuwendung von der Geltendmachung eines nicht erbrechtlichen Anspruchs abhängig machen?³¹

In diesen soeben geschilderten Fällen gilt es die Grenzen und Schranken zu erforschen, die der erblasserischen Testierfreiheit gesetzt sind, die ja sonst nur durch das Pflichtteilsrecht Beschränkungen erfährt. Wann verstößt also der Erblasser mit der Anordnung einer besonderen Verwirkungsklausel

²⁷ *Leipold* in *MüKoBGB*⁸ § 2074 Rz 39; *Natter*, DRZ 1946, 163 (166); *Simon* in FS Wolf 627 (634); *Blomberg*, Freiheit und Bindung 300; *Binz*, Verwirkungsklausel 43; vgl auch *Gomille* in BeckOGK § 2075 Rz 28; *Horn* in *Horn/Kroiß*, Testamentsauslegung² § 17 Rz 19. Siehe dazu Näheres unter Punkt II.4.3.

²⁸ *Briem* in FS Torggler 113 (116); *Otte* in *Staudinger* § 2074 Rz 62, 71 ff; *Baumann*, Verwirkungsklauseln 6 ff.

²⁹ Hier wird intensiv die Verknüpfung der Auflage mit der Verwirkungsanordnung und die Rolle des § 710 zu beleuchten sein.

³⁰ Siehe auch *Otte* in *Staudinger* § 2074 Rz 71 f.

³¹ *Loritz* in *Soergel*¹³ § 2075 Rn 12; *Otte* in *Staudinger* § 2074 Rz 62, 71 ff; *Blomberg*, Freiheit und Bindung 149, 238 ff.

gegen das Gesetz bzw gegen die guten Sitten iSd § 879? Große Beachtung wird bei Beantwortung dieser Frage der mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht zukommen.³² Besondere Verwirkungsklauseln sollen nämlich insbesondere dann nichtig sein, wenn sie unzulässigen Druck auf den Bedachten ausüben³³ oder in seinen höchstpersönlichen Lebensbereich³⁴ gestaltend eingreifen.³⁵ Auf welchen Zeitpunkt ist aber bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit abzustellen? Immerhin können sich die Umstände und Wertvorstellungen der Gesellschaft seit der Anordnung der besonderen Verwirkungsklausel geändert haben. Strittig ist, ob der Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder der Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend sein soll.³⁶

Diese Diskussion zur Gesetz- und Sittenwidrigkeit ist im rezenten Schrifttum aufgrund einer Entscheidung des OGH³⁷ zur Sittenwidrigkeit von Nachfolgeklauseln in Gesellschaftsverträgen neu aufgeflammt.³⁸

Die dazu in der Literatur und Judikatur vertretenen Standpunkte gilt es zu analysieren, damit geklärt werden kann, wie weit die Verhaltenssteuerung durch den Erblasser reichen darf und wann ein unzulässiger Druck auf die (Entscheidungs-)Freiheit des Erben vorliegt.

Gelangt man zum Ergebnis, dass die vom Erblasser angeordnete besondere Verwirkungsklausel gesetz- oder sittenwidrig ist, so wird das Schicksal der Zuwendung noch zu klären sein. Soll der Erbe diese unbedingt erhalten oder ist die Erbeinsetzung insgesamt nichtig?³⁹ Die Untersuchung dieser Frage wird den Abschluss dieses Kapitels bilden.

³² Umfassende Nachweise bei *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 122 und *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 16 Rz 15 FN 53.

³³ *Loritz* in *Soergel*¹³ § 2075 Rn 12; *Röthel*, AcP 210 (2010), 32 (42 ff).

³⁴ ZB Klauseln, die die Religionszugehörigkeit, Partnerwahl, Berufswahl und politische Gesinnung betreffen. Siehe *Briem* in FS Torggler 113 (116); *Zöchling-Jud*, Zur Sittenwidrigkeit letztwilliger Verfügungen, EF-Z 2020, 100 ff; *Mondel*, Sittenwidrigkeit letztwilliger Anordnungen, in FS Zankl (2009) 569 (572); *Apathy/Musger* in KBB⁶ § 697 Rz 2; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 697 Rz 10. Zum deutschen Recht *Leipold* in *MüKoBGB*⁸ § 2074 Rz 18 ff.

³⁵ Vereinzelt wird in Deutschland vertreten, dass Bedingungen die auf ein Verhalten abstellen, das nicht auf ein Vermögen bezogen ist, unwirksam sind: *Keuk*, FamRZ 1972, 9; *Schlüter*, FG Zivilrechtslehrer 575; v. *Schrenk-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen 59 ff.

³⁶ Siehe dazu *Mondel* in FS Zankl 569 (574); *Klampfl*, JEV 2016, 178 (187); *Zöchling-Jud*, EF-Z 2020, 100 (104 und FN 43 mwN); *Told*, JBl 2020, 748 (754). Zur deutschen Rechtslage: *Blomberg*, Freiheit und Bindung 187 mwN.

³⁷ 6 Ob 55/18h EvBl 2019,921 (*Perner*) = *Czernich*, NZ 2019, 373 = JEV 2020, 6 (*Ehgartner*).

³⁸ *Zöchling-Jud*, EF-Z 2020, 100; *Told*, JBl 2020, 748; *Ehgartner*, ÖJZ 2021, 597.

³⁹ Siehe dazu *Umlauf/Huf* in *Klang*³ § 697 Rz 18. Zum deutschen Recht: *Blomberg*, Freiheit und Bindung 267 ff.

3.2. Socinische Kautel

Eine weitere besondere Verwirkungsklausel ist die sogenannte socinische Kautel (auch als „cautela socinii“ bzw. „sozinische Klausel“ bekannt).⁴⁰ Vor der Erbrechtsreform 2015 musste der Pflichtteil gem § 774 aF gänzlich unbelastet bleiben.⁴¹ Die Erblasser bedienten sich daher der socinischen Kautel, um die Akzeptanz der Pflichtteilsberechtigten für Beschränkungen auch hinsichtlich der Pflichtteilsdeckung zu „erkaufen“. Ihnen wurde mehr als der Pflichtteil unter der Bedingung zugewandt, dass sie sich die Beschränkung auch für die Pflichtteilsdeckung gefallen lassen. Sonst wurden sie auf den Geldanspruch oder die unbelastete Zuwendung im Wert ihres Pflichtteils verwiesen.⁴²

Die socinische Kautel wäre im Zuge der Erbrechtsreform 2015 beinahe ausdrücklich geregelt worden,⁴³ doch der Gesetzgeber verwarf letztendlich das bisherige Konzept des § 774 aF und entschied sich für die freie Beschränkbarkeit der Pflichtteilsdeckung (§ 762). Beschränkungen und Belastungen, die einer zur Pflichtteilsdeckung bestimmten Zuwendung anhaften, sind bei der Bewertung dieser Zuwendung zu berücksichtigen. Deckt die belastete Zuwendung den Pflichtteil nicht, kann die Ergänzung in Geld gefordert werden (§ 763).⁴⁴

Diese „Kehrtwende“ des Gesetzgebers führt nun zur Frage, welchen (sinnvollen) Anwendungsbereich die socinische Kautel noch hat.⁴⁵ Im Rahmen dieser Prüfung wird das Verhältnis des § 762 zu den ebenfalls neu eingeführten Stundungsbestimmungen der §§ 766 f zu beleuchten sein. § 762 lässt scheinbar im Gegensatz zu den Stundungsbestimmungen auch einen über 5 bzw 10 Jahre hinausgehenden Stundungszeitraum für den Geldpflichtteil (§ 761) und die den Pflichtteil deckende letztwillige Zuwendung zu. Im Schrifttum bieten bereits viele Stellungnahmen eine Lösung an;⁴⁶ eine

⁴⁰ Zur deutschen Rechtslage siehe *Baumann*, Verwirkungsklauseln 137 ff.

⁴¹ *Weiß* in Klang III² 861; *Kralik*, Erbrecht³ 310; *Welser* in Rummel/Lukas⁴ § 774 Rz 9 ff; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 774 Rz 2; *Nemeth* in Schwimann/Kodek⁴ § 774 Rz 1.

⁴² OGH 6 Ob 10/14k; *Welser* in FS Demelius 491 (492); *ders* in Rummel/Lukas⁴ § 774 Rz 11; *Nemeth* in Schwimann/Kodek⁴ § 774 Rz 7; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 774 Rz 4.

⁴³ 100/ME 25. GP 18.

⁴⁴ *Musger* in KBB⁶ § 762 Rz 1; *Schwarzenegger* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 10.27 f.

⁴⁵ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 124 („praktisch der Boden entzogen“); *Welser*, Erbrechtskommentar § 762 Rz 10 („Möglichkeiten des Erblassers [...] wesentlich eingeschränkt“). Siehe dazu auch *Rabl*, NZ 2017, 142 (147), der den Kautelarjuristen auch hinsichtlich der neuen Rechtslage auf die Möglichkeit einer socinischen Kautel hinweist.

⁴⁶ Im Wesentlichen wird entweder den Wertungen des § 762 oder den des § 766 der Vorrang eingeräumt. Dies wird mitunter unterschiedlich begründet. Für den Vorrang des § 762: *Schauer*, ÖJZ 2017, 53 (55 f); *A. Tschugguel*, EF-Z 2017, 111 (111 f); *Binder/Giller* in Vermögensnachfolge² § 9 Rz 127; vgl auch *Nemeth* in Schwimann/Kodek⁵ § 762 Rz 5 und *Likar-Peer* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 10.32. Den Vorzug § 766 gebend: *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 97; *Umlauf* in FS *Eccher* 1189 (1196 ff); *Musger* in KBB⁶ § 762 Rz 6; *Welser*, Erbrechtskommentar § 762 Rz 9. Skeptisch zeigt sich *Rabl*, NZ 2015, 321 (332), der ein mögliches Tätigwerdenmüssen des Gesetzgebers in den Raum stellt.

Klärung durch den OGH steht aber noch aus. Interessant ist in diesem Zusammenhang insbesondere ein Lösungsansatz, der dieser vermeintlichen Antinomie mit einer Art socinischen Kautel begegnet: Dem Pflichtteilsberechtigten stehe nach Ablauf des Stundungszeitraums iSd § 766, sofern ihm noch nicht die volle Höhe des Pflichtteils zugekommen sei, ein Wahlrecht zu. Er könne entweder die weiter aufgeschobene Deckung akzeptieren oder den Geldpflichtteil iSd § 763 geltend machen. Bei letzterem müsse er freilich das zugewendete Recht bzw die Sache aufgeben und die bisher erhaltenen Leistungen und Nutzungen auf den Pflichtteil sich anrechnen lassen.⁴⁷

4. Auslegungsfragen

4.1. Problematik weit formulierter Klauseln

Nach der Aufarbeitung welche Tatbestände bzw Gründe eine allgemeine bzw besondere Verwirkungsklausel zulässigerweise erfassen darf, ist näher zu untersuchen, welches nach außen hin in Erscheinung tretendes Verhalten in diesem Zusammenhang den Sanktionsfall auslösen kann. Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist der Wille des Erblassers. Er entscheidet, welches Verhalten sanktioniert werden soll. Problematisch ist aber, dass in vielen Fällen diese Entscheidung undeutlich zu Papier gebracht wird. So finden sich in letztwilligen Verfügungen beispielsweise folgende Formulierungen:

- *„Wer das Testament anficht, sich der Durchführung widersetzt oder sonstige erhebliche Schwierigkeiten bereitet...“⁴⁸*
- *„Derjenige, der mit diesen Testamentsbestimmungen nicht einverstanden ist...“⁴⁹*
- *„Sollte einer [...] sich [...] nicht zufrieden geben...“⁵⁰*
- *„Das Kind, welches meinen letzten Willen nicht achtet...“⁵¹*
- *„[...] der dieses Vermächtnis [...] aus welchen Gründen immer anfechten sollte...“⁵²*
- *„Die Zuwendung jener Vermögenswerte, die ich [...] der [...] Privatstiftung übertragen habe [...], darf von meinen Erben weder angefochten, noch zum Gegenstand von Erbteilergänzungsforderungen gemacht werden, ...“⁵³*

⁴⁷ Umlauf in FS Eccher 1189 (1196 ff); zust Welser, Erbrechtskommentar § 762 Rz 9; tlw zust Musger in KBB⁶ § 762 Rz 6.

⁴⁸ OLG Karlsruhe 14 U 205/02 ZEV 2005, 256 (Otte).

⁴⁹ BGH V ZB 3/14 MittBayNot 2017, 161 (Weber).

⁵⁰ BayObLG 1Z BR 044/03 MittBayNot 2004, 450.

⁵¹ BGH IVa ZR 122/83 FamRZ 1985, 278.

⁵² OGH 6 Ob 10/14k.

⁵³ OGH 2 Ob 122/20k.

4.2. Auslegung und kritische Stimmen

Will der Erblasser nun mit solchen Formulierungen nur das gerichtliche Vorgehen⁵⁴ oder auch außergerichtliche Handlungen,⁵⁵ wie Rechts-, Meinungs- oder bloße Unmutsäußerungen sanktionieren? Die Antwort darauf ist durch Auslegung (§ 553) zu ermitteln.⁵⁶ Dabei wird auf den sich aus den Gesamtumständen ergebenden Willen des Erblassers abzustellen sein, der im Wortlaut der letztwilligen Verfügung zumindest eine Andeutung erfahren haben muss.⁵⁷ Ist ein solcher Wille nicht zweifelsfrei feststellbar, so muss der hypothetische Wille ermittelt werden. Was hätte der konkrete Erblasser unter Berücksichtigung der maßgeblichen Umstände vernünftiger Weise gewollt?⁵⁸

Speziell zur Auslegung von Verwirkungsklauseln wird aber vertreten, dass bei Aufnahme von sogenannten „Musterklauseln“ in die letztwillige Verfügung diesen ein standardisierter Inhalt zu unterstellen sei.⁵⁹ Andere wiederum rücken von der Willenstheorie ab und sehen unbestimmt formulierte Klauseln, bei denen der Bedachte nicht erkennen kann, welches Verhalten die Sanktionsfolge auslöst, als unwirksam an.⁶⁰ Es bestehe nämlich die Gefahr, dass erst aus einer ex post Betrachtung im Zuge der gerichtlichen Auslegung die Verwirkungsklausel eine rechtliche Kontur erfährt, die nicht zwingend mit dem tatsächlichen Erblasserwillen übereinstimmen muss.⁶¹ Diese Auffassungen stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis mit dem Grundsatz, dass dem wahren Willen zum Durchbruch zu verhelfen sei.⁶² Sie gehen vereinfacht gesagt davon aus, dass unbestimmte

⁵⁴ Darunter werden idR alle rechtlichen Akte verstanden, die geeignet sind, die letztwillige Verfügung zu Fall zu bringen: Klagen, Einreden, Erhebung von Rechtsmitteln und alle Schritte, die ein Verfahren nach §§ 161 ff AußStrG auslösen können. Dazu *Umlauf/Huf* in Klang³ § 712 Rz 8 mwN. Siehe auch das deutsche Schrifttum mit Hinweisen auf Rsp: *Leipold* in MüKoBGB⁸ § 2074 Rz 33; *Otte* in Staudinger § 2074 BGB Rz 64; *Gomille* in BeckOGK § 2075 Rz 26; *Horn* in Horn/Kroiß, Testamentsauslegung² § 17 Rz 13; *M. Schmidt* in Erman¹⁶ § 2074 Rz 8; *Blomberg*, Freiheit und Bindung 136 ff; *Baumann*, Verwirkungsklauseln 51 ff; *Loritz* in Soergel¹³ § 2075 Rz 7; *Johannsen* in RGRK-BGB¹² § 2074 Rz 18.

⁵⁵ Siehe *Briem* in FS Torggler 113 (132); *Leipold* in MüKoBGB⁸ § 2074 Rz 33; *Otte* in Staudinger § 2074 BGB Rz 64; *Gomille* in BeckOGK § 2075 Rz 29; *Horn* in Horn/Kroiß, Testamentsauslegung² § 17 Rz 13; *M. Schmidt* in Erman¹⁶ § 2074 Rz 8; *Blomberg*, Freiheit und Bindung 134; *Baumann*, Verwirkungsklauseln 51 ff.

⁵⁶ Im Vordergrund steht die Willenstheorie: OGH RIS-Justiz RS0012342. So auch die Literatur: *Kralik*, Erbrecht³ 121; *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss II² Rz 2047; *Fischer-Czermak/Pierer* in Klang³ §§ 552 f Rz 29, 40; *Welser*, Erbrechtskommentar § 553 Rz 3; *Schwarzenegger* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.5 mwN.

⁵⁷ RIS-Justiz RS0012371; zuletzt OGH 2 Ob 41/11k; *Welser*, Erbrechtskommentar § 553 Rz 3 mwN.

⁵⁸ RIS-Justiz RS0012346; zuletzt OGH 2 Ob 220/17t; *Kralik*, Erbrecht³ 125; *Weiß* in Klang III² 226; *Fischer-Czermak/Pierer* in Klang³ §§ 552 f Rz 30; *Apathy/Neumayr* in KBB⁶ § 553 Rz 2; *Welser*, Erbrechtskommentar § 553 Rz 3; *Eccher/Nemeth* in Schwimann/Kodek⁵ § 553 Rz 6.

⁵⁹ So *Binz*, Verwirkungsklausel 25 ff; dagegen *Otte* in Staudinger § 2074 Rz 63; *Briem* in FS Torggler 113 (120).

⁶⁰ Siehe *Birk*, DNotZ 1972, 284 (299); Vgl auch *Binz*, Verwirkungsklausel 59.

⁶¹ *Birk*, DNotZ 1972, 284 (297 f); *Binz*, Verwirkungsklausel 59; vgl *Leipold* in MüKoBGB⁸ § 2074 Rz 31. Zur „Problematik“ der Feststellung des wahren Willens durch das Gericht siehe auch *Rabl*, NZ 2020, 1.

⁶² OGH RIS-Justiz RS0132881; RS0012370; 2 Ob 41/19x; *Welser*, Erbrecht 80 ff; *Schwarzenegger* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 5.5.

Verwirkungsklauseln einer Auslegung nicht zugänglich sind. Diesen Standpunkten gilt es argumentativ zu begegnen und zu entkräften.

4.3. Objektiver und subjektiver Verstoß

Ebenso klärungsbedürftig ist, ob es für das Auslösen der Verwirkungsklausel neben dem objektiven Verstoß auch des Vorliegens eines subjektiven Elements bedarf, so wie dies von manchen gefordert wird.⁶³ Sanktionswürdig seien demnach nur „vorwerfbare“ Verhaltensweisen. Wann aber ein Verhalten vorwerfbar sein soll, wird nicht einheitlich beantwortet. So wird gelegentlich auf ein „bewusstes“, „mutwilliges“, „frivoles“, „böswilliges“ oder „grob schuldhaftes“ Vorgehen abgestellt.⁶⁴ Dieses subjektive Erfordernis wird vor allem beim Bestreitungsverbot im Zusammenhang mit nicht erfolgreichen Angriffen auf die letztwillige Verfügung ins Treffen geführt. Es wird jedoch auch bei besonderen Verwirkungsklauseln zu prüfen sein, inwieweit subjektive Elemente von Relevanz sind.

Außerdem wird zu ermitteln sein, ob das Verhalten von anderen natürlichen oder juristischen Personen auf die Bedachten durchschlagen bzw ihnen zugerechnet werden kann. Diese Frage stellt sich besonders dann, wenn die erbantrittserklärten Erben im Rahmen ihrer Vertretungsbefugnis nach § 810 im Namen der Verlassenschaft die letztwilligen Anordnungen oder sonstige Vermögensverteilungen- und Konstrukte des Erblassers angreifen.⁶⁵ Verhindert lediglich der Umstand, dass die Verlassenschaft als Prozesspartei auftritt, die Sanktion der Bedachten?

⁶³ *Briem* in FS Torggler 113 (125). Siehe auch FN 22. Für die deutsche Rechtslage (idR ohne auf einen bestimmten Anfechtungsgrund abstellend): BGH IVa ZR 122/83 FamRZ 1985, 278; OLG Stuttgart 8 W 20/68 OLGZ 1968, 246; BayObLG 1Z BR 044/03M MittBayNot 2004, 450; OLG Celle 22 U 73/94 ZEV 1996, 307; *Johannsen* in RGRK-BGB¹² § 2074 Rz 17; *M. Schmidt* in Erman¹⁶ § 2074 Rz 8; *Horn* in Horn/Kroiß, Testamentsauslegung² § 17 Rz 19; *Leipold* in MüKoBGB⁸ § 2074 Rz 39; *Blomberg*, Freiheit und Bindung 165; krit zum subjektiven Erfordernis: *Otte* in Staudinger § 2074 Rz 67.

⁶⁴ Siehe dazu die Nachweise bei *Otte* in Staudinger § 2074 Rz 66; *Blomberg*, Freiheit und Bindung 154 und *Binz*, Verwirkungsklausel 43 ff.

⁶⁵ Siehe zB den OGH 2 Ob 122/20k zugrundeliegenden Fall.

III. Vorläufige Zeiteinteilung

WS 2019/20	VO Juristische Methodenlehre und Recherche
SS 2020	Seminar aus dem Dissertationsfach
WS 2020/21	Seminar aus dem Dissertationsfach; Weiteres Seminar; Verfassen der Dissertation
SS 2021	Seminar im Dissertationsfach zur Vorstellung und Diskussion des Dissertationsvorhabens; Verfassen der Dissertation
WS 2021/22	Verfassen der Dissertation
SS 2022	Verfassen der Dissertation
WS 2022/23	Einreichen der Dissertation und Defensio

IV. Vorläufige Gliederung

Abkürzungsverzeichnis

I. Einleitung

- A. Problemstellung
- B. Gang der Untersuchung

II. Entstehungsgeschichte

- A. Ur-Entwurf
- B. ABGB – Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015
- C. ABGB – Rechtslage nach dem ErbRÄG 2015

III. Rechtslage in Deutschland

IV. Dogmatische Ausgestaltung

- A. Allgemeines
- B. Auflösende Bedingung
 - 1. Rechtsstellung des Bedachten
 - a. Nicht pflichtteilsberechtigte Personen
 - b. Pflichtteilsberechtigte Personen
 - 2. Rechtsfolgen bei Auslösen des Bestreitungsverbots
 - a. Konstruktive Vor- und Nacherbfolge
 - b. Rechtsstellung des Nacherben
 - c. Verhältnis zur Ersatzerbschaft und Anwachsung
- C. Aufschiebende Bedingung
 - 1. Universal- oder Quotenvermächtnis

2. Strafzahlungen
 3. Sonstige Sanktionen
- D. Auflage

IV. Zulässigkeit und Reichweite des Bestreitungsverbots

- A. Problemstellung
- B. Ausnahmen nach § 712
1. Echtheit
 2. Sinn
 3. Auslegung des Bestreitungsverbots
 4. Sittenwidrige oder gesetzliche verbotene Anordnungen
 5. Verstöße gegen zwingende Formvorschriften
- C. Weitere mögliche Ausnahmen
1. Willensmängel
 2. Testierunfähigkeit
 3. Erbunwürdigkeit
 4. Sonstige erbrechtliche Gründe und Verhaltensweisen
- D. Spezielle Verwirkungsklauseln
1. Allgemeines
 2. Problemstellung
 3. Verstöße gegen das Gesetz
 4. Verstöße gegen die guten Sitten
 5. Rechtsfolgen der Nichtigkeit

V. Auslegung

- A. Allgemeine Verwirkungsklausel
 - 1. Gerichtliche Vorgehensweisen
 - 2. Außergerichtliche Vorgehensweisen
 - 3. Subjektive Voraussetzungen
- B. Spezielle Verwirkungsklauseln
 - 1. Objektiver Verstoß
 - 2. Subjektive Voraussetzungen
- C. Zurechnung Dritter

VI. Socinische Kautel

- A. Bedeutung
 - 1. Alte Rechtslage
 - 2. Neue Rechtslage
- B. Anwendungsbereich

VII. Verwirkungsklausel im Privatstiftungsrecht

VIII. Verwirkungsklausel bei der Schenkung auf den Todesfall

IX. Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse

Literaturverzeichnis

Abstract

V. Auszug aus dem Literaturverzeichnis

Baumann, Erbrechtliche Verwirkungsklauseln (2009) – zit: *Baumann*, Verwirkungsklauseln [Seite]

Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB54 (2020) – zit: *Bearbeiter* in BeckOG BGB⁵⁴ [§] [Rz]

Binz, Die erbrechtliche Verwirkungsklausel (1968) – zit: *Binz*, Verwirkungsklausel [Seite]

Birk, Die Problematik der Verwirkungsklauseln in letztwilligen Verfügungen, DNotZ 1972

Blomberg, Freiheit und Bindung des Erblassers (2010) – zit: *Blomberg*, Freiheit und Bindung [Seite]

Briem, Kassatorische Klauseln im Erb- und Stiftungsrecht, in *Fitz/Kalss/Kautz/Kucsko/Lukas/Torggler (Hrsg)*, Festschrift für Helwig Torggler (2013) 113

Breitschmid, Zulässigkeit und Wirksamkeit privatorischer Klauseln im Testamentsrecht, ZRS 1983, 103

Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015 (2015) – zit: *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform [Seite]

Eccher/Umlauft, Erbrecht⁷ (2020) – zit: *Eccher/Umlauft*, Erbrecht⁷ [Seite]

Eccher, Die österreichische Erbrechtsreform (2017) – zit: *Eccher*, Erbrechtsreform [Seite]

Ehgartner, Die nachträgliche Gesetz- und Sittenwidrigkeit im ABGB, ÖJZ 2021, 597

Ehrenzweig Armin, Das System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band II/2, 2. Auflage (1937), bearbeitet von *Ehrenzweig Adolf* – zit: *Ehrenzweig*, System II/2² [Seite]

Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁶ (2020) – zit: *Autor* in *Erman*¹⁶ [§] [Rz]

F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage (1991), Nachdruck (2011), zit: *F. Bydlinski*, Methodenlehre² [Seite]

F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), Nachdruck (2013), zit: *F. Bydlinski*, System [Seite]

F.Bydlinski/P.Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 3. Auflage (2018) – zit: *F.Bydlinski/P.Bydlinski*, Methodenlehre³ [Seite].

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang Kommentar, Band 10 (§§ 647 –755 ABGB) 3. Auflage (2021), zit: *Autor* in *Klang*³ [§] [Rz]

Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), *Erbrecht – Ein Handbuch für die Praxis*, 1. Auflage (2007) und 2. Auflage (2020) – zit: *Autor* in *Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht*^{1 bzw 2} [Rz]

Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg), *Festschrift 200 Jahre ABGB II* (2011) – zit: *Bearbeiter* in *FS 200 Jahre ABGB* [Seite]

Gaier, *Die Bedeutung der Grundrechte für das Erbrecht*, ZEV 2006, 4

Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), *Kommentar zum Außerstreitgesetz* – zit: *Autor* in *Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG* [Seite] oder [Rz]

Graf, *Die guten Sitten (§ 879 ABGB) als Schranke der Bestimmung der Begünstigten bei der Privatstiftung*, in *Eiselberg* (Hrsg), *Stiftungsrecht JB 2007*, 87 – zit: *Graf* in *Stiftungsrecht JB* (2007) [Seite]

Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2. Auflage (2018) – zit: *Autor* in *Vermögensnachfolge*² [§] [Rz]

Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, *beck-online.GROSSKOMMENTAR BGB* – zitiert: *Bearbeiter* in *BeckOGK* [§] [Rz]

Horn/Kroiß (Hrsg), *Testamentsauslegung – Strategien bei unklaren letztwilligen Verfügungen*, 2. Auflage (2019) – zit: *Autor* in *Horn/Kroiß, Testamentsauslegung*² [§] [Rz]

Karollus, *Die testamentarische Nichtverehelichungsklausel – Gedanken zur dogmatischen Einordnung, zur Auslegung und zur rechtspolitischen Berechtigung des § 700 ABGB*, NZ 1988, 293

Kehrer, *Strafklauseln in letztwilligen Verfügungen*, BWNotZ 1957, 125

Keinert, *Kassatorische Klausel bei Schenkung auf den Todesfall*, JBl 2009, 217

Kerres, *Anfechtungsverbote im Stiftungsrecht – Über die Gültigkeit von kassatorischen Klauseln in Stiftungsurkunden*, *ecolex* 2014, 42

Keuk, *Der Erblasserwille post testamentum. Zur Unzulässigkeit der testamentarischen Potestativbedingung*, *FamRZ* 1972, 9

Klampfl, *Geschlechterklauseln in letztwilligen Verfügungen – rechtmäßige Ausübung der Testierfreiheit oder sittenwidrige Diskriminierung?* *JEV* 2016, 178

Klang/Gschnitzer (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, III. Band 2. Auflage (1952) – zit: *Autor* in Klang [Band]² [Seite]

Kletečka, Ersatz- und Nacherbschaft (1999) – zit: *Kletečka*, Nacherbschaft [Seite]

Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON. Kommentar zum ABGB (2010 – 2021) – zit: *Autor* in Kletečka/Schauer^[Version] [§] [Rz]

Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014), Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020) – zit: *Autor* in KBB^{4 bzw 6}

Kralik, Das Erbrecht, 3. Auflage des Ehrenzweig'schen Systems des österreichischen allgemeinen Privatrechts (1983) – zit: *Kralik*, Erbrecht³ [Seite]

Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage (1995), zit: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ [Seite]

Leipold, Testierfreiheit und Sittenwidrigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FG 50 Jahre BGH, Band I (2000) 1011

Mugdan (Hrsg), Die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Band V (1899) – zitiert: *Mugdan*, MatBGB V [Seite]

Natter, Die Verwirkungsklausel in letztwilligen Verfügungen, DRZ 1946, 163

Nippel, Erläuterungen des ABGB, Band IV (1832) – zit: *Nippel*, Erläuterungen IV [Seite]

Oertmann, Die Cautela Socini unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ZBIFG 15, 357

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1889) – zit: *Ofner*, Ur-Entwurf [Seite]

Otte, Die Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen wegen Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, JA 1985, 192

Otte, Das Elend der Verwirkungsklauseln, in *Saar/Roth/Hattenhauer* (Hrsg), Recht als Erbe und Aufgabe, Festschrift für Heinz Holzauer (2005), 527 – zit: *Otte* in FS Holzauer [Seite]

Palandt (Hrsg), Bürgerliches Gesetzbuch⁸⁰ (2021) – zit: *Autor* in Palandt⁸⁰ [§] [Rz]

Pfaff/Hofmann, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band II (1877) – zit: *Pfaff/Hofmann*, Commentar II [Seite]

Rabl, Die Nichterfüllung letztwilliger Auflagen, NZ 1998, 97

Rabl, Der unbekannt Nacherbe, NZ 2003, 264

Rabl, Das Schicksal der vom Erblasser verfügten Lasten nach Wegfall des belasteten Erben, NZ 2012, 193

Rabl, Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Das neue Erbrecht* (2015) 1 – zit: *Rabl* in *Rabl/Zöchling-Jud*, *Das neue Erbrecht* [Seite]

Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321

Rabl, Keine Belastung der Freiheit des Pflichtteils durch Einsetzung eines Nacherben – Glosse zu OGH 2 Ob 167/16x, NZ 2017, 142

Rabl, Neue Rechtsprechung zur Form einer fremdhändigen letztwilligen Verfügung, die aus mehreren Blättern (Bögen) besteht, NZ 2020, 1

Reiter, Letztwillige Nichtverpartnerungsklauseln: § 700 ABGB anwendbar? EF-Z 2012, 200

RGRK-BGB, Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Band V/1, 12. Auflage (1974) – zit: *Autor* in *RGRK-BGB*¹²

Röthel, Testierfreiheit und Testiermacht, AcP 210 (2010), 32

Röthel, Lehrbuch Erbrecht, 18. Auflage (2020) – zit: *Röthel*, Erbrecht [§] [Rz]

Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum ABGB, Teilband §§ 531 – 824, 4. Auflage (2014) – zit: *Autor* in *Rummel/Lukas*⁴ [§] [Rz]

Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage (2020) – zit: *Autor* in *MüKoBGB*^[Auflage] [§] [Rz]

Schauer, Pflichtteilsrecht einschließlich Gestaltung der Pflichtteilsdeckung, in *Schauer/Deixler-Hübner* (Hrsg), *Erbrecht NEU* (2015) 55

Schlüter, Grenzen der Testierfreiheit – Grenzen einer „Herrschaft aus dem Grabe“, in *Hadding* (Hrsg), *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935* (1999) 575 – zit: *Schlüter*, *FG Zivilrechtslehrer* [Seite]

Schwimmann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 (§§ 531 – 858 ABGB) 4. Auflage (2013); Band 4 (§§ 531 – 858 ABGB) 5. Auflage (2019) – zit: *Autor* in Schwimmann/Kodek^{4 oder 5} [§] [Rz]

Schwimmann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar, 4. Auflage (2017) – zit: *Autor* in Schwimmann/Neumayr⁴ [§] [Rz]

Simon, Die erbrechtliche Verwirkungsklausel – ein Prüfstein für Privatautonomie, in Bickel/Hadding/Jahnke/Lücke (Hrsg), Recht und Rechtserkenntnis: Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag (1985) 627

Soergel (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 22 (§§ 2064 – 2273), 13. Auflage (2003) – zit: *Autor* in Soergel¹³ [§] [Rz]

Spitzer, Ein Bruderzwist im Fürstenhaus. Bemerkungen zur erbrechtlichen Auflage und zu 2 Ob 258/05p, ÖJZ 2009, 445

Staudinger (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (1993 ff) – zitiert: *Autor* in Staudinger [§] [Rz]

Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche II, 8. Auflage (1903) – zit: *Stubenrauch*, Kommentar II⁸

Told, Privatautonomie und Testierfreiheit im Lichte des Gleichheitssatzes, JBI 2020, 748

Tschugguel, Ersatzerbschaft, Transmission und Anwachsung – Überlegungen aus kautelarjuristischer Sicht, EF-Z 2012/156, 257

Tschugguel, Pflichtteilsdeckung neu – Zur Auflösung eines (scheinbaren) Normenwiderspruchs, EF-Z 2017, 111

Umlauft, Erbrechtsreform 2015: Antinomie zwischen den Regelungen zur Pflichtteilsdeckung und der Pflichtteilsstundung? in Schurr/Umlauft (Hrsg), Festschrift für Bernhard Eccher (2017) 1189 – zit: *Umlauft* in FS Eccher

Unger, Das österreichische Erbrecht, 4. Auflage (1894) – zit: *Unger*, Erbrecht⁴ [Seite]

v. *Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen in letztwilligen Verfügungen (2009) – zit: v. *Schrenck-Notzing*, Unerlaubte Bedingungen [Seite]

Wacke, Rechtsfolgen testamentarischer Verwirkungsklauseln, Anwachsung oder Ersatzerbschaft?, DNotZ 1990, 403

Welser, Die kassatorische Klausel, in Frotz/Ogris (Hrsg), Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag (1973) 491 – zit: *Welser* in FS Demelius [Seite]

Welser, Der Erbrechts-Kommentar (2019) – zit: *Welser*, Erbrechtskommentar [§] [Rz]

Welser, Erbrecht (2019) – zit: *Welser*, Erbrecht [Seite]

Welser/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Band I, 15. Auflage (2018) – zit: *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ [Rz]

Welser/Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 14. Auflage (2015) – zit: *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ [Rz]

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch II (1812) – zit: *Zeiller*, Commentar II/2 [Seite]