

I. Die Problemstellung

Die folgende Untersuchung beschäftigt sich mit einem Problem, dem im Rahmen der Gestaltung letztwilliger Verfügungen große praktische Bedeutung zukommt. Personen, die über ein gewisses Vermögen verfügen, sind oftmals bestrebt, für den Fall ihres Todes Regelungen aufzustellen, die mehr beinhalten als bloß die Benennung derjenigen Person oder Personen, denen das Vermögen als Erben oder Vermächtnisnehmer zukommen soll. Sie wollen darüber hinaus auch Festlegungen hinsichtlich einer bestimmten **Verwendung** machen, der das Vermögen nach ihrem Tod von den Bedachten zugeführt werden soll. So sind beispielsweise Unternehmer typischerweise bestrebt, die Zerschlagung des Unternehmens im Fall ihres Todes zu verhindern; sie wollen daher Regelungen treffen, mit denen sichergestellt wird, dass es zu keiner solchen Zerschlagung kommt.

In anderen Fällen möchte der Erblasser verhindern, dass den Erben sofort nach seinem Tod die volle Verfügungsbefugnis über das vererbte Vermögen zukommt. Ein Beispiel hiefür wäre ein Unternehmer, der sein Unternehmen zwar seinen beiden Söhnen vermacht, ihnen aber die volle Verfügungsbefugnis erst mit Erreichung ihres 25. Lebensjahres einräumen möchte. Ein drittes Beispiel: Ein Erblasser verfügt über ein Vermögen in Form von Beteiligungen, welche er auf gewisse Weise verwaltet wissen möchte. Diese Verwaltungsaufgabe will er aber nicht seinen Erben, sondern einer dritten Person, die sein Vertrauen genießt, überantworten. Die Erträge und letztlich auch die Substanz des Vermögens sollen jedoch den Erben zukommen.

Solche Fälle stehen nicht im Mittelpunkt des Erbrechts. Dieses ist fokussiert auf die Bestimmung des Erben, also jener Person, die an Stelle des Erblassers tritt und sein gesamtes Vermögen inklusive Schulden übernimmt. Der Erbe ist Universalsukzessor; er setzt die vermögensmäßige Existenz des Erblassers fort. Er kann auf sein gesamtes Vermögen greifen, ist dafür allerdings nicht bloß mit dem Vermögen des Erblassers, sondern auch mit dem eigenen Vermögen dem Zugriff der Gläubiger ausgesetzt, so er sich nicht für eine bedingte Erbsantrittserklärung entscheidet. Dieser Universalsukzession entspricht es, dass die Entscheidung über die weitere Verwendung des Vermögens nach dem Erbübergang dem Erben obliegt. Er allein entscheidet, zu welchen Zwecken es eingesetzt werden soll. Der Bestimmung des Erben dient nicht nur das Intestaterbrecht, sondern auch die Regelungen über den letzten Willen, soll damit dem Erblasser doch primär die Freiheit eingeräumt werden, abweichend von der Intestaterbfolge, aber eingeschränkt durch das Pflichtteilsrecht, einen Erben nach eigenem Gutdünken zu bestimmen.

Die Privatautonomie stellt dem Erblasser jedoch auch Instrumente zur Verfügung, mit deren Hilfe er das eingangs beschriebene Ziel der näheren Bestimmung der Verwendung, der sein Vermögen nach seinem Tod zugeführt werden soll, erreichen kann. Dabei handelt es sich vorrangig um die **Stiftung**, die **fideikommissarische Substitution**, die **Bedingung**, die **Auflage**, das **Veräußerungs- und Belastungsverbot** sowie das **Institut des Testamentsvollstreckers**. Im Folgenden soll in einem ersten Schritt untersucht werden, inwieweit diese Instrumente geeignet sind, dem Erblasser in Fällen wie den eingangs beschriebenen die Erreichung des von ihm angestrebten Ziels zu ermöglichen.

Dabei wird sich zeigen, dass diese **per se** nur eingeschränkt zur Realisierung derartiger Zwecke herangezogen werden können. Bessere Ergebnisse kann der Erblasser erzielen, wenn er sich einer **Kombination** dieser Instrumente bedient, also zB die Auflage mit der Testamentsvollstreckung kombiniert. Selbst in solchen Fällen bleiben aber – aus der Perspektive des Erblassers betrachtet – insoweit Defizite über, als die Umsetzung der erblasserischen Verfügungen gegen den Willen des Erben nicht unbedingt gewährleistet ist.

Daher soll im zweiten Teil der Untersuchung geprüft werden, ob es jenseits der genannten Instrumente noch weitere Möglichkeiten zur Gewährleistung der Umsetzung der erblasserischen Ziele gibt. Als Inspiration dient dieser Prüfung ein Blick auf ausländische Rechtsordnungen, in denen es Rechtsinstitute gibt, die in vergleichbaren Situationen den Zielen des Erblassers dienen; dies sind der *trust* des angloamerikanischen und liechtensteinischen Rechts sowie das Amt des Testamentsvollstreckers in Deutschland. Ausgehend von einer Analyse der wesentlichen Vorzüge dieser Institute soll schließlich dargestellt werden, wie mit Hilfe der **Treuhand** im österreichischen Recht Resultate herbeigeführt werden können, die eine adäquate Absicherung der Interessen des Erblassers gewährleisten.

II. Privatstiftung, Fideikommissarische Substitution und Veräußerungs- und Belastungsverbot

A. Die Privatstiftung

Die Privatstiftung stellt unzweifelhaft das ideale Instrument für die Umsetzung der beschriebenen Interessen dar. Die Stiftung ermöglicht es dem Gründer, ein eigenes Rechtssubjekt zu schaffen, dem er sein Vermögen übertragen kann. Gleichzeitig hat er die Möglichkeit, durch die Stiftungsurkunde festzulegen, welcher Verwendung dieses Vermögen zugeführt werden soll. Die für die Stiftung handelnden Organe, primär der Stiftungsvorstand, sind verpflichtet, sich an diese Festlegungen zu halten.

Selbstzweckstiftungen sind nach hA¹⁾ verboten; dies bedeutet, dass eine Stiftung, die bloß zum Zweck des Vermögenserhalts gegründet wird, unzulässig wäre. Das Stiftungsvermögen muss vielmehr einer bestimmten Verwendung zugeführt, also an Begünstigte ausgeschüttet werden. Begünstigte sind insoweit notwendiger Bestandteil der Stiftung.

Die Stiftung ist für die hier interessierenden Zwecke des Erblassers deswegen ideal, weil sie ihm einerseits ermöglicht, die Verwendung seines Vermögens im Vorhinein zu bestimmen, er gleichzeitig aber – wirtschaftlich betrachtet – das Vermögen jenen Personen, die er bedenken möchte, zukommen lassen kann, indem er sie als Begünstigte einsetzt.

Die Gründung der Stiftung kann bereits zu Lebzeiten erfolgen, der Erblasser kann aber auch erst testamentarisch die Errichtung einer Stiftung verfügen. **Zwingende Grenze** der Gestaltungsfreiheit des Erblassers sind auch bei Errichtung einer Stiftung die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten. Noch nicht endgültig geklärt ist in diesem Bereich freilich, inwieweit Zuwendungen an eine Stiftung zu Lebzeiten des Stifters zu einer Pflichtteilerhöhung bzw. Anrechnung führen können. Konkret stellt sich die Frage, ob für solche Zuwendungen generell die Regel des § 785 Abs 3 2. Satz ABGB gilt, wonach bei der Pflichtteilerhöhung Schenkungen, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers an nicht pflichtteilsberechtigte Personen gemacht werden, außer Betracht bleiben. Dies wird dann als unangemessen angesehen, wenn beispielsweise einzig Begünstigter der Stiftung eine nicht pflichtteilsberechtigte Person ist.²⁾ Darüber hinaus stellt sich die Frage, wann die Zweijahresfrist zu laufen

¹⁾ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG (1995) § 1 Rz 34; Kalss/Müller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Vermögensnachfolge § 25 Rz 37.

²⁾ Zu den Details s. Arnold, PSG Kommentar² (2007) Einleitung Rz 23 ff.

beginnt. Hier stellt die hA³⁾ darauf ab, dass es eines Vermögensopfers bedarf. Hat der Stifter sich den Widerruf vorbehalten bzw ein umfassendes Änderungsrecht, liegt noch kein endgültiges Vermögensopfer vor.

Obwohl die Stiftung somit von ihrer Grundausrichtung her als absolut geeignet angesehen werden muss, den eingangs beschriebenen Zwecken des Stifters zu dienen, ergibt sich eine wesentliche praktische Einschränkung daraus, dass die Errichtung einer Privatstiftung ein **kostenintensives Unterfangen** ist. Dabei geht es nicht bloß um die 70.000 Euro, die nach § 4 PSG der Stiftung als Vermögen gewidmet werden müssen; mindestens genauso stark ins Gewicht fallen die Betriebskosten. So bedarf es eines dreiköpfigen Stiftungsvorstands, der die Geschäfte der Stiftung leitet. Sinnvoll ist daher die Errichtung einer Stiftung erst dann, wenn ein recht beträchtliches Mindestvermögen vorhanden ist.

Dieser Kostenaspekt hat Auswirkungen noch in zweiter Hinsicht: Die Errichtung einer Stiftung zahlt sich nur dann aus, wenn die vom Erblasser angestrebte Verwendung des Vermögens eine längere zeitliche Dimension aufweist. Soll beispielsweise das Vermögen den Kindern nach Ablauf einer Frist von fünf Jahren uneingeschränkt zufallen, wäre die Errichtung der Stiftung keinesfalls als geeignetes Instrument anzusehen.

B. Die fideikommissarische Substitution

Ein zweites mögliches Instrument stellt die **fideikommissarische Substitution**⁴⁾ (§ 608 ABGB) dar. Bei dieser wendet der Erblasser sein Vermögen bzw Teile dieses Vermögens einem Erben zu, verfügt jedoch gleichzeitig, dass dieses Erbe nach Eintritt eines durch den Erblasser definierten Ereignisses einer anderen Person, dem Nacherben, zufallen soll. Die Anknüpfung an dieses Ereignis kann eine Bedingung oder eine Befristung darstellen; letzteres ist dann der Fall, wenn der Nacherbe die Erbschaft nach dem Tod des Vorerben erhalten soll. Sieht der Erblasser vor, dass der Nacherbe zum Zug kommen soll, wenn der Vorerbe bestimmte ihm testamentarisch auferlegte Pflichten verletzt, würde eine auflösende Bedingung vorliegen.

Bei der fideikommissarischen Substitution trifft der Erblasser somit eine doppelte Verfügung: Er setzt eine Person ein, der die Erbschaft nach seinem Tod zukommen soll, bestimmt jedoch gleichzeitig, dass nach Eintritt des maßgeblichen Ereignisses der Nachlass einer anderen Person, dem Nacherben, zufallen soll.

³⁾ Siehe im Detail *Arnold aaO*.

⁴⁾ *Eccher, Erbrecht*⁴ (2010) 83 ff; *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 608 ABGB Rz 1 ff.

Aus der Anordnung einer fideikommissarischen Substitution ergibt sich eine bedeutende Einschränkung der Rechte des Vorerben. Ihm kommt nach § 613 ABGB nur ein **eingeschränktes Eigentumsrecht** zu; er hat die Stellung eines Fruchtnießers. Ihm kommen die Früchte und Erträgnisse zu, er darf die Bestimmung des Stammvermögens aber nicht ändern. Er hat somit kein freies Verfügungsrecht über die Substanz des Substitutionsvermögens.

Mit der Anordnung einer fideikommissarischen Substitution hat der Erblasser die Möglichkeit, die Rechte des Vorerben zu beschneiden, indem ihm gerade nicht die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über die Erbschaft zukommt. Für die hier interessierenden Zwecke des Erblassers ist die fideikommissarische Substitution jedoch nur bedingt geeignet. Die Sachverhalte, um die es geht, sind dadurch gekennzeichnet, dass es zwar für einen gewissen Zeitraum zu einer Einschränkung der Eigentümerrechte der Erben kommen soll, **nach** Ablauf dieses Zeitraums jedoch die betreffenden Vermögenswerte dem Erben uneingeschränkt zukommen sollen. Es soll also ein Ergebnis herbeigeführt werden, das im Gegensatz zu dem steht, das sich bei der fideikommissarischen Substitution ergibt. Während bei dieser die Erbschaft letztlich einer anderen Person zufällt, soll sie in den hier interessierenden Fällen beim eingesetzten Erben **verbleiben**.

C. Veräußerungs- und Belastungsverbot

Eine weitere Möglichkeit der Einschränkung der Verfügungsmöglichkeiten des Erben besteht in der Anordnung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots gem § 364 c ABGB. Ein solches Veräußerungs- oder Belastungsverbot kann nicht bloß durch Vertrag, sondern auch durch **letztwillige Verfügung** an einer Sache oder einem dinglichen Recht begründet werden. Ein Veräußerungs- und Belastungsverbot muss immer zugunsten einer bestimmten Person begründet werden. Nach hA⁵⁾ ist ein **abstraktes Verbot**, also ein Verbot ohne bestimmten Verbotsbegünstigten, nicht zulässig.

Das Veräußerungs- und Belastungsverbot hat **obligatorische Wirkung**; gegen Dritte (also absolut) wirkt es nur dann, wenn es zugunsten bestimmter naher Angehöriger begründet und im **Grundbuch**⁶⁾ eingetragen wird. Bei den Personen handelt es sich um den Ehegatten, den eingetragenen Partner, Eltern und Kinder,⁷⁾ Wahl- oder Pflegekinder sowie deren Ehegatten oder eingetragene Partner. Das Verbot belastet nur den ersten Eigentümer, sodass es mit dessen

⁵⁾ Spielbüchler in *Rummel*³ § 364 c Rz 2; Holzner in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 364 c Rz 2.

⁶⁾ Absolute Wirkung kann ihm also nur bei unbeweglichen Sachen zukommen.

⁷⁾ Nach OGH ecolex 1998, 835 kann die Begründung auch zugunsten von Stiefkindern erfolgen.

Tod erlischt. Es erlischt auch, wenn es zu einer Veräußerung der Sache mit Zustimmung des Verbotsberechtigten kommt. Das aus dem Verbot resultierende Recht ist seinerseits nicht verwertbar, nicht übertragbar und unvererblich.

Mit Hilfe der Anordnung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots hat es der Erblasser daher in der Hand, die Verfügungsbefugnis des Erben einzuschränken. Allerdings muss er das Veräußerungs- und Belastungsverbot zugunsten einer bestimmten Person anordnen. Soll das Verbot absolute Wirkung entfalten, muss es sich bei dieser Person um eine solche handeln, die dem in § 364c ABGB genannten Kreis angehört.

Die Notwendigkeit, eine solche dritte Person zu finden, steht jedoch letztlich im Gegensatz zu dem Zweck, den der Erblasser in den hier interessierenden Situationen verfolgt: Dieser ist ja so beschaffen, dass das Veräußerungs- und Belastungsverbot eigentlich **den Interessen des damit Beschwerten** dienen soll. Dem spielsüchtigen Sohn soll beispielsweise die Verfügung über die Liegenschaft deswegen untersagt werden, weil der Vater befürchtet, er könne mit Hilfe des Erlöses seine Spielsucht finanzieren. Damit ist aber eine andere Situation gegeben, als sie in den sonstigen Fällen besteht, in denen ein Veräußerungs- und Belastungsverbot vorgesehen wird. In diesen Situationen dient das Verbot typischerweise **den Interessen des Dritten, zu dessen Gunsten** es angeordnet wird.

In den Fällen des Erbschaftskontexts wäre der Verbotsberechtigte quasi der Aufpasser, der darauf zu achten hat, dass der letztwillig Bedachte nicht den Verfügungen des Erblassers zuwider handelt. Aus der Perspektive des Erblassers betrachtet, wird dies aber nur dann funktionieren, wenn der Dritte die gleiche Sichtweise wie der Erblasser vertritt, also beispielsweise auch verhindern möchte, dass der durch das Verbot Belastete gewisse Verfügungen, die ihm als Eigentümer eigentlich offenstehen würden, trifft. Ob dies in vielen Fällen gelingt, ist zweifelhaft. Typischerweise werden die in Frage kommenden Dritten dem Erben näher stehen als dem Erblasser,⁸⁾ sodass dieser keine Gewähr dafür hat, dass sie nicht auf entsprechenden Wunsch des Erben einer Verfügung zustimmen, die im Gegensatz zum Verbot steht. Wird beispielsweise die Ehegattin des Erben als Verbotsberechtigte benannt, ist die Annahme durchaus naheliegend, dass sie im Zweifel eine Entscheidung trifft, die im Sinn ihres Gatten ist, und sich nicht um die Interessen des Erblassers kümmert, der zu diesem Zeitpunkt ja bereits längst verstorben ist.

⁸⁾ Ausnahmen sind denkbar, so wenn zB ein Veräußerungs- und Belastungsverbot zugunsten der Ehegattin des Erblassers, die gleichzeitig Mutter des Erben ist, bestellt wird. In einem solchen Fall besteht durchaus die Möglichkeit, dass die Loyalität der Verbotsberechtigten in höherem Maße dem Erblasser gilt.

III. Auflage und Bedingung

A. Bedingung

Der Erblasser kann anordnen, dass der Erbe bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses die Erbschaft verliert. In einem solchen Fall liegt eine auflösende Bedingung⁹⁾ vor. Mittels einer solchen Bedingung kann der Erblasser Druck auf den Erben ausüben, bestimmte Handlungen zu setzen, droht andernfalls doch als Sanktion der Verlust der Erbschaft. Zum Eintritt der Bedingung kommt es auch dann, wenn den Beschwerten kein Verschulden an den relevanten Umständen trifft. Wird angeordnet, dass der Erbe die Erbschaft verliert, wenn nicht bis zu einem bestimmten Datum ein entsprechendes Grabmal errichtet wird, verliert er bei Nichterrichtung des Grabmals bis zu diesem Datum die Erbschaft unabhängig davon, ob ihn daran ein Verschulden trifft oder nicht.¹⁰⁾

B. Auflage

Die Auflage ist in den §§ 709 ff ABGB näher geregelt. Das ABGB nennt sie Auftrag. Nach § 709 ABGB ist ein solcher Auftrag als auflösende Bedingung anzusehen, sodass „durch die Nichterfüllung des Auftrags der Nachlass verwirkt werden solle“. Eine solche Auflage ist für den Erben daher verbindlich. Kann der Auftrag nicht genau erfüllt werden, muss man „demselben wenigstens nach Möglichkeit nahe zu kommen suchen“ (§ 710 ABGB). Kann auch dies nicht geschehen, liegt also unverschuldete Nichterfüllung der Auflage vor, verliert der Beschwerte den Nachlass jedoch nicht, es sei denn, der Erblasser hätte das Gegenteil angeordnet. Wie sich aus § 711 ABGB ergibt, ist bei Prüfung der Frage, ob überhaupt eine Auflage vorliegt, auch die Möglichkeit zu berücksichtigen, dass es sich nur um einen **unverbindlichen Wunsch** handelt, hierdurch aber keine Pflicht des Erben begründet wird.

Bedingung und Auflage stehen in einem engen Verhältnis. Soll als Sanktion für die Nichterfüllung der Auflage der Erbe die Erbschaft verlieren, liegt eine auflösende Bedingung vor. Dogmatisch sind die beiden Institute aber auseinander zu halten, da nur die Auflage eine Verpflichtung auf Seiten des Erben begründet. Das hat *Savigny*¹¹⁾ sehr deutlich mit der Formulierung „die Bedingung suspendiert, zwingt aber nicht; der Modus zwingt, suspendiert aber nicht“ zum Ausdruck gebracht.

⁹⁾ Hiervon zu unterscheiden ist die aufschiebende Bedingung; bei dieser wird der Erwerb der Erbschaft an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpft.

¹⁰⁾ Vgl. *Spruzina in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 700 Rz 3.

¹¹⁾ Das System des heutigen römischen Rechts III (1840) 231.

C. Die schwierige Vorhersehbarkeit der Zukunft

Untersucht man, inwieweit Auflage und Bedingung für die Zwecke des Erblassers in den hier interessierenden Konstellationen eingesetzt werden können, sind verschiedene Charakteristika dieser Rechtsinstitute zu vermerken.

Um Bedingung und Auflage in diesen Konstellationen nutzen zu können, bedarf es einer durchaus **vorausschauenden Planung** des Erblassers. Die Tatbestandsvoraussetzungen, an die der Eintritt von Rechtsfolgen geknüpft sein soll, müssen präzise umschrieben werden, um das Risiko von Rechtsunsicherheit möglichst gering zu halten. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen nicht genau umschrieben, besteht zusätzlich die Gefahr, dass sich ein in einem all-fälligen Streitfall angerufener Richter scheut, den Eintritt der Rechtsfolgen auszusprechen, weil die Möglichkeit besteht, dass sie in diesem Sachverhalt doch nicht dem Willen des Erblassers entsprechen.

Eine solche detaillierte Beschreibung wird aber oftmals nicht realisierbar sein. Möchte der Erblasser dem Erben beispielsweise vorschreiben, dass das Vermögen bis zu seinem 27. Geburtstag bestmöglich angelegt werden soll, so wird sich bei vielen vom Erben getroffenen Veranlagungsentscheidungen nicht eindeutig beantworten lassen, ob sie diesem Kriterium entsprechen oder nicht. Der Erblasser selbst wird es schon in seinem eigenen Interesse vermeiden, an solch wenig präzise Bestimmungen drastische Rechtsfolgen wie den Wegfall der letztwilligen Zuwendung zu knüpfen. Kann er die vom Erben geforderten Handlungen nicht präzise umschreiben, wird er es daher unterlassen, sich des Instruments der Auflage oder Bedingung zu bedienen, um seine Vorstellungen auf diese Weise durchzusetzen.

Faktisch würde es nur in wenigen Fällen möglich sein, hinreichend präzise Regelungen aufzustellen. Wer ein Unternehmen vererbt und dem Erben bestimmte Leitlinien vorgeben möchte, wird diese nur auf einer sehr allgemeinen Ebene formulieren können. Konkretere Vorgaben werden daran scheitern, dass sich die jeweiligen konkreten Notwendigkeiten der Unternehmensführung nicht vorhersehen lassen. Gerade im unternehmerischen Bereich bedarf es einer flexiblen Reaktionsmöglichkeit; diese wird durch die Festschreibung fixer Regeln unmöglich gemacht. Es darf daher nicht verwundern, dass Bedingung und Auflage in der Praxis ausschließlich in Zusammenhängen begegnen, in denen dem Erben **eine oder doch sehr wenige Handlungen** vorgeschrieben werden sollen. So war beispielsweise in der E ZBl 1934/198 dem Erben **eine einzige Handlung** aufgetragen, nämlich für eine Feuerbestattung des Erblassers zu sorgen.¹²⁾

¹²⁾ Was er zu tun unterließ; der Antrag des auflageberechtigten Vereins der Freunde der Feuerbestattung „Die Flamme“ wurde abgewiesen, da die Exhumierungskosten für den Erben angesichts der Überschuldung des Nachlasses nicht zumutbar waren und auch die Pietät in den Augen des Höchstgerichts gegen die Exhumierung sprach.

D. Rechtsfolgen des Eintritts der auflösenden Bedingung

Der zweite Punkt betrifft die **Rechtsdurchsetzung**. Hier ist es freilich notwendig, zwischen Bedingung und Auflage zu unterscheiden. Der Eintritt der auflösenden Bedingung führt dazu, dass der Erbe seine Erbenstellung ipso iure verliert; der Nachlass tritt wieder in das Stadium der hereditas iacens.¹³⁾ Dies bedeutet, dass das Erbschaftsverfahren nach dem ursprünglichen Erblasser wieder fortgesetzt wird. In diesem hat der Nacherbe Gelegenheit zur Abgabe der Erbsantrittserklärung. Ihm wird auf Grundlage dieser Erklärung eingewortet.¹⁴⁾ Ob der Substitutionsfall eingetreten ist, wird daher im Außerstreitverfahren durch das Verlassenschaftsgericht selbst entschieden.¹⁵⁾ Diese verfahrensrechtliche Zuordnung bringt für den durch den Eintritt der Bedingung begünstigten Nacherben den **Vorteil der vereinfachten Rechtsdurchsetzung**. Er muss sein Recht nicht im streitigen Verfahren durchsetzen, sondern hat die Möglichkeit der Durchsetzung seines Rechts im günstigeren außerstreitigen Verfahren.

E. Durchsetzung der Auflage

1. Wegfall der Zuwendung

Die Erfüllung der Auflage wird durch zwei verschiedene Rechtsfolgen sanktioniert. Die erste besteht darin, dass der durch die Auflage Belastete die Zuwendung verliert, wenn die Auflage einer auflösenden Bedingung gleichzuhalten ist. In einem solchen Fall stellt die Nichterfüllung der Auflage genau betrachtet eine **auflösende Bedingung** dar. Das würde an sich bedeuten, dass eine so genannte konstruktive Nacherbschaft vorliegt und verfahrensrechtlich genauso wie bei der fideikommissarischen Substitution vorgegangen werden müsste.

Der OGH sieht dies jedoch anders. Er meint in der E 2 Ob 2209/96h, der Verlust der Zuwendung würde erst durch rechtsgestaltende Entscheidung eintreten. Der OGH übernimmt hier die Ausführungen von *Kralik*,¹⁶⁾ der sich seinerseits auf *Gschnitzer*¹⁷⁾ stützt. *Kralik* lehrt, dass zuerst auf Erfüllung geklagt werden müsse und erst sodann eine Klage auf Verlust der Zuwendung erhoben werden könne. Anders als bei einer auflösenden Bedingung trete der Verlust der Zuwendung nicht ipso iure, sondern durch rechtsgestaltende Entscheidung ein.

¹³⁾ *Kralik*, Das Erbrecht (1983) 197.

¹⁴⁾ *Welser in Rummel*³ § 613 Rz 23.

¹⁵⁾ *Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 608 Rz 32.

¹⁶⁾ *Kralik*, Erbrecht 269.

¹⁷⁾ In *Klang*² III (1952) 696.

Dem ist *Christian Rabl*¹⁸⁾ entgegengetreten. Er argumentiert, dass die literarische Unterstützung für die vom OGH vertretene Ansicht letztlich auf einem Fehlzitat bzw einem Missverständnis beruht. Der eo-ipso-Wegfall der Zuwendung bei Nichterfüllung der Auflage war bis zu den Ausführungen *Handls*¹⁹⁾ unstrittig. *Handl* hat die gegenteilige Ansicht vertreten und berief sich dazu auf *Pfaff/Hofmann*.²⁰⁾ Diese vertraten jedoch den ipso-iure-Wegfall und gewährten als Konsequenz daraus dem Nachberufenen einen Herausgabeanspruch gegen den Auflagenbelasteten. *Gschnitzer*²¹⁾ übernahm die Ausführungen *Handls* unkritisch und diente in der Folge als Gewährsmann *Kraliks*²²⁾ und *Ecchers*.²³⁾

In seiner Kritik an der OGH-Entscheidung plädiert *Rabl* dafür, bei Nichterfüllung der Auflage das Verlassenschaftsverfahren wieder zu eröffnen. Nur dann, wenn der Nachberufene als Legatar zum Zug kommt, wäre ein persönlicher Herausgabeanspruch geltend zu machen. *Welser*²⁴⁾ hingegen folgt *Pfaff/Hofmann* in ihrer Beurteilung, wonach es zwar zur ipso-iure-Wirkung der Nichterfüllung der Auflage komme, dem Begünstigten aber als Konsequenz daraus ein persönlicher Herausgabeanspruch gegen den durch die Auflage Belasteten zustehe.

Folgt man der Ansicht des OGH und auch *Welsers*, hat dies die Konsequenz, dass derjenige, der von der Nichterfüllung der Auflage profitiert, **auf den streitigen Rechtsweg verwiesen wird**. Das sich daraus ergebende Kostenrisiko stellt einen die Effizienz der Auflage beeinträchtigenden Faktor dar. Dringt der Kläger mit seiner Klage gegen den Erben nicht durch, muss er nicht bloß die eigenen Kosten tragen, sondern auch die Kosten des Gegners ersetzen. Der Erbe ist hingegen in der günstigeren Position des Beklagten.

2. Anspruch auf Erfüllung der Auflage

Neben diesen Rechten desjenigen, der von der Nichteinhaltung der Auflage profitiert, kommt noch eine zweite Durchsetzungsmöglichkeit in Frage. Die hA²⁵⁾ bejaht ein Klagsrecht auf Erzwingung des auflagenkonformen Verhaltens. Für die Klagbarkeit der Auflage wird ins Treffen geführt, dass es sich um eine **Verpflichtung**²⁶⁾ handle. Eine solche müsse – so der Gedanke – durchsetzbar

¹⁸⁾ Die Nichterfüllung letztwilliger Auflagen, NZ 1998, 97.

¹⁹⁾ In *Klang*¹ II/1 (1935) 534.

²⁰⁾ Commentar II (1877) 617 f.

²¹⁾ In *Klang* III² 696.

²²⁾ Erbrecht 269.

²³⁾ In *Schwimmann*³ § 709 Rz 8.

²⁴⁾ In *Rummel*³ § 709 Rz 10.

²⁵⁾ *Welser* in *Rummel*³ § 709 Rz 5 mit weiteren Nachweisen. Anderer Ansicht *Rabl*, NZ 1998, 101 ff.

²⁶⁾ So *Krainz/Pfaff/Ehrenzweig*, System II⁴ (1907) 643.