



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Die (Ehe-) Wohnung im Verlassenschaftsverfahren“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Konrad Rauchenwald

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2024 / Vienna 2024

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 044

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Familienunternehmen und Vermögensplanung (LL.M.)

Betreut von / Supervisor

Dr. Christoph Mondel, MBL

Abstract:

Diese Arbeit behandelt ausgewählte Aspekte der Wohnung im Verlassenschaftsverfahren. Ziel ist es einen Überblick über die im Alltag als Gerichtskommissär häufig vorkommenden Fragestellungen im Zusammenhang mit der Wohnung im Verlassenschaftsverfahren zu bekommen. Es werden insbesondere die Themengebiete benützen, verwalten und vertreten des ruhenden Nachlasses, Mietwohnung, Eigentumswohnung, Genossenschaftswohnung im Verlassenschaftsverfahren, die Behandlung des gesetzlichen Vorausvermächtnisses sowie die Inventarisierung und Bewertung der Wohnung und der damit in Zusammenhang stehenden Gegenstände und Rechte, beleuchtet. Es werden die einschlägigen gesetzlichen Regelungen betrachtet und versucht deren praktische Anwendung darzustellen. Dabei werden auch in der Lehre strittige Rechtsfragen beleuchtet und versucht den Rechtsanwender für diese Problemfelder zu sensibilisieren damit dahingehend ein Bewusstsein für eine ordnungsgemäße Belehrung geschaffen wird. Umgesetzt werden die theoretischen Ausführungen mit kurzen praktischen Beispielen, die aufzeigen sollen, dass die Praxis dann doch erhebliche Probleme bereitet.

Danksagung:

Zuerst möchte ich Herrn Notar Dr. Christoph Mondel MBL vielmals dafür danken, dass er bereit war die Betreuung meiner Diplomarbeit zu übernehmen. Mir war es sehr wichtig einen Betreuer zu finden, der sich auch in der Praxis mit den in dieser Arbeit behandelten Problemstellungen befasst.

Mein besonderer Dank gilt meinem Ausbildungsnotar Mag. Dieter Wallner und meinem Kollegen Mag. Klaus Pirker, die mir so großzügig entgegengekommen sind und mir die Zeit gegeben haben, um an den Kursen teilzunehmen.

Diesen Universitätslehrgang haben aber auch alle teilnehmenden Kolleginnen und Kollegen ausgemacht. Ihnen danke ich für die schönen Stunden in und nach den Kursen. Die vielen praktischen Fragen, die auch abseits des Hörsaals diskutiert wurden, waren zusätzlich ein großer Mehrwert.

Zuletzt gilt mein größter Dank meiner Familie, meinen Eltern und meiner Partnerin. Ohne sie wäre ich niemals so weit gekommen. Sie haben mich immer unterstützt.

Inhaltsverzeichnis:

I.	Abkürzungsverzeichnis	5
II.	Einleitung	6
III.	Definition der (Ehe-) Wohnung	7
IV.	Überlegungen aus der Sicht als Gerichtskommissär	8
V.	Benützen, verwalten und vertreten des ruhenden Nachlasses	9
	A. Benützen, verwalten und vertreten vor Abgabe von Erbantrittserklärungen	10
	B. Verwaltung und Vertretung durch einen Verlassenschaftskurator	11
	C. Benützen, verwalten und vertreten nachdem Erbantrittserklärungen abgegeben wurden	14
VI.	Die Mietwohnung in der Verlassenschaft	16
	A. Fortbestand des Mietverhältnisses	16
	B. Beendigungsmöglichkeiten	18
	C. Ersatzansprüche	19
	D. Praktisches Problem der Kündigung	20
VII.	Exkurs § 14 MRG	21
	A. Eintrittsrecht des Mieters	21
	B. Eintrittsberechtigte Personen	24
	C. Gemeinsamer Haushalt	24
	D. Dringendes Wohnbedürfnis	26
	E. Praktisches Problem des Eintrittsrechtes	27
VIII.	Exkurs Kautions	28
IX.	Die Genossenschaftswohnung	30

X.	Exkurs Finanzierungsbeitrag	32
A.	Praktisches Problem des Finanzierungsbeitrages in der Verlassenschaft	34
XI.	Die Eigentumswohnung im Verlassenschaftsverfahren	35
XII.	Exkurs § 14 WEG	37
A.	Eigentumsübergang im Todesfall	38
B.	Der Übernahmepreis	39
C.	Lebzeitige Verfügung über den halben Mindestanteil	42
D.	Praktisches Problem des Übernahmepreises	44
XIII.	Das gesetzliche Vorausvermächtnis	46
A.	Vorausvermächtnis des Ehegatten und eingetragenen Partner	47
B.	Der Umfang des Vorausvermächtnisses	49
i.	Bewegliche Sachen des Ehehaushaltes	49
ii.	Nutzungsrecht an der Ehewohnung	50
C.	Vorausvermächtnis des Lebensgefährten	53
D.	Praktisches Problem des Vorausvermächtnisses	55
XIV.	Inventarisierung und Bewertung der Wohnung	56
A.	Der Hausrat	57
B.	Die Mietwohnung	58
C.	Die Eigentumswohnung	58
XV.	Zusammenfassung	60
XVI.	Quellen	62

I. Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AußStrG	Außerstreitgetz
BlgNR	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
ErbRÄG 2015	Erbrechts-Änderungsgesetz 2015
Erg.Ifg	Ergänzungslieferung
EuErbVO	Europäische Erbrechtsverordnung
f	folgende
GKG	Gerichtskommissärsgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
idF	in der Fassung
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JAB	Justizausschussbericht
K-WBFG	Kärntner Wohnbauförderungsgesetz 2017
lit	littera
MRG	Mietrechtsgesetz
OGH	Oberster Gerichtshof
PKW	Personenkraftwagen
u. a.	unter anderem
vgl	vergleiche
WEG	Wohnungseigentumsgesetz 2002
WGG	Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz
WWFSG	Wiener Wohnbauförderungs- und Wohnhaussanierungsgesetz
Z	Ziffer
z.B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung

II. Einleitung

Es ist eine Besonderheit des österreichischen Rechtes, dass die Rechte und Verbindlichkeiten einer verstorbenen Person nicht unmittelbar mit dem Tod an die Erben übergehen. ⁽¹⁾ Die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen bilden, soweit sie nicht höchstpersönlicher Art sind, dessen Verlassenschaft. ⁽²⁾ Das Verlassenschaftsverfahren wird von Amtswegen eingeleitet, sobald ein Todesfall durch eine öffentliche Urkunde oder sonst auf unzweifelhafte Weise bekannt wird. Die Zuständigkeit der österreichischen Gerichte zur Durchführung eines Verlassenschaftsverfahrens und zur Anwendung österreichischen Rechts ist nach den Bestimmungen der EuErbVO zu prüfen. ⁽³⁾ Materiellrechtlich ist das Erbrecht insbesondere im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch normiert und findet sich das dazugehörige Verfahrensrecht überwiegend im Außerstreitgesetz. Es gibt jedoch insbesondere für die (Ehe-)Wohnung sehr viele Spezialnormen, die in das generelle Erbrecht eingreifen und das rechtliche Schicksal einer Wohnung abweichend von dem des übrigen ruhenden Nachlasses regeln. Das geht so weit, dass selbst dann, wenn weder Österreich für das Verlassenschaftsverfahren zuständig ist noch österreichisches Recht im Verfahren anzuwenden ist, dennoch in bestimmten Fällen auf Grund der Bestimmungen des Artikel 30 EuErbVO bei Eigentumswohnungen das österreichische Wohnungseigentumsgesetz für deren rechtliches Schicksal maßgeblich ist. ⁽⁴⁾ Grund dafür ist die wesentliche Bedeutung der Wohnung sowohl in finanzieller Sicht als auch aus dem emotionalen, familiären Standpunkt. Diese Interessen stehen naturgemäß nicht immer im Einklang miteinander, sondern können in vielen Fällen auch vollkommen unterschiedlich sein. Dies tritt besonders dann zu Tage, wenn die Wohnung nicht im Eigentum der verstorbenen Person stand und nur geringes Vermögen im Nachlass vorhanden ist oder aber auch dann, wenn es Erbberechtigte bzw. Pflichtteilsberechtigte gibt, die kein Interesse am Erhalt der Wohnung haben. Ziel dieser Arbeit ist es, auf diese, die (Ehe-)Wohnung betreffende, Besonderheiten einzugehen.

¹ Verweijen, Handbuch Verlassenschaftsverfahren³ I. Überblick

² siehe § 531 ABGB

³ Schatzl/Spruzina in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG Band I² § 143 AußStrG, Rz 2f und 5

⁴ Krist, Unterliegt die Anwachsung nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG der EuErbVO? NZ 2016/126; Schwartz in Deixler-Hübner/Schauer, EuErbVO-Kommentar² Art 30, S 365f

III. Definition der (Ehe-) Wohnung

Vorweg stellt sich die Frage, was eigentlich mit Wohnung gemeint ist. Dazu findet man in der Rechtsordnung verschiedene Definitionen. Eine davon findet sich im Wohnungseigentumsgesetz im § 2 Abs 2 2. Satz. Laut dieser Bestimmung ist eine Wohnung ein baulich abgeschlossener, nach der Verkehrsauffassung selbständiger Teil eines Gebäudes, der nach seiner Art und Größe geeignet ist, der Befriedigung eines individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen.

Diese Definition ist eine in der Praxis entwickelte und dann vom Gesetzgeber übernommene Beschreibung, die jedoch sehr viel Spielraum für die örtlichen Verschiedenheiten und auch die zeitlich bzw. technische Entwicklung im Wohnbau lässt. (5) Dabei bedeutet „baulich abgeschlossen“, dass alle Räume im inneren miteinander in Verbindung stehen und es nach Außen klare Trennungen zu anderen Wohnungseigentumsobjekten, Zubehör oder Allgemeinflächen gibt. Es muss eine bauliche Abgeschlossenheit nach allen Seiten gegeben sein. Dabei handelt es sich zumeist um bauliche Trennungen und Türen die ihrem Zwecke nach als Außentüren gedacht sind. Ein räumlich getrennter Teil kann nicht der Wohnung selbst zugeordnet werden, sondern unter Umständen Zubehör der Wohnung sein. (6)

Selbstständig ist die Wohnung, bzw. sind Teile der Wohnung, wenn sie von anderen Miteigentümern der Liegenschaft nicht benutzt werden müssen. Es muss den Räumen oder Gebäuden selbstständige wirtschaftliche Bedeutung zukommen. (7) Das Gesetz spricht vom selbstständigen Teil eines Gebäudes. Es kann aber auch ein Einfamilienhaus oder ein Reihenhaus eine Wohnung darstellen. (8)

Zuletzt stellt das Wohnungseigentumsgesetz in seiner Definition der Wohnung noch darauf ab, dass sie nach Art und Größe geeignet ist der Befriedigung eines individuellen Wohnbedürfnisses von Menschen zu dienen. Zu beachten ist, dass man mit

⁵ *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 2 WEG, Rz 9ff

⁶ *Illedits* in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 2 WEG, Rz 7f; *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg.), GeKo Wohnrecht II § 2 WEG, Rz 8ff

⁷ RIS-Justiz RS0082876

⁸ *Ofner* in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg.), GeKo Wohnrecht II § 2 WEG, Rz 13; *Kothbauer* in *Artner/Kohlmaier*, Praxishandbuch Immobilienrecht⁴, 7.2. Wohnungseigentumsobjekte und deren Zubehör, Unterkapitel 7.2.2

dieser Definition den Standard sehr nieder ansetzt und nach oben fast keine Grenzen gesetzt sind. Es kommt wohl auf eine objektive Beurteilung an, die aber wohl auch örtlich unterschiedlich ausfallen kann. (⁹)

Weder im Mietrechtsgesetz noch im davor in Geltung stehenden Mietengesetz findet sich eine Definition des Wohnungsgrundbegriffes. Der Oberste Gerichtshof stellt in seiner ständigen Judikatur auf den allgemeinen Sprachgebrauch, auf die Verkehrsauffassung und auf die Bauvorschriften ab. Er übernimmt auch für die Mietrechtentscheidungen die im § 2 Abs 2 2. Satz WEG kodifizierte Definition der Wohnung. (¹⁰)

IV. Überlegungen aus der Sicht als Gerichtskommissär

Die rechtlichen Auswirkungen des Ablebens auf die wohnrechtliche Situation treten unmittelbar mit dem Zeitpunkt des Todes ein. Der Todestag ist, wie sich noch zeigen wird, ein wesentlicher Zeitpunkt für den Lauf von Fristen. Dies gilt auch für die Tragung von Kosten, Steuern und Gebühren. Schon direkt mit dem Ableben stellt sich vor allem für die Angehörigen die Frage wie sie sich zu verhalten haben. Es macht rechtlich einen sehr großen Unterschied, ob es sich um ein Wohnhaus im Allein- oder Miteigentum des Verstorbenen, eine Eigentumswohnung, an der eine Eigentümerpartnerschaft bestand oder eine Mietwohnung des Verstorbenen handelt. Wenn feststeht, dass es sich um eine Mietwohnung handelt, muss man beachten, ob sie dem Anwendungsbereich des ABGB unterliegt, dem MRG oder sogar dem WGG.

Der Umgang mit der Wohnung eines Verstorbenen bereitet dem Gerichtskommissär in vielfacher Hinsicht Probleme. Er steht im Spannungsverhältnis zwischen einerseits der Verpflichtung zur Anleitung und Belehrung gemäß § 9 Abs. 5 GKG iVm § 14 AußStrG und andererseits der Tatsache, dass er oft erst Wochen später von einem Todesfall informiert wird und in der Zwischenzeit bereits Fristen abgelaufen sind oder eigenmächtig gehandelt wurde. In einer so tragischen Situation wie dem Tod einer nahestehenden Person führt der erste Weg üblicherweise nicht zu einem

^⁹ Hausmann in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 2 WEG, Rz 12
^{¹⁰} RIS-Justiz RS0079355

Rechtsberater. Zumeist erfolgt die erste Information über die rechtlichen Konsequenzen eines Todesfalles im Zuge der Todesfallaufnahme. Gerade über solche auch mit Haftungen bzw. Kosten verbundenen Rechtswirkungen wie das Eintrittsrecht im § 14 Abs 2 MRG kommt eine Information im Rahmen der Todesfallaufnahme aber regelmäßig zu spät.

V. Benützen, verwalten und vertreten des ruhenden Nachlasses

Mit dem Tod gehen sämtliche Rechte und Pflichten der verstorbenen Person, soweit sie nicht höchstpersönlich sind, zuerst auf den ruhenden Nachlass und erst nach Einantwortung auf dessen Erben als Gesamtrechtsnachfolger über (§797 ABGB). Im Fall des Unterbleibens der Abhandlung nach § 153 AußStrG oder der Überlassung an Zahlungs statt nach § 154 AußStrG gibt es keine Gesamtrechtsnachfolge. In diesen Fällen bleibt die ruhende Verlassenschaft bestehen. Die Ermächtigung im Falle des Unterbleibens der Abhandlung und der Überlassungsbeschluss bei der Überlassung an Zahlungs statt bilden jeweils den Titel zum Eigentumserwerb an den gerichtlich zugesprochenen Gegenständen (§ 798 ABGB). Der Modus zum Erwerb dieser einzelnen Gegenstände ist die Übergabe bzw. Übernahme dieser Gegenstände (¹¹)

Es stellt sich also die Frage, wer in der Zeit nach dem Ableben des Verstorbenen und vor Einantwortung die Verlassenschaft benützen, verwalten und vertreten darf. Um diese Frage zu beantworten, muss man sich zwei Stadien des Verlassenschaftsverfahrens näher ansehen.

Zuerst das Stadium vor Abgabe von Erbantrittserklärung und hinreichendem Ausweis, dass das Erbrecht tatsächlich zusteht (im Folgenden erstes Stadium) und danach den Fall nach Abgabe der Erbantrittserklärungen und hinreichendem Ausweis des Erbrechtes, sofern keine anderslautende Anordnung des Verlassenschaftsgerichtes erfolgt (im Folgenden zweites Stadium).

^{¹¹} Mondel, Aus der Erbrechtspraxis des Dr. M., iFamZ 2015, S 76; 76; Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{¹,02} § 798 ABGB, Rz 1ff

A. Benutzen, verwalten und vertreten vor Abgabe von Erbantrittserklärungen

Das erste Stadium ist für jede anfallende Verlassenschaft relevant und das zweite Stadium in den allermeisten Fällen nur dann, wenn es nicht zu einem Unterbleiben der Abhandlung oder einer Überlassung an Zahlung statt kommt. Üblicherweise werden bei Vermögenswerten unter der Grenze von € 5.000,-- (§ 153 AußStrG) oder bei einer überschuldeten Verlassenschaft (§ 154 AußStrG) keine Erbantrittserklärungen abgegeben.

Im ersten Stadium ergibt sich ein Problem, wenn die Wohnung des Verstorbenen von Personen, die ein dringendes Wohnungsbedürfnis haben bewohnt wird und von diesen weiter benutzt werden muss. Dies würde aber dem Wortlaut des § 810 ABGB widersprechen. Die Benutzung der Verlassenschaft sieht den Vermächtnisnehmern nicht zu. Das Vorausvermächtnis kann zwar gegen die Verlassenschaft geltend gemacht werden, diese muss aber vertreten sein. (12)

Für die Familie im engeren Sinn, welche nach der Judikatur des OGH (13) Ehegatten und deren Kinder umfasst begründet sich in Hinblick auf die bestehende Unterhaltsverpflichtung ein rein familienrechtliches Wohnverhältnis. Auch wenn keine Verpflichtung besteht, anderen Familienangehörigen Wohnung zu geben kann sich aus dem natürlichen Zusammengehörigkeitsgefühl unter Familienangehörigen eine tatsächliche Benützungsgewährung, die rechtlich nicht geregelt ist, ergeben. Ob allenfalls sogar ein schlüssig eingeräumtes Wohnrecht und somit ein auch gegen den (zukünftigen) Erben durchsetzbares Recht besteht ist unter Familienmitgliedern im Einzelfall zu prüfen. Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen. (14)

Auch die konkludente Begründung eines Bestandsverhältnisses zu Lebzeiten des Verstorbenen setzt zumindest eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung voraus. Dazu reicht es jedenfalls nicht aus, dass finanziell zur Wohnversorgung beigetragen

¹² OGH 5 Ob 134/12k; Nemeth in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ zu § 810 ABGB, Rz 2

¹³ RIS-Justiz RS0019062 und RS0020503

¹⁴ OGH 4Ob136/16b

wird, sondern muss eine solche Zahlung auf einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung beruhen. (15)

Darüber hinaus besteht im ersten Stadium jedenfalls kein Recht der potenziellen Erben das Verlassenschaftsvermögen zu benutzen, zu verwalten und die Verlassenschaft zu vertreten. Auch der Gerichtskommissär ist keinesfalls Vertreter der ruhenden Verlassenschaft. Er kann weder selbst über das Verlassenschaftsvermögen verfügen noch Ermächtigungen die über die Freigabe der Kosten eines einfachen Begegnisses (§ 148 AußStrG) hinaus gehen, erteilen. In diesem Zusammenhang sollte insbesondere die Bestimmungen des § 147 Abs 3 AußStrG – Verbot der Verfügung über Verlassenschaftsvermögen durch Dritte - und des § 797 ABGB – Verbot einer Erbschaft eigenmächtig in Besitz zu nehmen - beachtet werden, da es regelmäßig vorkommt, dass Angehörige Wertgegenstände aus der Wohnung an sich nehmen.

Besonders in diesem ersten Stadium hat der Gerichtskommissär, wenn in vielen Fällen noch kein weiteres Vermögen des Verstorbenen bekannt ist, seine Befugnisse nach § 146 Abs 1 AußStrG zu nutzen und eine Wohnungsöffnung vorzunehmen. Soweit die Angehörigen, z.B. im Rahmen der Todesfallaufnahme, keine Auskünfte geben können, diese unklar oder gar widersprüchlich sind, ist abzuklären ob Vermögenswerte in der Wohnung des Verstorbenen verwahrt sind. Wenn Vermögenswerte aufgefunden werden, sollten diese im Zweifel vom Gerichtskommissär in Verwahrung genommen werden, sofern der Verbleib in der Wohnung und deren Versperren keine ausreichende Sicherungsmaßnahme darstellen. Dies ist im Einzelfall zu entscheiden.

B. Verwaltung und Vertretung durch einen Verlassenschaftskurator

Um Verwaltungs- und Vertretungshandlungen hinsichtlich der Wohnung vornehmen zu können, bevor die Voraussetzungen des § 810 ABGB erfüllt sind, und somit der ruhende Nachlass unvertreten ist, ist die Bestellung eines Verlassenschaftskurators

¹⁵ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1090 ABGB, Rz 34

erforderlich. Je dringender die Verwaltungs- und Vertretungshandlungen sind, umso früher wird ein Verlassenschaftskurator zu bestellen sein. (16)

Der Verlassenschaftskurator hat zu beachten, dass seine Rechte nicht so weit reichen wie die der Erben nach § 810 ABGB. Sie sind im Bestellungsbeschluss vorgegeben. Besonders bei den regelmäßig vorkommenden Veräußerungen von Liegenschaftsvermögen durch den Verlassenschaftskurator hat dieser so gut wie möglich die präsumtiven Erben einzubeziehen und diesen die Möglichkeit zu geben zu den Verwertungshandlungen Stellung zu nehmen. (17)

Die Verwertungshandlungen müssen jedenfalls zum offensichtlichen Vorteil der Verlassenschaft sein. Der Maßstab für den Verlassenschaftskurator ist dafür die Bestimmung des § 167 Abs 3 ABGB, welche die pflegschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht von Vermögensangelegenheiten die nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb bei minderjährigen Kindern regelt. (18) Eine Genehmigung ist danach nur möglich, wenn die Handlung im Interesse der Verlassenschaft ist. (19)

Der Anwendung der Bestimmungen des § 167 Abs 3 ABGB widerspricht mit überzeugenden Argumenten *Mondel* (20), da das Pflegschaftsgericht lediglich überprüfen muss, ob die Rechtshandlung vom Kuratorenbestellungsbeschluss gedeckt ist und nicht offenbar nachteilig für die Verlassenschaft ist. Auch was die Kündigung und Rückstellung von nachlasszugehörigen Mietwohnungen durch den Verlassenschaftskurator betrifft, ist zu prüfen ob diese Handlungen zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören oder nicht. Dazu gibt es in der Lehre unterschiedliche Ansichten ein Teil der Lehre spricht sich für eine Genehmigungspflicht der Aufgabe von Mietrechten aus (z.B. *Ferrari, Welser und dagegen sprechen A. Tschugguel, Spitzer, Mondel*) (21)

¹⁶ *Mondel*, Das Recht der Kuratoren³ Kap 11, Rz 11.18

¹⁷ *Spruzina* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 810 ABGB, Rz 12

¹⁸ *Mokrejs-Weinhappel* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB⁴ § 167 ABGB, Rz 31

¹⁹ OGH 2 Ob 45/15d

²⁰ *Mondel*, Die gerichtliche Zustimmung zum Verkauf einer Liegenschaft durch den Verlassenschaftskurator, Glosse zu 2 Ob 45/15d, iFamZ 2016/37, S 42 und Umfang der Vertretungsbefugnis des Verlassenschaftskurators, Glosse zu 1 Ob 245/12d, iFamZ 2014/68, S 85

²¹ Für eine Genehmigungspflicht:

Es ist nicht maßgeblich wie hoch das Verlassenschaftsvermögen ist, um eine Bestellung eines Verlassenschaftskurators zu rechtfertigen. Es geht darum Schäden von der Verlassenschaft abzuwenden. Gerade in den Fällen wo dringende Verwaltungs- und Vertretungshandlungen zu setzen sind hat der Gerichtskommissär möglichst einzugreifen und darauf hinzuwirken, dass ein Verlassenschaftskurator bestellt wird, sofern nicht die potenziellen Erben einvernehmlich eigenmächtig, aber ohne gesetzliche Grundlage, tätig werden oder Erbantrittserklärungen abgeben und daher dann selbst handeln können. In besonders dringenden Fällen sollte das Gericht dem Beschluss über die Bestellung des Verlassenschaftskurators vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit gemäß § 44 AußStrG zuerkennen. (22)

Schon im Zuge der Todesfallaufnahme, die ja zumeist den ersten Kontakt mit den Angehörigen darstellt, sollte der Gerichtskommissär sich ein Bild über die Situation des ruhenden Nachlasses machen. In sehr vielen Fällen ist schon zu diesem frühen Zeitpunkt absehbar, wie das Verlassenschaftsverfahren weitergehen wird und sollte dafür Sorge getragen werden, dass keine unnötigen Kosten entstehen. Hier sollte der Gerichtskommissär mit besonderem Fingerspitzengefühl vorgehen und ausloten, ob ein gemeinsames Vorgehen aller potenziellen Erben möglich ist. Es ist jedenfalls sinnvoll auch Vermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigte einzubeziehen. Wenn es Einvernehmen unter den Beteiligten gibt, sind sehr viele Verwaltungs- und Vertretungshandlungen auch ohne bestellten Verlassenschaftskurator durchführbar. Allenfalls kann auch ein Beteiligter, der das Vertrauen der anderen Beteiligten genießen sollte, zum Verlassenschaftskurator bestellt werden. Dabei hat der Gerichtskommissär einen Laien, der die Funktion des Verlassenschaftskurators übernimmt, jedoch besonders über allfällige Haftungsrisiken und Genehmigungserfordernisse zu belehren. Sofern komplexere Sachverhalte vorliegen, sollte jedenfalls eine Person mit praktischer Erfahrung bestellt werden. Aber auch dann, wenn keine potenziellen Erben bekannt sind oder diese nicht zeitnah beigezogen werden können, gibt es die in

*Ferrari in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht*² Kap 12, Rz 12.81; *Welser, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB, Rz 11*
Gegen eine Genehmigungspflicht:

A Tschugguel, Rückgabe einer nachlasszugehörigen Mietwohnung genehmigungsbedürftig? Glosse zu LGZ Graz 5 R 11/13v, EF-Z 2014/24, S 37f; Mondel, Die praktische Handhabung der Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses, NZ 2006/54, Kapitel I.

²² *Entleitner, Benützung, Verwaltung und Vertretung der Verlassenschaft bei Uneinigkeit der Erben, NZ 2021/106, S 397*

der Praxis relevante Möglichkeit auf Antrag eines Gläubigers, zum Beispiel der Person, die die Begräbniskosten bezahlt hat, nach § 811 ABGB die Bestellung eines Kurators vornehmen zu lassen.

Wie *Mondel* (23) zutreffend schreibt, wäre die Bestellung eines Verlassenschaftskurators nach § 811 ABGB eingeschränkt auf den Wirkungsbereich der Vertretung des ruhenden Nachlasses ausschließlich gegenüber dem Gläubiger vorzunehmen. Üblicherweise wird jedoch auch über Antrag eines Gläubigers ein Verlassenschaftskurator mit umfassendem Vertretungsrecht bestellt. Zu beachten ist jedenfalls, dass der Kuratorenbestellungsbeschluss den Wirkungsbereich für die Verwaltung und Vertretung vorgibt. Es ist empfehlenswert diesen möglichst – was den Wirkungsbereich betrifft – vorausschauend zu beantragen und insbesondere die jedenfalls erforderlichen Verwaltungs- und Vertretungshandlungen (Kündigung und Rückgabe der Wohnung, Veräußerung von Liegenschaftsvermögen etc.) anzuführen.

In der Praxis sind die Fälle der Kündigung und Rückstellung von Mietwohnungen besonders häufig. Weiterer sehr häufiger Fall ist das Erfordernis Liegenschaftsvermögen, das im Eigentum des Verstorbenen stand zu versichern und zu verwalten. Im Bereich der Verwaltung gibt es ein besonders weites Betätigungsfeld, von der Entsorgung von Lebensmittel, bis zur Wintersicherung der Immobilie.

C. Benutzen, verwalten und vertreten nachdem Erbantrittserklärungen abgeben wurden

Wenn der potenzielle Erbe die Erbschaft angenommen hat, sein Erbrecht ausgewiesen wurde und das Verlassenschaftsgericht nichts anderes anordnet, so kann er das Verlassenschaftsvermögen benutzen, verwalten und die Verlassenschaft vertreten. Sofern kein Verlassenschaftskurator bestellt ist. Im Gegensatz zum Verlassenschaftskurator, dessen Berechtigung im Bestellungsbeschluss beschrieben und auch

²³ *Mondel*, Das Recht der Kuratoren³ Kap 11, Rz 11.93

eingeschränkt sein kann, bezieht sich das Recht des erbantrittserklärten Erbens immer auf die ganze Verlassenschaft. (24)

Somit ist er, oder bei mehreren erbantrittserklärten Erben, die die Voraussetzungen erfüllen, diese gemeinsam, berechtigt für die Verlassenschaft rechtswirksame Handlungen zu setzen. Diese Rechte kommen dem erbantrittserklärten Erben in diesem zweiten Stadium *ex lege* zu. Zum Nachweis gegenüber Dritten, z.B. Vermietern, kann der erbantrittserklärte Erbe im zweiten Stadium vom Gerichtskommissär die Ausstellung einer Amtsbestätigung nach § 172 AußStrG verlangen. Diese Amtsbestätigung hat jedoch nur deklarative Bedeutung. Auch ohne Ausstellung dieser Amtsbestätigung besteht das Recht den ruhenden Nachlass zu benützen, zu verwalten und zu vertreten. (25)

Der Gerichtskommissär sollte eine solche Amtsbestätigung erst ausstellen, wenn Erbantrittserklärungen zum gesamten Nachlass vorliegen. Erst zu diesem Zeitpunkt kann er sich nämlich einen Überblick verschaffen, wer berechtigt ist die Verlassenschaft zu vertreten. (26)

Zu beachten ist, dass der gemäß § 810 ABGB vertretungsbefugte Erbe für Verwaltungs- und Vertretungshandlungen, wenn sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören und nicht Erbantrittserklärungen zur gesamten Verlassenschaft abgegeben wurden oder bei Veräußerungen von Gegenständen aus dem Verlassenschaftsvermögen, wenn sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, die Genehmigung des Verlassenschaftsgerichtes benötigt.

In vielen Fällen ist es empfehlenswert, wenn im zweiten Stadium mehrere erbantrittserklärte Erben vorhanden sind, diese darüber zu belehren, bzw. anzuleiten, dass es die Möglichkeit gibt die grundsätzlich gemeinsam auszuübende Vertretung nach § 810 ABGB auch anderes zu vereinbaren. (27)

²⁴ Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 810 ABGB, Rz 2

²⁵ Welser, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB, Rz 1

²⁶ Mondel, Die praktische Handhabung der Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses, NZ 2006/54, Kapitel F

²⁷ Sailer in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 171 AußStrG, Rz. 2

Entsprechend den Bestimmungen des § 171 AußStrG und abweichend vom Grundsatz des § 833 ABGB könnte z.B. festgelegt werden, dass alle beteiligten einzeln vertreten können oder, dass nur einer Person das Vertretungsrecht zukommen soll. Ausschließungsgründe für die Benützung, Verwaltung und Vertretung des ruhenden Nachlasses im zweiten Stadium sind - wenn mehrere Erben die Voraussetzungen erfüllen – widerstreitende Erbantrittserklärungen oder Uneinigkeit über die auszubügenden Rechte. In diesen Fällen ist nach § 173 AußStrG erforderlichenfalls ein Verlassenschaftskurator zu bestellen. (28)

Mit späterer Bestellung eines Verlassenschaftskurators endet das Vertretungsrecht der präsumtiven oder erbantrittserklärten Erben. (29)

VI. Die Mietwohnung in der Verlassenschaft

A. Fortbestand des Mietverhältnisses

Durch den Tod eines der vertragschließenden Teile wird der Bestandvertrag nicht aufgehoben. Es besteht jedoch ein Sonderkündigungsrecht im Todesfall.

Vorweg ist zu sagen, dass diese im § 1116a ABGB aufgenommene Bestimmung sich auf Bestandsverträge generell bezieht und die im Mietrechtsgesetz getroffenen Regelungen des § 14 MRG die *lex specialis* für die dem Mietrechtsgesetz unterliegenden Wohnungen darstellt.

Das Bestandrecht bildet ein vererbliches Vermögensrecht, das zunächst mit der Verlassenschaft nach der verstorbenen Vertragspartei und nach Einantwortung mit den Erben fortgesetzt wird. (30)

Bei den Bestimmungen des § 1116a ABGB handelt es sich um Regelungen einer Gesamtrechtsnachfolge. Diese betrifft sowohl die Bestandgeber als auch die

²⁸ Ferrari in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² Kap 12, Rz 12.75

²⁹ OGH 4 Ob 238/13y, 4 Ob 237/13a, 4 Ob 236/13d; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 810 ABGB, Rz 25 und 31; *Spitzer*, Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses (§ 810 ABGB neu), NZ 2006/8

³⁰ Riss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1116 a, Rz 1

Bestandnehmerseite. Es müssen keine weiteren Schritte gesetzt werden, insbesondere kein neuer Vertrag abgeschlossen werden. (31)

Durch die Gesamtrechtsnachfolge kommt es zu einem Volleintritt in den Bestandvertrag, sodass den Gesamtrechtsnachfolgern die gleichen Rechte und Pflichten wie dem Erblasser zukommen. Eine Ausnahme besteht allerdings für Wohnungsmieten insofern, als § 1116a Satz 2 ABGB anlässlich des Todes des Mieters ein beiderseitiges besonderes Kündigungsrecht vorsieht. (32)

Auch befristete Bestand-, Unterbestandverhältnisse und Mitmietrechte sind vererblich, weshalb es bei den zuletzt Genannten nicht etwa zur Mietrechtsanwachsung an den überlebenden Mitmieter, sondern zunächst zum Eintritt des ruhenden Nachlasses des verstorbenen Mitmieters kommt. § 1116a ABGB findet allerdings keine Anwendung auf die Dienstbarkeit der Wohnung und auf außerhalb von Bestandverträgen eingeräumte Nutzungsrechte. (33)

Der Eintritt der Erben erfolgt mit rechtskräftiger Einantwortung. Vor Einantwortung ist der ruhende Nachlass der Mieter und danach sind es die eingearbeiteten Erben. (34)

Sofern mehrere Erben vorhanden sind, treten diese alle als Mitbestandsgeber bzw. Mitbestandsnehmer ein. Wird ein Erbteilungsübereinkommen abgeschlossen, gemäß dem nicht alle Erben in das Bestandsrecht eintreten, bedarf es der Zustimmung des Bestandgebers. (35)

Nur für den Erben als Gesamtrechtsnachfolger ist der § 1116a ABGB anwendbar. Dies gilt nicht für die Fälle der Einzelrechtsnachfolge. Wenn das Bestandsrecht des Bestandsnehmers z.B. als Vermächtnis übertragen wurde, so sind die Bestimmungen über die Veräußerung des Mietobjektes heranzuziehen (§1120 ABGB). Im Falle

³¹ Aichberger-Beig in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 7 Mietrecht, Rz 1ff

³² Binder/Pesek in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ zu § 1116a ABGB, Rz 2

³³ Binder/Pesek in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ zu § 1116a ABGB, Rz 3

³⁴ OGH 5 Ob 65/87; MietSlg 39.156; Prader, Manz Wohnrecht, MRG 6.02 § 1116a ABGB, E 4

³⁵ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1116a für den Tod des Bestandgebers, Rz 15

des Eintritts auf Mieterseite durch den Einzelrechtsnachfolger bedarf dies der Zustimmung des Bestandsgebers. (36)

Bei der Einzelrechtsnachfolge geht das Bestandsrecht zuerst auf den ruhenden Nachlass über. Der ruhende Nachlass durch seine Vertreter hat sich um die Genehmigung des Bestandgebers zum Vertragsabschluss zu kümmern und das Bestandsrecht dem Einzelrechtnachfolger zu übertragen. (37)

Bei geringem Nachlassvermögen oder Überlassung an Zahlung statt handelt es sich um Formen der Einzelrechtsnachfolge und bildet nach §798 ABGB die gerichtlich erteilte Ermächtigung oder der Überlassungsbeschluss den Titel zum Erwerb. Es bedarf jedoch zusätzlich eines Modus, um Eigentum zu erwerben. Werden Bestandrechte nicht übertragen, weil Titel und/ oder Modus fehlen, bleiben sie beim ruhenden Nachlass. (38)

B. Beendigungsmöglichkeiten

Sowohl bei Mietverträgen die dem ABGB unterliegen als auch bei solchen im Anwendungsbereich dem MRG haben die Vertragsteile ein Kündigungsrecht aus besonderem Anlass iSd § 1116a ABGB bzw. § 30 Abs 2 Z 5. MRG. Unabhängig von einer vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist (soweit diese nicht explizit die Bestimmung des § 1116 ABGB abändern will) gilt die gesetzliche Kündigungsfrist. Diese beträgt gemäß § 560 ZPO bei Mietverträgen deren Mietzins in monatlichen oder kürzeren Abständen zu bezahlen ist ein Monat und sonst drei Monate. Kündigungstermin ist der Monatsletzte. (39)

Es muss aber nicht der nächstmögliche Kündigungstermin gewählt werden. Auch ein späterer Kündigungstermin wahrt die Begünstigung des § 1116a Satz 2 ABGB. (40)

³⁶ OGH 2 Ob 65/12s, Das Bestandrecht als vererbliches Vermögen, EF-Z 2013/121; RIS-Justiz RS0021196

³⁷ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1116a, Rz 6

³⁸ Binder/Pesek in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ zu § 1116a ABGB, Rz 7f

³⁹ Pesek in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ zu § 1116, Rz 30

⁴⁰ OGH 6 Ob 19/08z, Kündigung nach dem Tod eines Bestandvertragspartners, wobl 2009/111

Eine Räumungsklage gegen die Erben oder andere Mitbewohner, die ihr Benützungsrecht vom verstorbenen Mieter ableiten, ist erst zulässig, nachdem die Kündigung gegenüber der Verlassenschaft oder den Erben unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist erfolgte. (41)

Die Bestimmungen des § 1116a 1. Satz ABGB sind dispositiv und können vertraglich abgeändert werden. (42)

Zu beachten ist, dass auch ein vereinbarter Verzicht auf das gesetzliche Kündigungsrecht nach § 1116a ABGB jedenfalls auch den Erben des Bestandgebers bindet, es sei denn, dieser kann beweisen, dass er nur für den Bestandgeber der den Vertrag abgeschlossen hat und nicht für dessen Rechtsnachfolger wirksam sein soll. (43)

C. Ersatzansprüche

Im Zuge der Beendigung des Mietverhältnisses bei Wohnungen im VOLLANWENDUNGSBEREICH wird neben den in der Wohnung aufgetretenen Schäden, für die Ersatz zu leisten ist, auch zu prüfen sein, ob allenfalls ein im § 10 MRG geregelter Ersatzanspruch für wesentliche Verbesserungen die in den letzten zwanzig Jahren vor Beendigung des Mietverhältnisses gemacht wurden, besteht. Sofern das Mietverhältnis nicht dem VOLLANWENDUNGSBEREICH des MRGs unterliegt oder gewisse Ansprüche nicht von § 10 MRG umfasst sind, sind die Ersatzansprüche nach § 1097 iVm §§ 1036 f ABGB zu prüfen. (44)

Zu beachten ist, dass die Ersatzansprüche für nützliche Verbesserungen nach §§ 1097 iVm 1037 ABGB dispositiv sind. Jene Ansprüche nach §§ 1097 ABGB iVm 1036 ABGB aus notwendigen Aufwendungen die dem Bestandgeber zwingend obliegen sind vertraglich nur ausschließbar soweit eine von § 1096 ABGB abweichende Instandhaltungsregel vereinbart werden könnte. (45)

⁴¹ Binder/Pesek in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar4 zu § 1116a ABGB

⁴² Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1116a ABGB Rz 3; OGH 7 Ob 769/78

⁴³ Lovrek in Rummel/Lukas, ABGB4 § 1116a ABGB, Rz 12

⁴⁴ Pletzer in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht I § 10 MRG, Rz 1f und 5f

⁴⁵ Kothbauer, Investitionskostenersatz für Mieter, immolex 2011, 256, S 256; OGH 2Ob 40/01y.

Die Bestimmung des § 10 MRG ist zu Gunsten des Mieters einseitig zwingend und ist ein Vorausverzicht nicht zulässig. (46)

Jedenfalls ist die sehr kurze Frist von 14 Tagen gemäß § 10 Abs 4 MRG zu beachten, innerhalb der der Ersatzanspruch schriftlich, unter Angabe der Art der Investition, der Bezifferung der Höhe des Anspruchs und der Vorlage der Rechnungen, geltend gemacht werden muss.

D. Praktisches Problem der Kündigung:

Sachverhalt:

Es verstirbt der Mieter einer Mietwohnung. Es gibt keine eintrittsberechtigten Personen nach § 14 MRG und soll das Mietverhältnis beendet werden. In Hinblick auf die Vermögenssituation ist nicht davon auszugehen, dass Erbantrittserklärungen abgegeben werden.

Überlegungen:

Diese in der Praxis sehr häufige Situation ergibt sich in den meisten Verlassenschaften in denen kein, oder nur sehr geringes Vermögen vorhanden ist. Das Problem ist, dass es keine Vertretung der Verlassenschaft gibt, bevor die Voraussetzungen des § 810 ABGB erfüllt sind. Somit kann das Mietverhältnis nicht gekündigt bzw. die Räumung der Mietwohnung veranlasst werden, andererseits kann auch keine Kündigung empfangen werden. Vielfach kann durch einvernehmliches Vorgehen von Vermieter und den Angehörigen des verstorbenen Mieters eine Auflösung des Mietverhältnisses, ohne korrekter rechtlicher Legitimation, erfolgen. Wichtig ist, dass auf Seite des Verstorbenen alle potentiellen Erben und Pflichtteilsberechtigten eingebunden werden um spätere Streitigkeiten zu vermeiden.

Wenn dies nicht möglich ist, da eine Seite nicht dazu bereit ist oder nicht alle Beteiligten kurzfristig einbezogen werden können, so ist die Bestellung eines Verlassenschaftskurators notwendig. Da die Kündigung und Rückgabe der Wohnung jedenfalls dazu dient den erheblichen Nachteil der fortlaufenden Mietzinszahlungen abzuwenden, ist meiner Meinung nach die vorläufige Verbindlichkeit oder Vollstreckbarkeit nach § 44 AußStrG zu beantragen. Es liegt im Ermessen des

⁴⁶ LGZ Wien 13.10.1987, 41 R 333/87, MietSlg 39.279.

Verlassenschaftsgerichtes diese zuzuerkennen, jedoch wird man die Notwendigkeit gut begründen können.

VII. Exkurs § 14 MRG

Für Mietverträge im Vollanwendungsbereich sowie im Teilanwendungsbereich des MRG findet sich eine lex specialis zu den allgemeinen Bestimmungen der §§ 531 und 1116a Satz 1 ABGB. Auch nach § 14 MRG wird ein Mietvertrag durch den Tod des Mieters oder Vermieters nicht aufgehoben. Auch dann nicht, wenn es sich um ein befristetes Mietverhältnis handelt. (47)

Das in § 1116a Satz 2 ABGB festgehaltenen Kündigungsrecht ist im § 14 Abs 1 MRG nicht vorgesehen. Dennoch haben, wie schon zuvor bei der Mietwohnung beschrieben, die Vertragsteile ein Kündigungsrecht auch nach § 1116a ABGB und wird dieses nicht vom § 14 MRG derogiert. (48)

Dieses Kündigungsrecht kann jedoch, bei Vorliegen eines Mietvertrages über eine Wohnung, seitens des Vermieters, bei Vorhandensein von eintrittsberechtigten Personen nach § 14 Abs 2 MRG, die nicht innerhalb von 14 Tagen ab dem Tod des Hauptmieters bekannt geben, dass sie das Mietverhältnis nicht fortsetzen, wollen, nur unter Einhaltung der Voraussetzungen der §§ 29 und 30 MRG erfolgen. (49)

A. Eintrittsrecht des Mieters

In § 14 Abs 2 MRG ist geregelt, dass nach dem Tod des Hauptmieters, somit sind Untermietverhältnisse nicht umfasst (50), unter Ausschluss anderer zur Erbfolge berufener Personen die im Abs. 3 genannten eintrittsberechtigten Personen in den Mietvertrag eintreten. Dieser Eintritt erfolgt bei Vorliegen der Voraussetzungen kraft Gesetzes und bedarf keiner Mitwirkung durch den Vermieter. (51)

⁴⁷ OGH 6 Ob 258/98d

⁴⁸ *Vonkilch in Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht, § 14 MRG Rz 4; OGH 8 Ob 504/86

⁴⁹ *Schinnagl in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg.), GeKo Wohnrecht I § 14 MRG, Rz 1

⁵⁰ MietSlg 50.306

⁵¹ RIS-Justiz RS0102749

Dieser automatische Eintritt durch eine eintrittsberechtigte Person kann dadurch verhindert werden, indem sie, binnen 14 Tagen nach dem Tod des Hauptmieters, dem Vermieter bekannt gibt, das Mietverhältnis nicht fortsetzen zu wollen. (52)

Wenn mehrere Personen eintrittsberechtigt sind, so treten diese gemeinsam als Gesamtschuldner in das Mietverhältnis ein und setzen dieses als Mitmieter fort. (53)

Waren mehrere Personen Mieter einer Wohnung und verstirbt ein Mieter, so wächst dieses Mietrecht nicht den weiteren Mitmieter an, sondern ist auch in diesem Fall die Sonderrechtsnachfolge nach § 14 MRG zu beachten. (54)

Soweit ein Eintrittsrecht eines Minderjährigen besteht, erfolgt auch dieser Eintritt ex lege und bedarf daher keiner pflegschaftsgerichtlicher Genehmigung. Wenn der Eintritt jedoch nicht erfolgen soll, so ist diese diesbezügliche Ablehnungserklärung als Maßnahme des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebs vom zuständigen Pflegschaftsgericht zu genehmigen. (55)

Mit dem Eintritt in das Mietrecht haften die eintretenden Personen für den Mietzins und die Verbindlichkeiten, die während der Mietzeit des verstorbenen Hauptmieters entstanden sind. Wenn mehrere Personen eintrittsberechtigt sind, so treten sie gemeinsam in den Mietvertrag ein und haften zur ungeteilten Hand. Somit haften die eintretenden Personen solidarisch mit den Erben. (56)

Dies gilt für Altschulden, also Schulden, die vor dem Mietwechsel entstanden sind. Nicht verbrauchte Erhaltungs- und Verbesserungsbeiträge können nur vom Erben zurückgefordert werden. Dies argumentiert der OGH damit, dass dem Erben, dem durch die Sonderrechtsnachfolge des Eintretenden in das Mietrecht, ohnehin schon genug weggenommen wurde nicht auch noch diese offenen Forderungen des Verstorbenen entgehen sollen. (57)

⁵² Aichberger-Beig in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2017) § 7 Mietrecht, Rz 9

⁵³ RIS-Justiz RS0081730; OGH 7Ob 145/09p

⁵⁴ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²³ MRG § 14, Rz 1

⁵⁵ Mondel in Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 14 MRG, Rz 9f, OGH 4 Ob 16/18h

⁵⁶ OGH 5 Ob 216/01b, immolex 2002/49

⁵⁷ OGH 5 Ob 216/01b

Mietzinsforderungen, die nach dem Tod entstehen sind ausschließlich vom Eintretenden zu bezahlen. (58)

Es ist im Gesetz nicht geregelt, wie die Schulden im Innenverhältnis zwischen Erben und dem Eintretenden aufzuteilen sind. Hierzu gibt es in der Literatur unterschiedliche Ansichten. *Vonkilch* (59) vertritt die Meinung, dass Altschulden ausschließlich vom Nachlass zu tragen sind und begründet dies mit den allgemeinen Grundsätzen der Erbhaftung. Die Gegenmeinungen begründen die Haftung des Eintretenden im Innenverhältnis damit, dass dieser auch die Vorteile aus der Wohnung zieht. (60)

Meiner Ansicht nach hat der Eintretenden im Innenverhältnis zu haften. Die Bestimmung über den Eintritt nach § 14 MRG ist eine Sonderrechtsnachfolge und lex specialis zu den allgemeinen Regeln über das Erbrecht. Sie schließt die allgemeine Erbfolge aus. Dies spricht auch dafür, dass die Eintretenden primär für die Verbindlichkeiten haften. Die Eintrittsberechtigten müssen schon bisher im gemeinsamen Haushalt mit dem Verstorbenen in der Wohnung gewohnt haben und haben daher die Vorteile der Wohnversorgung mitgenossen. Üblicherweise werden diese Verbindlichkeiten aus der letzten Zeit vor dem Tod des Mieters entstanden sein, da ansonsten der Vermieter wohl schon rechtliche Schritte gegen den vormaligen Mieter eingeleitet hätte. Daher ist es angemessen, wenn der Eintretende im Innenverhältnis zum Erben die Altverbindlichkeiten aus dem Mietverhältnis tragen muss. Das ergibt sich meiner Meinung nach auch indirekt aus der Entscheidung 5 Ob 216/01b in der der OGH ausspricht, dass dem selbst nicht eintrittsberechtigten Erben durch den Eingriff des Gesetzgebers nicht mehr weggenommen werden, soll als unbedingt nötig. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass die mit dem „weggenommenen“ Mietrecht verbundenen Verbindlichkeiten wohl auch vorrangig vom Eintretenden zu übernehmen sind.

Im Falle des Eintritts in den Mietvertrag nach § 14 MRG, nicht jedoch bei Eintritt des Erbents nach §1116a ABGB, hat der Vermieter die Möglichkeit den Mietzins bei einem am 01.03.1994 bestehenden Mietvertrag nach den Regelungen des § 46 MRG anzupassen. (61)

⁵⁸ *Mondel* in *Illedits* (Hrsg), *Wohnrecht*⁴ § 14 MRG, Rz 7

⁵⁹ *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), *Kommentar Österreichisches Wohnrecht - MRG*⁴ zu § 14 MRG, Rz 37

⁶⁰ *Schinnagl* in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg.), *GeKo Wohnrecht I* § 14 MRG, Rz 33

⁶¹ *Kothbauer*, Zur Fortsetzung des Mietverhältnisses nach dem Tod des Wohnungsmieters, *immolex* 2018, 200, S 200

Wenn keine eintrittsberechtigten Personen vorhanden sind, alle eintrittsberechtigten Personen fristgerecht erklären, dass das Mietverhältnis nicht fortsetzen zu wollen oder es sich beim Mietobjekt nicht um eine Wohnung handelt, geht das Mietrecht als vererbliches Recht auf den ruhenden Nachlass und dann auf die Rechtsnachfolger über. (62)

B. Eintrittsberechtigte Personen

Eintrittsberechtigte Personen sind nach § 14 Abs 3 MRG ...“ *der Ehegatte, der Lebensgefährte, Verwandte in gerader Linie einschließlich der Wahlkinder und die Geschwister des bisherigen Mieters, sofern diese Personen ein dringendes Wohnbedürfnis haben und schon bisher im gemeinsamen Haushalt mit dem Mieter in der Wohnung gewohnt haben. Lebensgefährte im Sinne dieser Bestimmung ist, wer mit dem bisherigen Mieter bis zu dessen Tod durch mindestens drei Jahre hindurch in der Wohnung in einer in wirtschaftlicher Hinsicht gleich einer Ehe eingerichteten Haushaltsgemeinschaft gelebt hat; einem dreijährigen Aufenthalt des Lebensgefährten in der Wohnung ist es gleichzuhalten, wenn er die Wohnung seinerzeit mit dem bisherigen Mieter gemeinsam bezogen hat. ...“.*

Das Eintrittsrecht wird bei Vorliegen eines Mietvertrages über eine Seniorenwohnung nach § 12 Abs 3 MRG, ist dahingehend eingeschränkt, dass Verwandte in absteigender Linie einschließlich der Wahlkinder nicht eintrittsberechtigt sind.

Die Eintrittsvoraussetzungen, also eintrittsberechtigte Person, gemeinsamer Haushalt und dringendes Wohnungsbedürfnis müssen im Todeszeitpunkt alle gegeben sein.

Es hat grundsätzlich derjenige das Vorliegen der Eintrittsvoraussetzungen zu beweisen, der behauptet eintrittsberechtigt zu sein. (63)

C. Gemeinsamer Haushalt

Ein gemeinsamer Haushalt ist gegeben, wenn eine auf Dauer angelegte gemeinsame Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft besteht. (64) Es ist ausreichend, wenn das

⁶² LGZ Wien 14.12.2016, 38 R 163/16a, MietSlg 68.162; Aichberger-Beig in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge2 (2017) § 7 Mietrecht, Rz 8f

⁶³ RIS-Justiz RS0107852

⁶⁴ RIS-Justiz RS 0069534

Mietverhältnis zum Zeitpunkt des Todes schon eine gewisse Zeit bestand, aber insbesondere muss die Dauerhaftigkeit ernsthaft gewollt sein. Eine Mindestzeit gibt es, ausgenommen beim Eintrittsrecht der Lebensgefährten, nicht. (65)

Kurzzeitige Unterbrechungen des Zusammenlebens auf Grund von geänderten Lebensumständen führen nicht zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, sofern Rückkehrabsicht besteht und diese ehestmöglich wahrgenommen wird. Zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes kann es sowohl durch Abwesenheit des Mieters kommen, aber auch dann, wenn der Eintrittsberechtigte den gemeinsamen Haushalt verlässt. (66)

Zu beachten ist, dass der OGH in dem Umstand der Unterbringung des nunmehr verstorbenen Hauptmieters in einem Pflegeheim keine automatische Aufhebung der bestehenden Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft angesehen hat. Es kommt auf die Lebensumstände an und ist eine Unterbrechung dann nicht anzunehmen, wenn die Absicht bestand, bei Änderung der Sachlage die erzwungene Trennung zu beenden. Solange es einen Rückkehrwillen gibt und die Verwirklichung nicht objektiv ausgeschlossen ist, bleibt die Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft aufrecht. (67)

Es ist nach der Rechtsprechung des OGH so, dass – bei Verlegung des Wohnsitzes aus medizinischen Gründen - zwar derjenige der sich auf das Eintrittsrecht beruft die Beweislast für das Vorliegen des Rückkehrwillens trägt, dieser aber schon gegeben ist, wenn der Mieter nicht bekundet hat, nicht mehr in die Wohnung zurückkehren zu wollen. Eine objektive Unmöglichkeit der Rückkehr in den gemeinsamen Haushalt müsste der Vermieter nachweisen. (68)

Die Wirtschaftsgemeinschaft ist erfüllt, wenn die Bedürfnisse des täglichen Lebens auf gemeinsame Rechnung befriedigt werden. Es kommt auch hier auf den Einzelfall an, zum Beispiel kann bei großen Einkommens- oder Altersunterschieden auch dann eine gemeinsame Wirtschaftsführung vorliegen, wenn nur ein Teil die gesamten Kosten trägt. (69)

⁶⁵ Aichberger-Beig in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge2 (2017) § 7 Mietrecht

⁶⁶ MietSlg 53.304, RIS-Justiz RS 0069712, OGH 9Ob 15/20 a

⁶⁷ RIS-Justiz RS0069705

⁶⁸ OGH 9 Ob 88/08v

⁶⁹ RIS-Justiz RS 006979

Nicht nur primär monetäre Leistungen wie gemeinsame Mietzahlungen oder Aufteilung der Kosten, sondern auch gemeinsame Freizeitaktivitäten, gemeinsame Mahlzeiten und alltägliche Erledigungen lassen auf eine Wirtschaftsgemeinschaft schließen. Es muss jedoch ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Gemeinschaft und eine Verbindung der Leben sowie ein gewisses Zusammengehörigkeitsgefühl bestehen. (70)

D. Dringendes Wohnbedürfnis

Die oft schwierig zu beantwortende Frage, ob ein dringendes Wohnbedürfnis vorliegt, ist im Einzelfall zu klären. (71)

Diese ist nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Todes zu beurteilen, wobei nachträgliche Änderungen, die für die nächste Zeit erwartbar sind zu berücksichtigen sind. (72)

Das Vorliegen eines dringenden Wohnungsbedürfnisses ist nur zu verneinen, wenn eine ausreichende und gleichwertige Unterkunft zur Verfügung steht. (73)

Gleichwertigkeit der Unterkunft ist primär nach ausreichender und rechtlicher Gleichwertigkeit, als z.B. unbefristeter Mietvertrag zu beurteilen. (74)

Die faktische Gleichwertigkeit in Ausstattung, Größe und ev. Entfernung zum Arbeitsplatz wird nicht eigenständig geprüft, sondern ist im Rahmen der Frage, ob die Wohnmöglichkeit ausreichend ist mitzubeurteilen. (75)

Die gleichwertige Wohnmöglichkeit müsste sofort oder zumindest in naher Zukunft beziehbar und deren Beschaffung ohne objektive Schwierigkeiten möglich sein. (76) Wenn der Eintrittsberechtigte über eine eigene Wohnung verfügt, so ist der dringende Wohnbedarf an der Wohnung des Verstorbenen nach dem Maßstab des § 30 Abs 2 Z 8 und 9 zu prüfen. (77)

⁷⁰ Schinnagl in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht I § 14 MRG, Rz 13f

⁷¹ RIS-Justiz RS 0044086 und RS 0069970

⁷² LGZ Wien 2.6.1989, 48 R 170/89, MietSlg 41.246 und RIS-Justiz RS0069970

⁷³ RIS-Justiz RS 0068334 und RS0069974

⁷⁴ RIS-Justiz RS0068181

⁷⁵ OGH 4 Ob 210/17m, immolex 2018/36

⁷⁶ MietSlg 44.337

⁷⁷ Würth in Rummel ABGB³ § 14 MRG, Rz 10

Der Umstand, dass ein anderweitiger familienrechtlicher Wohnanspruch besteht, ist kein genereller Ausschlussgrund für ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag des Verstorbenen. Dieser Anspruch müsste dem Eintrittsberechtigten eine ausreichende und angemessene Wohnmöglichkeit sichern.

Die Frage ob ein minderjähriges Kind ein eigenständiges Eintrittsrecht nach § 14 MRG zukommt oder dieses auf den sich aus dem Unterhaltsanspruch erwachsenden familienrechtlichen Wohnversorgungsanspruch verwiesen ist, ist nach der jüngeren Rechtsprechung im konkreten Einzelfall zu prüfen.

Das Eintrittsrecht von Minderjährigen besteht nur wenn besondere Gründe dafürsprechen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn ein dringendes Wohnbedürfnis an der Wohnung nicht vom familienrechtlichen Wohnungsanspruch gedeckt ist. Besonders die nahende Selbsterhaltungsfähigkeit ist ein wichtiger Umstand, der für ein Eintrittsrecht spricht. (78)

E. Praktisches Problem des Eintrittsrechtes

Sachverhalt:

Es verstirbt der Mieter einer Mietwohnung im Anwendungsbereich des MRG. Weitere Personen die in der Wohnung leben sind der Ehegatte und minderjährige Kinder. Jeder von ihnen erfüllt die Anwendungsvoraussetzung des § 14 MRG.

Überlegungen:

Da das Eintrittsrecht nach § 14 MRG den eintretenden sowohl für die zukünftigen Mietzinsen haftbar macht, als auch die bereits entstandenen Mietzinsen und Verbindlichkeiten auf den Eintretenden übergehen lässt, ist hier ein potentieller Vermögensschaden zu Lasten eines Minderjährigen möglich. Gerade in Hinblick auf die kurze 14 Tagesfrist und den Umstand, dass der ex lege Eintritt von keiner pflegschaftsbehördlichen Genehmigung abhängt, könnte es zu einem unbemerkt Eintritt des Minderjährigen kommen. Natürlich findet kein Eintritt statt, wenn der familienrechtlich Wohnanspruch das Wohnungsbedürfnis deckt. Sofern jedoch die Voraussetzungen erfüllt sind und es zum Eintritt kommt, könnte dies zu einer, nicht durch die Haftungsbeschränkung einer bedingten Erbantrittserklärung, beschränkten Haftung führen. Dieser Miteintrag kann dazu führen, dass – unter Berücksichtigung der

⁷⁸ OGH 4 Ob 16/18h, Eintrittsrecht von Kleinkindern in ein Mietrecht, iFamZ 2018/56; OGH 7Ob 145/09p.

Verjährungsfrist – es auch Jahre später noch zu Zahlungspflichten gegenüber dem Vermieter kommen kann. Um die Rechtsunsicherheit zu vermeiden und klare Rechtsverhältnisse zu schaffen, sollte der Gerichtskommissär die verbleibenden Bewohner dahingehend anleiten, dass diese unbedingt den Bestandsvertrag anpassen und klarstellen wer der oder die Eintretenden sind. Bei Minderjährigen sollte im Zweifel eine, pflegschaftsgerichtlich zu genehmigende, Erklärung abgegeben werden, dass diese kein eigenständiges Mietrecht haben.

VIII. Exkurs Kaution

Es ist üblich, dass bei Abschluss eines Mietvertrages die Bezahlung einer Kaution vereinbart wird. Sie dient zur Sicherung aller mit dem Mietvertrag im Zusammenhang stehenden Ansprüche des Bestandgebers bis zur tatsächlichen Rückstellung des Bestandobjektes. (79)

Im Gesetz finden sich Regelungen über die Kaution im § 16b MRG und sind diese sowohl für Wohnungen im Vollanwendungsbereich des MRG als auch für solche im Teilanwendungsbereich nach §1 Abs 4 MRG anzuwenden. Bei Mietwohnungen die dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz unterliegen ordnet § 20 Abs 1 Z 1 lit b WGG seit Inkrafttreten der WGG-Novelle 2016 an, dass auch für diese die Bestimmung des § 16 b MRG anzuwenden ist. (80)

In Hinblick auf die Übergangsregelung zur Wohnrechtsnovelle 2009 (§ 49f MRG), mit welcher der § 16b MRG in Kraft getreten ist, gilt diese Bestimmung auch für Altverträge die vor Inkrafttreten dieser Novelle abgeschlossen wurden. Für Wohnungen im Vollausnahmebereich nach § 1 Abs 2 MRG ist der § 16b MRG nicht unmittelbar anzuwenden. Hier greift das allgemeine Zivilrecht. (81)

Neben der generellen Auskunftspflicht gegenüber dem Gerichtskommissär im Verlassenschaftsverfahren hat der Vermieter aber auch die Verpflichtung nach § 16 b Abs 1 Satz 2 MRG dem Mieter gegenüber diese schriftlich über die Kautionshöhe

⁷⁹ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²³ MRG § 16b MRG, Rz 6

⁸⁰ Schinnagl in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht I § 16b MRG, Rz 4

⁸¹ Riss in Hausmann/Vonkilch (Hrsg.), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - MRG⁴ zu § 16b MRG, Rz 10

und deren Veranlagung zu informieren. Dies kann gerade für eintretende Personen nach § 14 MRG relevant sein, da diese oft nicht wissen in welcher Höhe die Kaution tatsächlich einbezahlt wurde bzw. derzeit besteht. Für Wohnungen die nicht dem MRG unterliegen ergibt sich jedoch auch aus den allgemeinen Bestimmungen über die Rechnungslegungspflicht des Vermieters ein Auskunftsanspruch (§ 1012 ABGB).

In Hinblick auf die vom Verstorbenen geleistete Kaution ist zu unterscheiden, ob das Mietverhältnis mit den auf Grund der Ergebnisse des Verlassenschaftsverfahren bzw. mit eintrittsberechtigten Personen nach § 14 MRG fortgesetzt wird oder der Mietvertrag beendet wird.

Wird das Mietverhältnis fortgesetzt so geht die hinterlegte Kaution auf den neuen Mieter über. Der ruhende Nachlass bzw. nach Einantwortung die Erben haben keinen Anspruch auf Rückzahlung der Kaution vom Vermieter. Sie können lediglich vom neuen Mieter Ersatz fordern und ist dieser nach § 1042 ABGB analog ausgleichspflichtig. Die Höhe des Anspruches ergibt sich aus der zum Zeitpunkt des Eintrittes in das Mietverhältnis vorhandenen Kautionsbetrag (ursprünglicher Kautionsbetrag zuzüglich Zinsen und abzüglich rechtmäßig während der Mietzeit aus der Kaution befriedigte Forderungen des Vermieters, die nicht wieder aufgefüllt wurden). (82) Der Gerichtskommissär hat die Höhe des Kautionsbetrages als Forderung gegen den Eintretenden aufzunehmen bzw. zu inventarisieren.

Im Falle der Beendigung des Mietverhältnisses ist die Kaution dem ruhenden Nachlass, nach Wegfall des Sicherungsinteresses (83), auszufolgen (üblicherweise durch Überweisung auf das Konto des Verstorbenen bzw. auf ein Treuhandkonto des Gerichtskommissärs oder durch Hinterlegung beim Gerichtskommissär). Wenn es erst nach Abschluss des Verlassenschaftsverfahrens zur Auszahlung kommt, so ist zu prüfen, wer den Rechtsanspruch auf die Kaution hat. Das Kautionsguthaben ist vom Gerichtskommissär in der Verlassenschaft aufzunehmen.

⁸² Schinnagl in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht I § 16b MRG, Rz 54

⁸³ Riss in Hausmann/Vonkilch (Hrsg.), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - MRG⁴ zu § 16b MRG, Rz 46f

IX. Die Genossenschaftswohnung

Soweit eine Bauvereinigung die Voraussetzungen des Wohnungsgemeinnützige gesetz erfüllt, ist sie auf deren Antrag als gemeinnützig anzuerkennen. Für Mietgegenstände in Gebäuden, die von einer gemeinnützigen Bauvereinigung im eigenen Namen errichtet worden sind oder die von einer gemeinnützigen Bauvereinigung zum Zwecke einer umfangreichen Sanierung erworben wurden, gelten die Bestimmungen des Mietrechtsgesetzes nur nach Maßgabe des § 20 WGG. (⁸⁴)

Umfasst sind auch mitgemietete Haus- oder Grundflächen wie Hausgärten, Abstell- Lade- oder Parkflächen, nicht jedoch selbstständig angemietete Parkplätze. (⁸⁵)

Das WGG kennt als Bestandsverträge die Miet- und sonstigen (genossenschaftlichen) Nutzungsverträge.

Wird hinsichtlich einer Wohnung, die in einem von einer gemeinnützigen Bauvereinigung errichteten Bauwerk gelegen ist, ein genossenschaftlicher Nutzungsvertrag abgeschlossen, so handelt es sich dabei um einen mietähnlichen Gebrauchsvertrag sui generis. (⁸⁶)

Auf Grund der weitgehenden Ähnlichkeit des Nutzungsvertrages über eine Genossenschaftswohnung mit einem Bestandvertrag sind auch die bestandrechtlichen Vorschriften sinngemäß auf diesen Nutzungsvertrag anzuwenden und werden diese im Folgenden mitbehandelt, soweit dazu keine Sonderregelungen bestehen. (⁸⁷)

Die Anwendbarkeit der Bestimmungen des WGG bleibt auch dann gegeben, wenn die Baulichkeit – unabhängig ob Wohnungseigentum begründet wurde oder nicht (⁸⁸) - nicht mehr im Eigentum eines gemeinnützigen Rechtssubjekts steht. Lediglich wenn das (Wohnungs-) Eigentumsobjekt gemäß §§ 15b ff WGG in das Eigentum des bisherigen Mieters übergeht, sind auf spätere Mietverhältnisse nicht mehr die Bestimmungen des WGG anzuwenden.

^{⁸⁴} Rudnigger in Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 20 WGG, Rz 1

^{⁸⁵} Schinnagl/Puhr in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht III § 20 WGG, Rz 5

^{⁸⁶} Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1090 ABGB, Rz 9

^{⁸⁷} RIS-Justiz RS0008968

^{⁸⁸} Garzon, WGG gilt auch bei "Soforteigentum" nicht, immolex 2022/133, S 300

Mit der WGG-Novelle 2022 hat der Gesetzgeber, die davor in der Lehre strittige Frage (⁸⁹) klargestellt, dass auch bei sofortiger Übertragung (§ 20 Abs 1 Z 2a WGG) ohne vorherige Vermietung an den bisherigen Mieter zu einer Ausnahme vom WGG führt. Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers auch für bereits eingetretene Sachverhalte, die jedoch erst zukünftig zu entscheiden sind, gelten. Dies ergibt sich aus Artikel IV Inkrafttreten und Vollziehung Abs 1v WGG der auf § 8 ABGB (authentische Interpretation) verweist.

Zu beachten ist, dass nach § 20 Abs 1 Z 2a WGG iVm § 15h WGG für Wohnungen die unter Zuhilfenahme öffentlicher Förderungsmittel errichtet oder finanzierte wurden und die nach dem 31.07.2019 von der gemeinnützigen Bauvereinigung sofort nach Errichtung oder später an den bisherigen Mieter übertragen werden, für einen Zeitraum von 15 Jahren ab Abschluss des Kaufvertrages, der Vollanwendungsbereich des MRG gilt. Dies gilt für Übertragungen auch dann, wenn das Objekt eigentlich nicht in den Vollanwendungsbereich fallen würde.

Durch § 15h WGG wird weiters auch die Höhe des maximal zulässigen Mietzinses für die Dauer von 15 Jahren beschränkt. Der nach § 16 MRG zu ermittelndem Mietzins ist nach oben hin durch den für das jeweilige Bundesland geltenden Richtwert (nicht Richtwertmietzins) begrenzt. Im Falle der befristeten Vermietung ist ein Befristungsabschlag von 25% zu berücksichtigen. (⁹⁰)

Soweit die Sonderbestimmungen des § 20 Abs 1 Z 2a WGG nicht anzuwenden sind, gelten die Bestimmungen des WGG weiterhin „einmal WGG immer WGG“ insbesondere auch für die Mietzinsbildung. (⁹¹)

Durch den Tod des Mieters oder sonstigen Nutzungsberechtigten wird der Mietvertrag im Geltungsbereich des WGG nicht aufgehoben. (⁹²)

Nach alter Rechtslage hatte eine gemeinnützige Bauvereinigung in der Rechtsform einer Genossenschaft bei genossenschaftlichen Nutzungsverhältnissen die Möglichkeit zu verlangen, dass nur eine Person in den Vertrag eintritt. (⁹³)

^{⁸⁹} Schinnagl/Puhr in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht III § 20 WGG, Rz 23; Prader, Kauf einer neuen WGG Immobilie - Fluch oder Segen?, ImmoZak 2020/29, S50; Rudnigger in Illedits (Hrsg.), Wohnrecht⁴ § 20 WGG, Rz 6

^{⁹⁰} Schinnagl/Puhr in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht III § 15h WGG, Rz 16

^{⁹¹} Prader, Manz Wohnrecht WGG ^{4,15} § 20, Rz 5

^{⁹²} OGH 7 Ob 203/08s

^{⁹³} Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1116 a ABGB, Rz 8; Schinnagl/Puhr in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht III § 20 WGG, Rz 39

Seit Inkrafttreten der WGG-Novelle 2016 kann eine Bauvereinigung in Rechtsform einer Genossenschaft bei Vorhandensein mehrerer eintrittsberechtigter Personen lediglich verlangen, dass die in den Nutzungsvertrag eintretenden Personen der Genossenschaft als Mitglieder beitreten. (⁹⁴)

Wenn keine eintrittsberechtigten Personen vorhanden sind, so treten die auf Grund der Ergebnisse des Verlassenschaftsverfahrens berufenen Erben mit rechtskräftiger Einantwortung in das genossenschaftliche Nutzungsverhältnis ein.

Sofern die Satzung der Genossenschaft es vorsieht, dass die Erben nicht in das Miet- oder genossenschaftliche Nutzungsverhältnis eintreten dürfen und die zwingenden Bestimmungen des § 14 MRG auf diese nicht anwendbar sind, besteht seitens der Genossenschaft die Kündigungsmöglichkeit des § 30 Abs 2 Z 5 MRG. (⁹⁵)

Im Anwendungsbereich den WGG verweist dessen § 20 WGG nicht auf den § 10 MRG und somit auf dessen Regelung über den Ersatzanspruch für Aufwendungen, die zur wesentlichen Verbesserung der gemieteten Wohnung gemacht wurden. Dazu findet sich in § 20 Abs 5 WGG eine eigene Bestimmung die dem § 10 MRG weitgehend nachgebildet ist.

X. Exkurs Finanzierungsbeitrag

Bei gemieteten Wohnung, die sich in Gebäuden befinden, auf welche das Wohnungsgemeinnützige Gesetz anzuwenden ist, hat der vom Mieter zu Beginn des Mietverhältnisses eine Einmalzahlung als Beitrag zu den Grundstücks- und Baukosten der Wohnung zu leisten. Dieser Finanzierungsbeitrag wird als Mietzinsvorauszahlung qualifiziert und bei der Berechnung der Miethöhe berücksichtigt. (⁹⁶)

Die Höhe des Finanzierungsbeitrages ist im WGG gesetzlich nicht gedeckelt. Grundsätzlich könnte der Finanzierungsbeitrag daher bis zur vollen Höhe der

^{⁹⁴} Schinnagl in Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht I § 14 MRG, Rz 3

^{⁹⁵} Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1116 a, Rz 8

^{⁹⁶} Prader/Pittl, Wohnungsgemeinnützige Gesetz^{1.04} § 17, Rz 1

Herstellungskosten festgesetzt werden. Werden jedoch Wohnbauförderungsmittel in Anspruch genommen, so ergeben sich landesgesetzliche Einschränkungen (z.B. § 69 Abs 1 WFWG, §23 K-WBFG). (97)

Der Rückzahlungsanspruch des Mieters betreffend den von ihm geleisteten Finanzierungsbeitrag setzt die Auflösung des Mietverhältnisses sowie die Rückstellung des Mietgegenstandes voraus. Die Rückstellung löst die acht Wochen Frist aus, innerhalb der der Vermieter die Rückzahlung des Finanzierungsbeitrages vornehmen muss.

Die Höhe des rückzuzahlenden Finanzierungsbeitrages berechnet sich für Baulichkeiten, die nach dem 30.06.2000 bezogen wurden, vom einbezahlten Finanzierungsbeitrag abzüglich der ordnungsgemäßen Absetzungen für Abschreibungen gemäß § 17 Abs 4 WGG. Diese betragen 1% pro Jahr (wobei in Monaten abgerechnet wird z.B. OGH 5 Ob 323/00m) vom Zeitpunkt der Erteilung der baubehördlichen Nutzungsbewilligung oder einem allfälligen Zeitpunkt des früheren Beziehens der Baulichkeit bis zu Zeitpunkt der Fälligkeit der Rückzahlung.

Für Baulichkeiten, die vor dem 01.07.2000 bezogen wurden gelten die Übergangsbestimmungen des § 39 Abs 27 WGG.

Sind mehrere Personen gemeinsam Mitmieter und verstirbt einer der Mieter, so ist zu unterscheiden, ob der verbleibende Mieter das Mietverhältnis fortsetzt oder dieses beendet wird. Bei Fortsetzung geht der gesamte Rückzahlungsanspruch, wie auch bei dem Eintritt nach § 14 MRG, auf den verbleibenden Mieter über. Wird das Mietverhältnis im Todesfall eines Mieters auch von den weiteren Mitmieter aufgelöst, so ist der Finanzierungsbeitrag im Zweifel zu gleichen Teilen zurückzuzahlen. (98)

Wurde der Finanzierungsbeitrag von einer dritten Person, die auch keine Mitmieterin ist, bezahlt oder wirtschaftlich getragen, hat diese keinen Rückzahlungsanspruch gegen den Vermieter. Sie kann sich nur an den Mieter halten. (99)

Kommt es zu einem Eintritt in das Mietrecht nach § 14 MRG oder verbleibt bei Mitmieter ein Mieter in der Wohnung, so setzt der eintretende Mieter oder der verbleibende das Mietverhältnis mit allen Rechten und Pflichten fort. Gegenüber der

⁹⁷ Ortbauer in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg.), GeKo Wohnrecht III § 17 WGG, Rz 3

⁹⁸ Ortbauer in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg.), GeKo Wohnrecht III § 17 WGG, Rz 25

⁹⁹ OGH 17 Ob 9/22f

gemeinnützigen Bauvereinigung ist gemäß § 17 Abs 1 WGG ausschließlich der bei Beendigung des Mietverhältnisses vorhandene Mieter, also auch ein gemäß § 14 MRG eingetretener Mieter bzw. dessen Erbe anspruchsberechtigt. (100)

Der ruhende Nachlass bzw. die Erben können, wie auch bei Mietzinsvorauszahlungen, lediglich bereicherungsrechtlich gemäß § 1041 ABGB bzw. §1042 ABGB analog von dem verbleibenden Mieter bzw. den Eintretenden Ersatz verlangen. (101)

Der Ersatzanspruch besteht in Höhe des Aufwandes zu dessen Tragung der nunmehrige Mieter oder Eintrittsberechtigte zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Verstorbenen als Alleinmieter auch allein verpflichtet gewesen wäre. (102)

Es ist somit nicht der Anspruch nach § 17 WGG vom Gerichtskommissär im Verlassenschaftsverfahren aufzunehmen bzw. zu inventarisieren, sondern die Forderung auf Ersatz des nicht abgewohnten Finanzierungsbeitrages gegen den verbleibenden Mieter oder Eintretenden.

Sofern er zu keinem Mietvertragseintritt kommt, geht der Rückzahlungsanspruch auf die Verlassenschaft über.

A. Praktisches Problem des Finanzierungsbeitrages in der Verlassenschaft

Sachverhalt:

Es verstirbt der Mieter einer Genossenschaftswohnung. Zum Zeitpunkt der Annietung (vor 10 Jahren) hat er einen Finanzierungskostenbeitrag von € 10.000,- geleistet. Nun tritt seine Lebensgefährtin in den Mietvertrag ein. Wie ist mit dem Finanzierungskostenbeitrag umzugehen?

Überlegungen:

Mangels Auflösung des Mietverhältnisses hat die gemeinnützige Bauvereinigung den Finanzierungskostenbeitrag nicht auszuzahlen und geht dieser auf den Eintretenden über. Der Finanzierungsbeitrag ist wie eine Mietzinsvorauszahlung zu behandeln und reduziert den vom Mieter monatlich zu bezahlenden Mietbetrag. Dadurch, dass der

¹⁰⁰ RIS-Justiz RS0116682

¹⁰¹ Ortbauer in *Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner* (Hrsg.), GeKo Wohnrecht III § 17 WGG, Rz 15 und 25; RIS-Justiz RS0116683, *Vonkilch*, Mietzinsvorauszahlungen, Baukostenbeiträge und wohnrechtliche Sondererbfolge (§ 14 MRG), NZ 2000, 321, Kapitel IX; *Aichberger-Beig* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg.), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 7 Mietrecht, Rz 22

¹⁰² OGH 3 Ob 149/15f; RIS-Justiz RS0130592

Finanzierungsbeitrag mit 1% jährlich abgeschrieben wird stellt sich die Frage wie hoch der Betrag ist, der dem Eintretenden zu Gute kommt. Meiner Meinung nach ist für die Berechnung der Höhe des verbleibenden Finanzierungsbeitrages der Todestag des vormaligen Mieters relevant. Nach § 14 MRG erfolgt nämlich der Eintritt mit Wirkung zum Todestag und sind ab diesem Zeitpunkt vom Eintretenden auch alle mit der Wohnung verbundenen Kosten zu tragen (u. a. auch der durch den ursprünglich geleisteten Baukostenzuschuss begünstigte Mietzins). Somit beträgt der Anspruch der Verlassenschaft und später der Erben in Höhe von € 9.000,-- gegen den Eintretenden nach § 1042 ABGB analog (und nicht gegen die gemeinnützige Bauvereinigung), vgl. 6 Ob 103/15p. Dieser Anspruch ist als Forderung gegen den Eintretenden vom Gerichtskommissär aufzunehmen.

XI. Die Eigentumswohnung im Verlassenschaftsverfahren

Das Eigentumsrecht ist als nicht höchstpersönliches und daher vererbliches Recht Teil der Verlassenschaft einer verstorbenen Person (§ 531 ABGB). Somit ist auch das Eigentumsrecht am Liegenschaftsvermögen des Verstorbenen nach den allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen, unter Mitübertragung der zu übertragenden oder auf Grund des Todesfalles entstandenen (siehe § 745 ABGB) Lasten, frei vererblich.

Die freie Vererblichkeit wird jedoch hinsichtlich des Mindestanteiles, welcher mit einem Wohnungseigentumsobjekt verbunden ist, an Liegenschaften an denen Wohnungseigentum begründet wurde, durch die Bestimmungen des WEG eingeschränkt. Vorab ist festzuhalten, dass bei begründetem Wohnungseigentum der ideelle Miteigentumsanteil (zwingend in Höhe des Mindestanteils gemäß Definition in § 2 Abs 9 WEG) untrennbar mit dem ausschließlichen servitutsähnlichen Nutzungsrecht an einem bestimmten Wohnungseigentumsobjekt verbunden ist. Eine gesonderte Verfügung über den Miteigentumsanteil oder das Nutzungsrecht von Todes wegen ist nicht möglich. (103)

¹⁰³ Romstorfer-Bechtloff in Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 11 WEG, Rz 2

Auch die Verfügung über den mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteil ist beschränkt. Eine Teilung des mit Wohnungseigentum untrennbar verbundenen Mindestanteils darf nämlich, ausgenommen bei Begründung einer Eigentümerpartnerschaft (dazu später mehr), nicht vorgenommen werden. Wäre das Ergebnis des Verlassenschaftsverfahrens, dass nach dem Tod eines Wohnungseigentümers, der mit dem Wohnungseigentum verbundene Mindestanteil mehr als zwei natürlichen Personen oder zwei natürlichen Personen zu unterschiedlichen Anteilen oder zum Teil einer juristischen Person oder einer eingetragenen Personengesellschaft zufällt und kommt es nicht zur Bildung einer eingetragenen Personengesellschaft, die den Mindestanteil erwirbt, so hat das Verlassenschaftsgericht eine öffentliche Feilbietung des Mindestanteils und des damit verbundenen Wohnungseigentums durch Versteigerung vorzunehmen. (§ 12 Abs 2 WEG) Diese öffentliche Feilbietung wäre von Amts wegen vorzunehmen. (¹⁰⁴) Um die Konsequenz der öffentlichen Feilbietung möglichst zu vermeiden hat der Gerichtskommissär im Rahmen seiner Belehrungspflicht auch auf die Möglichkeit der Gründung einer eingetragenen Personengesellschaft zur Übernahme des Mindestanteiles hinzuweisen und den Parteien dafür eine angemessene Frist einzuräumen. (¹⁰⁵)

Selbst wenn es, aus welchen Gründen auch immer (in der Praxis wohl insbesondere wenn auf Grund der Bestimmungen der EUERbVO ausländische Gerichte auch für das in Österreich gelegene Vermögen zuständig sind), dennoch auf Grund der Ergebnisse des Verlassenschaftsverfahrens zu einem Erwerb des mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteils entgegen den Bestimmungen des § 12 Abs 2 WEG kommt, so hat auch das Grundbuchsgericht diesen Umstand aufzugreifen und den Verbücherungsantrag abzuweisen (§ 12 Abs 3 WEG).

Auch in diesem Fall ist den Betroffenen die Möglichkeit zu gewähren innerhalb einer angemessenen Frist ein Übereinkommen zu treffen, welches das Schicksal des mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteils so regelt, dass es den

¹⁰⁴ OGH 6 Ob 92/13t

¹⁰⁵ OGH 5 Ob 191/03d; RIS-Justiz RS0119045; OGH 3 Ob 295/04k; *Kolmasch in Kolmasch* (Hrsg), Das Wohnungseigentumsgesetz² zu § 12 WEG - Unteilbarkeit des Mindestanteils (Kolmasch), letzter Absatz

Bestimmungen des WEG entspricht. Wenn dies nicht erfolgt, wäre die Konsequenz die amtswegige öffentliche Feilbietung. (106)

Wie schon obenstehend erwähnt gibt es eine Ausnahme vom Teilungsverbot gemäß § 12 Abs 1 WEG. Zwei natürliche Personen können sich nämlich zu einer Eigentümerpartnerschaft zusammenschließen. Um eine Eigentümerpartnerschaft begründen zu können müssen die Partner zwingende zu gleichen Teilen Eigentümer des Mindestanteils sein und wird dieser Umstand im Grundbuch angemerkt. Solange die Eigentümerpartnerschaft besteht, dürfen die Anteile nicht getrennt und nur gemeinsam beschränkt oder belastet werden. (107)

XII. Exkurs § 14 WEG

Die Bestimmung des § 14 WEG ist eine Besonderheit in der österreichischen Rechtsordnung. Sie regelt die Konsequenzen beim Tod eines der Eigentümerpartner, wenn dieser während der aufrecht bestehenden Eigentümerpartnerschaft verstirbt. Diese Sonderstellung des § 14 WEG zeigt sich auch bei Verlassenschaften mit Auslandsbezug im Anwendungsbereich der EuErbVO. Der § 14 Abs 1 Z 1 WEG wird nämlich als Eingriffsnorm qualifiziert und ist unter Art 30 EuErbVO zu subsumieren. Somit ist, wenn ein Eigentümerpartner verstirbt das rechtliche Schicksal seines halben Mindestanteils immer nach österreichischem Recht zu beurteilen, unabhängig vom auf das übrige Verfahren anzuwendende Recht. (108)

In Hinblick auf die Komplexität der Bestimmung des § 14 WEG hat der Gerichtskommissär besonders gewissenhaft über die Wirkungen, Möglichkeiten und der sich dadurch ergebenden Konsequenzen zu belehren. (109)

¹⁰⁶ *Illedits*, Wohnungseigentum im Todesfall (Stand 08.12.2023, Lexis Briefings in lexis360.at), Kapitel Tod des Wohnungseigentümers; *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum⁷ Kapitel 4 Die Eigentümerpartnerschaft, Rz 741

¹⁰⁷ *Mondel* in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 13 WEG, Rz 6

¹⁰⁸ RIS-Justiz RS0076656, *Krist*, Unterliegt die Anwachsung nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG der EuErbVO?, NZ 2016/126, S 366

¹⁰⁹ *Mondel* in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 14 WEG, Rz 4

A. Eigentumsübergang im Todesfall

Das Grundkonzept ist der in § 14 Abs 1 Z 1 WEG geregelte unmittelbare, *ex lege* Eigentumsübergang an den überlebenden Eigentümerpartner, welcher nur dann nicht eintritt, wenn von diesen lebzeitig eine Vereinbarung gemäß §14 Abs 5 WEG abgeschlossen wurde. Dieser Eigentumsübergang erfolgt außerhalb der Verlassenschaft und ist eine *lex specialis* zum allgemeinen Erbrecht. Letztwillige Verfügungen über den Anteil selbst sind unwirksam. (110)

Der automatische Eigentumsübergang wird verhindert, wenn der überlebende Eigentümerpartner innerhalb einer vom Verlassenschaftsgericht zu setzende angemessenen Frist auf den Eigentumsübergang verzichtet (§ 14 Abs 1 Z 1 WEG) oder gemeinsam mit den Erben ein Übereinkommen trifft (§14 Abs 1 Z 2 WEG), dem die Pflichtteilsberechtigten zustimmen müssen, nach dem der Anteil an eine andere Person übertragen wird. Bei minderjährigen Beteiligten ist in Hinblick darauf, dass es sich sowohl beim Verzicht als auch bei dem Abschluss eines Übereinkommens wegen der weitreichenden vermögensrechtlichen Wirkungen um eine Erklärung im Bereich des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes handelt, die Zustimmung des Pflegschaftsgericht notwendig. Der Verzicht hat sachenrechtliche *ex tunc* Wirkung und wird der überlebende Eigentümerpartner somit nie Eigentümer des Weiteren halben Mindestanteils. (111)

Solange diese Frist läuft und keine Erklärung abgegeben wurde, hat der überlebende Eigentümerpartner hinsichtlich des halben Mindestanteils des Verstorbenen die Rechte eines Verwalters nach § 837 ABGB. (§ 14 Abs 1 Z 4 WEG). (112)

In Folge des Verzichts auf die Übernahme des halben Mindestanteils kommt es zu einer Versteigerung des gesamten mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteils nach den Bestimmungen der Exekutionsordnung. Der halbe Erlös kommt dem überlebenden Eigentümerpartner zu und der Rest fällt in den Nachlass.

Eine Erbausschlagungserklärung des überlebenden Eigentümerpartner, der zugleich Erbe ist, ist keine Verzichtserklärung hinsichtlich des halben Mindestanteils. Es bedarf einer eigenständigen diesbezüglichen Erklärung. (113)

¹¹⁰ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 3

¹¹¹ Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht II²³ § 14 WEG, Rz 10; Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG4 (2017) zu § 14 WEG, Rz 19f

¹¹² Mondel in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 14 WEG, Rz 8

¹¹³ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 17

Für die (nur deklarativ wirkende) grundbürgerliche Einverleibung des Eigentumsrechtes am halben Miteigentumsanteil des Verstorbenen im Falle des automatischen Zuwachs nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG oder der Vereinbarung nach § 14 Abs 1 Z 2 WEG ist nach § 14 Abs 1 Z 5 WEG eine Amtsbestätigung in sinngemäßer Anwendung des 182 Abs 3 AußStrG auszustellen. Solange nicht feststeht, welchen Weg der halbe Mindestanteil endgültig geht, da noch keine bindende Erklärung abgegeben wurde oder Fristen noch laufen, muss die Ausstellung der Amtsbestätigung abgelehnt werden. (114)

Zu beachten ist im Zuge der grundbürgerlichen Durchführung jedenfalls, dass ein sich am gesamten Mindestanteil einverleibtes Belastungs- und Veräußerungsverbot auch nach Anwachsung nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG auf den gesamten Mindestanteil bezieht und im Falle einer Vereinbarung nach § 14 Abs 1 Z 2 WEG dem Grundbuch eine Zustimmungserklärung des Verbotsberechtigten in einverleibungsfähiger Form vorgelegt werden muss. (115)

B. Der Übernahmspreis

Kommt es zu einem automatischen Zuwachs nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG so hat der übernehmende Eigentümerpartner einen Wertausgleich zu leisten (§14 Abs 2 WEG). Sofern kein Inventar zu errichten ist und nicht in Rechte von Gläubigen oder Pflichtteilsberechtigten des Verstorbenen eingegriffen wird, kann der Übernahmspreis einvernehmlich festgelegt werden.

Ansonsten beträgt dieser gemäß § 14 Abs 2 WEG die Hälfte des Verkehrswerts des Mindestanteils, zum Todeszeitpunkt, der nach dem Liegenschaftsbewertungsgesetz zu ermitteln ist und als Übernahmspreis bezeichnet wird. Bei der Bewertung darf kein Wertabschlag für den Umstand, dass es sich um eine halbe Wohnung handelt, gemacht werden. Die auf dem Anteil haftende Lasten sind jedoch zu berücksichtigen. (116)

¹¹⁴ Pittl, Wohnungseigentumsrecht Kap 3, Rz 3.5; Illedits/Illedits-Lohr in Illedits/Illedits-Lohr (Hrsg), Wohnungseigentum⁷ Kapitel 4 Die Eigentümerpartnerschaft, Rz 809

¹¹⁵ OGH 5Ob101/16p; Mondel in Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 14 WEG, Rz 11

¹¹⁶ Höllwerth in Hausmann/Vonklich (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 27; Mondel in Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 14 WEG, Rz 13

Der nach § 14 Abs 2 WEG ermittelte Übernahmepreis ist in den folgenden Sachverhalten, auch wenn er nicht einvernehmlich festgelegt wurde, nicht in voller Höhe vom überlebenden Eigentümerpartner zu leisten, sondern ist dieser nach § 14 Abs 3 WEG privilegiert. Ist der überlebende Eigentümerpartner pflichtteilsberechtigt nach dem Verstorbenen und hat er ein dringendes Wohnungsbedürfnis an der gemeinsamen Wohnung, so hat er keinen Übernahmepreis zu leisten. Wenn jedoch noch weitere Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind, so hat er ein Viertel des Verkehrswertes des mit Wohnungseigentum verbundenen Mindestanteils an die Verlassenschaft zu bezahlen. Jedenfalls hat er bis zur Höhe eines Viertels des Verkehrswertes des Mindestanteils zur Deckung von Verbindlichkeiten beizutragen, wenn die Verlassenschaft ansonsten überschuldet wäre. (§ 14 Abs 3 WEG).

Die Begünstigung stellt auf die Pflichtteilsberechtigung ab. Dabei ist jedoch zu unterscheiden, ob diese konkret oder lediglich abstrakt gegeben sein muss. Ein Pflichtteilsverzicht umfasst im Zweifel, sofern er umfassend abgegeben wurde, auch die Ansprüche auf Begünstigung nach § 14 Abs 3 WEG. Wurde der Pflichtteilsverzicht aber schon vor Begründung der Eigentümerpartnerschaft abgegeben und war die Begründung der Eigentümerpartnerschaft noch nicht absehbar, wird der Verzicht auf die Begünstigung nicht umfasst sein. (117)

Die Fälle der Erbunwürdigkeit und Enterbung führen nach Teilen der Lehre zu keinem Ausschluss der Begünstigung nach § 14 Abs 3 WEG, wenn hier ein besonders dringendes Wohnbedürfnis gegeben ist. (118)

Die überwiegende Lehre spricht sich dafür aus, dass eine konkrete Pflichtteilsberechtigung gegeben sein muss um die Begünstigung des § 14 Abs 3 WEG in Anspruch nehmen zu können. (119)

Die in der Literatur zum § 14 WEG wohl umstrittenste Frage stellt sich in Zusammenhang mit der Begünstigung des Übernahmepreises nach § 14 Abs 3 WEG. Es ist

¹¹⁷ *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² Kap 13, Rz 13.17; *A. Tschugguel*, § 14 WEG und Pflichtteilsrecht, NZ 2010/100, S 368

¹¹⁸ z.B. *Höllwerth* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 39 unter Hinweis auf den Normzweck, nämlich den Schutz vor Obdachlosigkeit des überlebenden Eigentümers und dem trotz Erbunwürdigkeit oder Enterbung bestehenden Anspruch auf notwendigen Unterhalt

¹¹⁹ z.B. *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² Kap 13, Rz 13.17; *A. Tschugguel*, § 14 WEG und Pflichtteilsrecht, NZ 2010/100, S 367; *Aichberger-Beig* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 8 Eigentümerpartnerschaft, Rz 30

nämlich gesetzlich nicht geregelt welcher Betrag die Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche ist. Vertragliche Vereinbarungen nach § 14 Abs 1 Z 2 WEG die eine Zahlungspflicht vorsehen, die einvernehmliche Bestimmung des Übernahmepreises nach § 14 Abs 2 WEG haben keine Auswirkung auf die Pflichtteilsansprüche. In diesen Fällen müssen die Pflichtteilsberechtigten ohnehin zustimmen. Wenn der begünstigte Übernehmer des halben Mindestanteils selbst Erb- oder Pflichtteilsberechtigter war, so hat er den ihm durch die Begünstigung zukommenden Vorteil in seinen Erb- oder Pflichtteil anrechnen zu lassen. (¹²⁰)

Die Bemessungsgrundlage für die nicht begünstigten Pflichtteilsberechtigten könnte beim ex lege Erwerb nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG oder der Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG nämlich einerseits der Wert des halben Mindestanteils sein oder andererseits der tatsächlich zu bezahlende Übernahmepreis. (¹²¹ und ¹²²)

Meiner Ansicht nach ist der tatsächlich zu bezahlende Übernahmepreis die Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche. Dies ist damit zu begründen, dass im Falle des § 14 Abs 1 Z1 WEG der Mindestanteil des Verstorbenen verbunden mit dem Wohnungseigentum nicht in die Verlassenschaft fällt, sondern lediglich der zu bezahlende (begünstigte) Übernahmepreis. Im Falle der Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG fällt der Mindestanteil des Verstorbenen zwar in den Nachlass, es gibt jedoch auf der Passivseite den schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung diese heben sich auf. Somit ist wiederum der Anspruch auf Zahlung des Übernahmepreis als Forderung die Bemessungsgrundlage für den Pflichtteil. In Hinblick darauf, dass die Begünstigung nach § 14 Abs 3 WEG gesetzlich angeordnet ist, ist auch die Hinzu- und Anrechnung der Begünstigung beim übernehmenden Eigentümerpartner als Schenkung ausgeschlossen. Ob dies „gerecht“ ist, bleibt dahingestellt.

¹²⁰ Aichberger-Beig in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 8 Eigentümerpartnerschaft, Rz 18; Höllwerth in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 46; Mondel in Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 14 WEG, Rz 18

¹²¹ Tatsächlichen Übernahmepreis: Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Kap 13, Rz 13.21; Mondel in Illedits (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 14 WEG Rz 17; Höllwerth in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 43a

¹²² Wert halber Mindestanteil: Hofmann, Die Neuregelung der Eigentümerpartnerschaft im Todesfall (§ 14 WEG 2002) durch die Wohnrechtsnovelle 2006 (Teil I), FamZ 2006, 228, S 231; A. Tschugguel, § 14 WEG und Pflichtteilsrecht, NZ 2010/100, S 365; Aichberger-Beig in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 8 Eigentümerpartnerschaft, Rz 16 und 23; Bartosch, Die Eigentümerpartnerschaft im Todesfall nach der Wohnrechtsnovelle 2006, NZ 2008/2, S 8

Aus Sicht des Gerichtskommissärs ist es jedenfalls notwendig die Parteien auf diese Unklarheit hinzuweisen und zu versuchen eine Einigung zu erzielen.

Der Übernahmspreis ist grundsätzlich unverzüglich zu leisten. Es gibt jedoch eine Begünstigung für den privilegierten überlebenden Eigentümerpartner, dem die sofortige Zahlung nicht zumutbar ist. Dieser kann nach § 14 Abs 3 WEG die Stundung des Betrages auf maximal fünf Jahre oder die Zahlung in Teilbeträgen innerhalb dieser Frist beantragen. Das Verlassenschaftsgericht hat darüber zu entscheiden und eine angemessene Verzinsung festzusetzen. (123)

In einer letztwilligen Verfügung oder durch eine Schenkung auf den Todesfall kann die Bezahlung des Übernahmspreis nach § 14 Abs 2, 3 und 5 WEG erlassen werden. Die letztwillige Verfügung ist als Vermächtnis nach § 663 ABGB zu beurteilen. Bei der Schenkung auf den Todesfall ist diese als Vertrag unter Lebenden zu qualifizieren und ist der Anspruch zu passivieren. Neben dem gänzlichen Erlass der Zahlungspflicht könnte aber auch letztwillig bereits die Höhe des Übernahmspreis festgesetzt werden.

In vielen Fällen wird dieser Erlass nicht explizit niedergeschrieben sein, sondern der dem Verstorbenen zukommende Mindestanteil dem überlebenden Eigentümerpartner vererbt oder vermachts. Diese Anordnung kann als Erlass des Übernahmspreis gedeutet werden. (124)

Der verfügte Erlass der Zahlungspflicht des Übernahmspreis für eine Wohnung sollte weit ausgelegt werden und auch einen den Eigentümerpartnern gemeinsam gehörenden PKW-Abstellplatz umfassen, der von ihnen mit der Wohnung zusammen genutzt wurde. (125)

C. Lebzeitige Verfügung über den halben Mindestanteil

Es ist den Eigentümerpartnern schon zu Lebzeiten möglich eine Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG zu schließen und darin eine dritte natürliche Person auszuwählen,

¹²³ *Markl/Hechenbichler*, Eigentümerpartnerschaft im Todesfall, EF-Z 2007/4, S 18; *Likar-Peer*, Die Neufassung des § 14 WEG 2002 durch die WRN 2006, immolex 2006, 294, Kapitel 3.c

¹²⁴ *Aichberger-Beig*, Die Ehewohnung im Todesfall, EF-Z 2011/30, Kapitel D,2.c.

¹²⁵ *Verweijen*, Handbuch Verlassenschaftsverfahren³ X. Verlassenschaftsabhandlung, Kapitel P. 5.

die abweichend von § 14 Abs 1 bis 3 WEG den mit Wohnungseigentum verbundenen halben Mindestanteil des erst verstorbenen Eigentümerpartner übernehmen soll.

Der ausgewählte Dritte geht dem überlebenden Eigentümerpartner, der nach §14 Abs 1 WEG den halben Mindestanteil des Verstorbenen übernehmen würde, vor und hat grundsätzlich dieselbe Stellung wie der überlebende Wohnungseigentümerpartner. (126)

Der Abschluss und der Widerruf einer Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG bedarf der Schriftform und ist vor einem Notar oder unter anwaltlicher Mitwirkung zu errichten. Damit die Rechtsfolgen der Vereinbarung eintreten können, muss die Eigentümerpartnerschaft zum Todeszeitpunkt des Erstversterbenden noch aufrecht bestehen. (127)

Die Eigentümerpartner, welche eine Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG abschließen, können diese grundsätzlich jederzeit wieder aufheben. Der Anspruch des Begünstigten entsteht erst mit Erbfall. Wenn eine Eigentümerpartnerschaft vorliegt sollte der Gerichtskommissär auch beim überlebenden Eigentümerpartner nachfragen, ob eine Vereinbarung geschlossen wurde. Der Gerichtskommissär hat diese wie eine letztwillige Verfügung gemäß den Vorschriften des § 152 AußStrG zu behandeln. (128) Es muss beachtet werden, dass eine Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG nur die aktuellen Eigentümerpartner bindet. Wenn eine Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG geschlossen wurde nach der die Eigentümerpartner jeweils an eine andere Person ihren jeweiligen Mindestanteil übertragen, so ist diese Vereinbarung nur hinsichtlich des Erstversterbenden umsetzbar.

Beim Zweitversterbenden wäre der richtige Vertragspartner für die Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG nämlich der Eintretende nach dem Erstversterbenden. (129)

Meiner Ansicht nach spricht jedoch nichts dagegen in solchen Konstellationen auch schon die nachfolgenden Personen einzubinden und die Vereinbarung für den

¹²⁶ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 53

¹²⁷ Pittl, Wohnungseigentumsrecht Kap 3, Rz 3.7; *Illedits/Illedits-Lohr* in *Illedits/Illedits-Lohr* (Hrsg), Wohnungseigentum⁷ Kapitel 4 Die Eigentümerpartnerschaft, Rz 831

¹²⁸ Kletečka in Rainer, Handbuch des Miet- und Wohnrechts Kap. 7.6.5.4; A Tschugguel, Die Vereinbarung der Eigentümerpartner nach § 14 Abs 5 WEG 2002 aus Sicht des Gerichtskommissärs, EF-Z 2013/40, S 59f

¹²⁹ Verweijen, Handbuch Verlassenschaftsverfahren³ X. Verlassenschaftsabhandlung, Kapitel P. 6.

Zweitversterbenden, natürlich unter entsprechenden Bedingungen, auch schon mitzuvereinbaren. Zu beachten ist dann jedoch die eingeschränkte Widerrufbarkeit.

Der durch die Vereinbarung begünstigte Dritte hat einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des halben Mindestanteils in sein Eigentum. Der Begünstigte muss diesen Anspruch innerhalb einer vom Verlassenschaftsgericht festzusetzenden, dem Umfang dieser Entscheidung entsprechend, angemessenen, Frist gegenüber dem Nachlass geltend machen. (¹³⁰)

Wie die grundbürgerliche Durchführung zu erfolgen hat, ist in § 14 Abs 5 WEG nicht geregelt und ist auch kein Verweis auf § 14 Abs 1 Z 5 WEG enthalten. Dennoch muss die grundbürgerliche Einverleibung auf Grundlage einer ausgestellten Amtsbestätigung nach § 182 Abs 3 AußStrG erfolgen. (¹³¹)

Wenn die in der Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG begünstigte Person den Erbfall nicht erlebt oder diesen nicht innerhalb der vom Verlassenschaftsgericht festgesetzten Frist geltend macht, so kommt es zur Anwachsung nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG. (¹³²)

Die Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG kann als quasi- letztwillige Anordnung angesehen werden und sollte diese, aus Gründen der Rechtssicherheit bei Abschluss im zentraleren Testamentsregister hinterlegt werden sowie im Todesfall vom Gerichtskommissär in einem Übernahmeprotokoll aufgenommen werden. (¹³³)

D. Praktisches Problem der Bezahlung des Übernahmspreises

Sachverhalt:

Es verstirbt einer der Eigentümerpartner. Der überlebende Eigentümerpartner ist nicht in der Lage einen Übernahmspreis aus eigenen Mitteln zu bezahlen oder zu finanzieren. Es sind weitere Erben bzw. Pflichtteilsberechtigte vorhanden. Eine

¹³⁰ Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 74

¹³¹ Mondel in *Illedits* (Hrsg), Wohnrecht⁴ § 14 WEG, Rz 25

¹³² Kletečka in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts Kap. 7.6.5.4

¹³³ Bartosch, Die Eigentümerpartnerschaft im Todesfall nach der Wohnrechtsnovelle 2006, NZ 2008/2, S 10f; Höllwerth in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 65

Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG wurde nicht abgeschlossen und auch der Erlass der Bezahlung des Übernahmusprieses wurde nicht verfügt.

Überlegungen:

In solchen Sachverhaltskonstellationen kommt es natürlich vor allem darauf an, wie sich die Parteien das weitere Zusammenleben vorstellen können und ob Einvernehmen erzielt werden kann.

Eine sehr praktische Lösung wäre die Parteien zu einer Vereinbarung nach § 14 Abs 1 Z2 WEG anzuleiten und den Anteil des Verstorbenen einem anderen Beteiligten zukommen zu lassen, der dann eventuell die Übrigen auszahlt und dem verbliebenen Eigentümerpartner ein Wohnungsgebrauchsrecht und sonstige Gegenleistungen einräumt. Somit wäre die Wohnversorgung des überlebenden Eigentümerpartners zu den von den Parteien vereinbarten Konditionen gegeben. Dies kann so weit gehen, dass im Sinne einer vorweggenommenen Erbfolge auch der halbe Mindestanteil des überlebenden Eigentümerpartners übertragen wird. Dies muss natürlich mit einem gesonderten Vertrag erfolgen.

Ausgehend davon, dass eine einvernehmliche Lösung nicht möglich ist und es auch nicht zum Verkauf oder der Versteigerung des Mindestanteils kommen soll gibt es für den überlebenden Eigentümerpartner nur noch die Möglichkeit sich an das Verlassenschaftsgericht zu wenden. Dieses kann unter Berücksichtigung der persönlichen Umstände des überlebenden Eigentümerpartner eine Stundung der Zahlungspflicht bis zu einer Dauer von fünf Jahren oder eine Zahlung in Teilbeträgen innerhalb dieses Zeitraumes verfügen (§ 14 Abs 3 WEG). Dabei ist eine angemessene Verzinsung der Beträge festzusetzen, die sich meiner Meinung nach an den gesetzlichen Zinsen von 4% jährlich (§ 1000 ABGB) orientieren.

Auch hier wird es sinnvoll sein die Parteien zu belehren, dass eine solche Stundungsvereinbarung auch vor dem Gerichtskommissär geschlossen werden kann. Vorteil für die Parteien ist nämlich immer, dass sie - im Rahmen des Zulässigen – alle Parameter selbst bestimmen können. Beispielsweise eine längere Zahlungsfrist gegen höhere Zinsen und/ oder bessere Sicherstellung (Pfandrechte) etc.

XIII. Das gesetzliche Vorausvermächtnis

Das gesetzliche Vorausvermächtnis ist in § 745 ABGB geregelt. Bis zum ErbRÄG 2015 war das gesetzliche Vorausvermächtnis im § 758 ABGB aF geregelt. Dieser § 758 ABGB aF wurde im § 745 ABGB ohne Änderung übernommen und wurde noch ein zweiter Absatz ergänzt, der auch den Lebensgefährten ein zeitlich beschränktes Vorausvermächtnis einräumt.

Der § 745 ABGB idF des ErbRÄG 2015 lautet:

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

Der Anspruch auf Leistung des Vorausvermächtnisses ist, wie bei Vermächtnissen allgemein, sofort fällig¹³⁴ und richtet sich primär gegen die Verlassenschaft und dann gegen den oder die Erben. Es kann der Anspruch jedoch auch gegen einen bestimmten Erben gerichtet sein, wenn sich beispielsweise ein Haushaltsgegenstand auf Grund testamentarischer Teilungsanordnung bei diesem befindet. Der Anspruchsgegner ist verpflichtet, alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um dem

¹³⁴ Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 5 Gesetzliche Erbfolge, Rz 45; RS0119043

überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner, die vom Vorausvermächtnis umfassten Gegenstände und Rechte zu verschaffen. (135)

A. Vorausvermächtnis des Ehegatten und eingetragenen Partner

Die Grundidee des Voraus basiert auf der Überlegung, dem überlebenden Ehegatten die Aufrechterhaltung seiner bisherigen Lebensverhältnisse, soweit diese die Wohnversorgung betreffen, zu sichern. (136)

Er setzt sich aus zwei Leistungen zusammen: den im Haushalt befindlichen Gegenständen und dem Recht auf Nutzung der Ehewohnung. Für den Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis ist keine gewisse Mindestdauer der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft erforderlich. (137)

Gemäß § 745 Abs. 1 soll es zu einer Begünstigung des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partners gegenüber allen weiteren erbberechtigten Personen kommen. Unabhängig von der Art des Erbrechtstitels (sei es durch Erbvertrag, Testament oder Gesetz) steht dem überlebenden Partner aufgrund gesetzlicher Bestimmungen dieses Recht zu. Das gesetzliche Vorausvermächtnis wird im Zweifelsfall als echtes Vorausvermächtnis qualifiziert und gebührt zusätzlich zum Erbteil. (138)

Das Vorausvermächtnis kann ausschließlich durch eine rechtmäßige Erbteilung entzogen werden und entfällt bei Vorliegen von Erbunwürdigkeit. Testamentarisch kann über die Wohnung nur insoweit verfügt werden, als die Wohnmöglichkeit dem überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner erhalten bleibt und über die beweglichen Gegenstände des Haushaltes kann gar nicht, das Vorausvermächtnis beschränkend, verfügt werden (zur Ausnahme bei einzelnen Gegenständen, siehe

¹³⁵ Nemeth in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ § 745 ABGB, Rz 8f; Ferrari;Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Kap 4, Rz 4.46

¹³⁶ Zankl zu OGH 7 Ob 644/95, NZ 1996, 304

¹³⁷ Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 758, Rz 5 und 8; Nemeth in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ § 745 ABGB Rz 3

¹³⁸ Nemeth in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ § 745 ABGB, Rz 3

später). Das gesetzliche Vorausvermächtnis hat, wenn es dem Ehegatten oder eingetragenen Partner zusteht, pflichtteilsähnlichen Charakter. (139)

Lediglich die Ansprüche der Gläubiger des Erblassers oder der Gläubiger des Nachlasses gehen dem gesetzlichen Vorausvermächtnis vor. Ansonsten genießt es Vorrang vor sämtlichen anderen Vermächtnissen und Pflichtteilsansprüchen. Zu beachten ist jedoch, dass der Geschenknehmer einer Schenkung auf den Todesfall seit dem ErbRÄG 2015 als Gläubiger hinsichtlich seiner Forderung auf Übertragung der geschenkten Sache zu qualifizieren ist. Somit ist seine Forderung auf Übertragung vorrangig vor dem Vorausvermächtnis. (140)

Die materielle Beitragspflicht der Vermächtnisnehmer nach § 764 Abs 2 ABGB ist auf das gesetzliche Vorausvermächtnis nicht anzuwenden. (141)

Die herrschende Lehre vertritt die Ansicht, dass das Vorausvermächtnis auch den Unterhaltsansprüchen vorgeht. (142)

Dies ergibt sich auch aus der Qualifikation des Vorausvermächtnisses aus pflichtteilsähnlich und dem nach aktueller Rechtsprechung des OGH bestehenden Vorrang der Pflichtteilsansprüche vor den Unterhaltsansprüchen. (143)

Nach Ansicht von *Neumayr* (144) besteht jedoch eine Gleichrangigkeit von Unterhaltsansprüchen und Ansprüchen aus gesetzlichen Vorausvermächtnissen.

Bei der Berechnung der Höhe des Unterhaltsanspruches des überlebenden Ehegatten oder Eingetragenen Partners ist das gesetzliche Vorausvermächtnis anzurechnen. (145)

Bei der Berechnung des Pflichtteils ist das gesetzliche Vorausvermächtnis anzurechnen. (146)

¹³⁹ *Deixler-Hübner* in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erbrecht NEU (2015), S 36; *Hopf/Kathrein*, Ehrech³ § 758 ABGB, Rz 2; *Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 9 Pflichtteilsrecht, Rz 98f

¹⁴⁰ *Ferrari/Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² Kap 4, Rz 4.29

¹⁴¹ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 764 ABGB, Rz 5

¹⁴² *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 745 ABGB, Rz 4; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 758, Rz 2; *Scheuba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,05} § 745, Rz 3

¹⁴³ *Gruber*, Sicherheitsleistung für Unterhaltsansprüche, Glosse zu OGH 2 Ob 128/16m, iFamZ 2017/135, S 280

¹⁴⁴ *Neumayr*, Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis, NZ 2020/26, Kapitel 2.e.

¹⁴⁵ *Ferrari/Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² Kap 4, Rz 4.30

¹⁴⁶ *Schauer* in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht² VI.Pflichtteilsrecht, Kapitel D; *Musger* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ zu § 780 ABGB, Rz1;

Wurde vom Ehegatten oder eingetragenen Partner ein Pflichtteilsverzicht abgegeben so umfasst dieser im Zweifel auch das Vorausvermächtnis. (147)

Insbesondere wenn es sich um einen umfassend formulierten Pflichtteilsverzicht handelt, wird dies anzunehmen sein, auch wenn das Vorausvermächtnis nicht extra erwähnt ist. (148)

B. Der Umfang des Vorausvermächtnisses

i. Bewegliche Sachen des Ehehaushaltes

Das gesetzliche Vorausvermächtnis umfasst einerseits die beweglichen Gegenstände, die zum gemeinsamen Haushalt gehören und soweit sie für die Fortführung des Haushaltes im bisherigen Umfang benötigt werden. (vgl. JAB 1158 BlgNR 17. GP 5). Der Ehegatte oder eingetragene Partner wird Eigentümer dieser Gegenstände. (149) Dazu gehören beispielsweise Möbel, Kücheneinrichtung, Geschirr, Kunstgegenstände, soweit sie nicht ausschließlich den Charakter einer Wertanlage haben, (150) Rundfunk- sowie Fernsehgeräte (151). Bei Bargeld ist zu unterscheiden. Soweit es sich um allgemeines Barvermögen und Ersparnisse handelt, sind diese jedenfalls nicht Teil des gesetzlichen Vorausvermächtnisses.

Handelt es sich jedoch um speziell für die Wirtschaftsführung vorgesehenes, getrenntes Bargeld so ist es meiner Meinung nach auf Grund der ausdrücklichen Zweckwidmung vom Vorausvermächtnis umfasst. Dies wird in der Lehre jedoch unterschiedlich beurteilt. Auszugsweise dafür *Welser, Ferrari und Likar-Peer*, (152)

dagegen: *Nemeth, Musger und Scheuba* (153)

¹⁴⁷ OGH 7 Ob 2303/96v; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 758 ABGB, Rz 2

¹⁴⁸ *Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 9 Pflichtteilsrecht, Rz 100

¹⁴⁹ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 745 ABGB, Rz 8

¹⁵⁰ *Schauer* in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht² IV. Gesetzliche Erbfolge, Kapitel C.2.

¹⁵¹ *Nemeth* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ § 745 ABGB, Rz 23f

¹⁵² *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 745 ABGB, Rz 9; *Ferrari;Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² Kap 4, Rz 4.44; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 758, Rz 6;

¹⁵³ *Nemeth* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ § 745 ABGB, Rz 23; *Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 5 Gesetzliche Erbfolge, Rz 46; *Scheuba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,05} § 745 ABGB, Rz 4; *Musger* in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ zu § 745 ABGB, Rz3;

Obwohl Haustiere nicht zu den Sachen gezählt werden, werden sie rechtlich als solche behandelt, und sind in Hinblick auf den Normzweck des § 745 ABGB vom gesetzlichen Vorausvermächtnis umfasst. (154)

Ob der PKW des Verstorbenen auch vom Vorausvermächtnis umfasst ist, kommt auf den Einzelfall an. Insbesondere wenn er auch schon bisher vom Ehegatten oder eingetragenen Partner mitgenutzt wurde oder der Wohnort die Nutzung eines PKWs erforderlich macht. (155)

Ob eine Sache als Teil des Haushaltes zum gesetzlichen Vorausvermächtnis zu zählen ist, ist nach einem Teil der Lehre großzügig zu beurteilen. Dagegen aber einschränkend *Deixler-Hübner*, die nur Gegenstände mit Gebrauchswert für den Haushalt erfasst sieht. Dies mit dem überzeugenden Argument des absolut geschützten Erbrechtes. (156)

Entscheidend ist in allen Fällen die tatsächliche Haushaltsführung im Zeitpunkt des Todesfalles. (157)

Dabei ist meiner Meinung nach jedoch nicht auf den Stichtag Todestag abzustellen, sondern ist auch der nähere Zeitraum vor dem Tod zu betrachten und insbesondere muss der gemeinsame Wille des Verstorbenen und dessen Ehegatten oder eingetragenen Partner, wie diese ihren Haushalt weiterführen wollten, berücksichtigt werden. Der § 745 ABGB schließt nicht ausdrücklich die letztwillige Zuwendung einzelner Einrichtungsgegenstände an Dritte aus. Solche Zuwendungen sind zulässig, "wenn dadurch die Lebensverhältnisse des Ehegatten nicht beeinträchtigt werden, insbesondere weil ihm angemessener Ersatz geboten wird". (158)

ii. Nutzungsrecht an der Ehewohnung

Andererseits kommt dem überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner auch das Recht zu in der Ehewohnung weiterzuwohnen.

¹⁵⁴ Scheuba in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 5 Gesetzliche Erbfolge, Rz 46

¹⁵⁵ Musger in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ zu § 745 ABGB, Rz 3;

¹⁵⁶ Ferrari;Likar-Peer in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² Kap 4, Rz 4.44; Welser, Erbrechts-Kommentar § 745 ABGB, Rz 9; Deixler-Hübner in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erbrecht NEU (2015), S 36

¹⁵⁷ Musger in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ zu § 745 ABGB, Rz 3

¹⁵⁸ Musger in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ zu § 745 ABGB, Rz 3

Dieses Recht zur Benützung der bisherigen Ehewohnung ist nur dann zu gewähren, wenn der Ehegatte oder eingetragene Partner nicht auf Grund der Bestimmungen des § 14 MRG, § 14 WEG, § 20 Abs 3 WGG oder auf sonstige Weise (z.B. als Erbe, Vermächtnisnehmer etc.) die Rechte an der Wohnung erwirbt. (159)

Wenn die Wohnung selbst oder das Recht diese zu benutzen nicht in die Verlasseenschaft fällt, dann besteht daran kein Vorausvermächtnis des Wohnens. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn der Verstorbene selbst lediglich eine persönliche Dienstbarkeit an der Wohnung hat, die mit dem Tod des Berechtigten erlischt. (160)

Das Vorausvermächtnis des Wohnens richtet sich nach den tatsächlichen Benützungsverhältnissen zu Lebzeiten der Eheleute. Der Umfang des gesetzlichen Vorausvermächtnisses an der Ehewohnung wird durch die bisherigen Benutzungsverhältnisse bestimmt. (161)

Der OGH hat ausgesprochen, dass ein Wohnrecht im Sinne des gesetzlichen Vorausvermächtnisses auch an einer Wohnung bestehen kann, wenn die Wohnung lediglich vorübergehend und mit dem Willen wieder zurückzukehren verlassen wurde. Als Gründe für die Abwesenheit wurden Urlaub Verwandtenbesuch und Kuraufenthalt, aber auch Gewalttätigkeit des Ehegatten, angeführt. (162)

Die Frage in welchem Umfang eine Wohngelegenheit als Ehewohnung anzusehen ist, ist nach den zu den Bestimmungen der §§ 81 ff EheG entwickelten Kriterien zu beurteilen. Es kann die Ehewohnung auch eine Liegenschaft mit Haus und Garten sein. Auch wenn mehrere Wohnungen vorhanden sein sollten, so bezieht es sich dennoch nur auf eine Wohnung die als „Hauptwohnsitz“ anzusehen ist. (163)

Selbst wenn die Ehegatten, auf Grund des Todesfalles, die von ihnen bestimmte Ehewohnung während aufrechter Ehe nie bewohnt haben, sondern dies nur in der

¹⁵⁹ Scheuba in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 5 Gesetzliche Erbfolge, Rz 47; OGH 2 Ob 102/18s; RIS-Justiz RS0012820

¹⁶⁰ Musger in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ zu § 745 ABGB, Rz 4; RIS-Justiz RS0030723

¹⁶¹ RIS-Justiz RS0012824

¹⁶² OGH 2 Ob 187/06y; RIS-Justiz RS0118648;

¹⁶³ RIS-Justiz RS0097425; Scheuba in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,05} § 745 ABGB, Rz 8; Scheuba in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 5 Gesetzliche Erbfolge, Rz 50; Welser, Erbrechts-Kommentar § 745 ABGB, Rz 14f; Zankl zu OGH 7 Ob 644/95, NZ 1996, 304; a.A. Nemeth in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar § 745 ABGB, Rz 16

Zeit, als sie noch Lebensgefährten waren der Fall war, so besteht an dieser Wohnung ein gesetzliches Vorausvermächtnis. (¹⁶⁴)

Das gesetzliche Vorausvermächtnis ist die erbrechtliche Fortsetzung des zu Lebzeiten bestehenden Anspruchs des Ehegatten oder eingetragenen Partner auf Wohnversorgung gemäß § 97 ABGB.

Dieser Anspruch steht nunmehr zuerst gegen den ruhenden Nachlass und später gegen denjenigen zu, der auf Grund der Ergebnisse des Verlassenschaftsverfahrens die Wohnung übernimmt. Der Übernehmer ist nach den Grundsätzen des § 97 ABGB verpflichtet alles Zumutbare zu unternehmen, um Beeinträchtigungen des gesetzlichen Vorausvermächtnisses des Wohnens zu verhindern. (¹⁶⁵)

Das gesetzliche Vorausvermächtnis des Wohnrechtes ist unentgeltlich. (¹⁶⁶) Die laufenden Betriebs- und Erhaltungskosten der Wohnung sowie auch die laufenden verbrauchsabhängigen Kosten, z.B. Strom und Gas, hat der Berechtigte selbst zu tragen. Es ist irrelevant, inwieweit der Verstorbene zu Lebzeiten für diese Kosten aufgekommen ist. (¹⁶⁷)

Lasten, die nicht die laufenden Betrieb- oder Erhaltungskosten betreffen, insbesondere solche, die mit dem Erwerb der Liegenschaft oder der Errichtung des Gebäudes in Zusammenhang stehen, hat der aus dem gesetzlichen Vorausvermächtnis Berechtigte nicht zu tragen. (¹⁶⁸)

Das gesetzliche Vorausvermächtnis des Wohnens ist bedarfsunabhängig. (¹⁶⁹) Es erlischt auch nicht bei Wiederverheilung des überlebenden Ehepartners oder Eingehens einer neuen eingetragenen Partnerschaft. Auch eine längere Abwesenheit oder das Beziehen einer anderen Wohnung führt nicht zum Erlöschen des Rechtes. Vom gesetzlichen Vorausvermächtnis des Wohnens ist auch das Recht umfasst, Personen bei sich mitwohnen zu lassen, sofern diesen kein eigenes Recht entsteht. Daher ist er nicht berechtigt die Wohnung zu vermieten. (¹⁷⁰)

^{¹⁶⁴} RIS-Justiz RS0118648

^{¹⁶⁵} Scheuba in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 5 Gesetzliche Erbfolge, Rz 48

^{¹⁶⁶} OGH 5 Ob 191/03d

^{¹⁶⁷} OGH 1 Ob 200/14i

^{¹⁶⁸} Musger in *Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB⁷ zu § 745 ABGB, Rz 6

^{¹⁶⁹} OGH 6 Ob 233/04 i

^{¹⁷⁰} Welser, Erbrechts-Kommentar § 745 ABGB, Rz 19; Scheuba in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 5 Gesetzliche Erbfolge, Rz 50f

Jedenfalls kann auf das Recht die Ehewohnung zu bewohnen freiwillig verzichtet werden. Der Ehegatte oder eingetragene Partner kann sich auch nicht auf das gesetzliche Vorausvermächtnis berufen, wenn er im Zuge der Erbschaft die Ehewohnung in sein Eigentum übertragen bekommen hätte, die Wohnung aber nicht übernommen hat (z.B. durch Vermächtnis, Teilungsanordnung, oder nach § 14 WEG). Wenn er die Wohnung übernommen hat erlischt das Nutzungsrecht spätestens mit dem Tod des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner, da es nicht vererblich ist. (¹⁷¹)

Auf Grund der Tatsache, dass das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten oder eingetragenen Partners an der Wohnung zum Todeszeitpunkt des Verstobenen noch nicht bestand und die Liegenschaft damit nicht belastet war, ist dieses Recht bei der Schätzung und Inventarisierung nicht als Last vom Wert der Liegenschaft abzuziehen. (¹⁷²)

In der Praxis führt der Anspruch auf das gesetzliche Vorausvermächtnis dazu, dass der überlebende Ehegatte oder eingetragene Partner in vielen Fällen zum „Haupterben“ wird, wenn außer der Wohnung und den beweglichen Gegenständen des Haushaltes sonst kein nennenswertes Vermögen vorhanden ist. (¹⁷³)

C. Vorausvermächtnis des Lebensgefährten

Es gibt keine gesetzliche Definition einer Lebensgemeinschaft. Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei der Lebensgemeinschaft um eine eheähnliche und auf Dauer angelegte Gemeinschaft von Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechtes. Diese Gemeinschaft muss die Kriterien einer Wohn- Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft erfüllen. (¹⁷⁴)

^{¹⁷¹} Welser, Erbrechts-Kommentar § 745 ABG, Rz 10 und 12; a.A. A Tschugguel, § 14 WEG und Pflichtteilsrecht, NZ 2010/100 hinsichtlich des Verzichtes nach § 14 Abs 1 Z3 WEG, S 369

^{¹⁷²} RIS-Justiz RS0112671; Nemeth in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ § 745 ABGB, Rz 5

^{¹⁷³} Nemeth in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁵ § 745 ABGB Rz 3

^{¹⁷⁴} RIS-Justiz RS0047000

Diese Kriterien müssen jedoch nicht immer gleichzeitig oder in gleicher Intensität vorhanden sein. Mehrere Lebensgemeinschaften können jedoch nicht parallel bestehen. Eine rein freundschaftliche Nahebeziehung erfüllt die Kriterien einer Lebensgemeinschaft nicht. (175)

Im Absatz 2 des § 745 ABGB ist das gesetzliche Vorausvermächtnis des Lebensgefährten normiert. Die Voraussetzung für den Anspruch auf dieses gesetzliche Vorausvermächtnis ist, dass die Lebensgefährten zumindest in den letzten drei Jahren vor dem Ableben des Verstorbenen in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben und der Verstorbene im Zeitpunkt des Todes weder verheiratet war noch in einer eingetragenen Partnerschaft gelebt hat.

Sofern erhebliche Gründe dem gemeinsamen Haushalt entgegenstehen, so besteht dieses Erfordernis nicht, wenn sonst eine typische besondere Verbundenheit im Sinne des § 748 Abs 2 ABGB gegeben ist. (176)

Auch das gesetzliche Vorausvermächtnis des Lebensgefährten umfasst sowohl die zum gemeinsamen Haushalt gehörenden beweglichen Gegenstände, soweit sie zu dessen Fortführung entsprechend den bisherigen Lebensverhältnissen erforderlich sind, als auch das Recht in der gemeinsamen Wohnung weiter wohnen zu können.

Diese Rechte sind jedoch im Gegensatz zu den Ansprüchen des überlebenden Ehegatten oder eingetragenen Partner auf ein Jahr beschränkt. (177)

Auch wenn der § 745 Abs 2 ABGB hinsichtlich der dem überlebenden Lebensgefährten zukommenden Rechte auf Abs 1 verweist, so ist dennoch zu berücksichtigen, dass der Lebensgefährte nicht Eigentümer der beweglichen Gegenstände des Haushaltes wird. Dem Lebensgefährten stehen sowohl an der gemeinsamen Wohnung als auch an den beweglichen Gegenständen des Haushaltes lediglich schuldrechtliche Benützungsrechte zu. (178)

Das gesetzliche Vorausvermächtnis des Lebensgefährten nach § 745 Abs 2 ABGB hat keinen Pflichtteilscharakter. Das gesetzliche Vorausvermächtnis des

¹⁷⁵ Christandl, Die Lebensgemeinschaft im gesetzlichen Erbrecht – zur Überwindung der reinen Statusorientierung im Intestaterbrecht, JBI 2016, 21, S 23

¹⁷⁶ vgl RIS-Justiz RS0118648; Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 5 Gesetzliche Erbfolge, Rz 12

¹⁷⁷ Scheuba in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,05} § 745 ABGB, Rz 13

¹⁷⁸ Deixler-Hübner in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht NEU (2015), S36f; Beclin in Deixler-Hübner (Hrsg), Handbuch Familienrecht², IV. Erbrecht des Lebensgefährten, Kapitel C.

Lebensgefährten kann, im Gegensatz zu dem des Ehegatten oder eingetragenen Partner, letztwillig jederzeit entzogen oder beschränkt werden. Unabhängig, ob ein Enterbungsgrund vorliegt. (179)

Auch der vom gesetzlichen Vorausvermächtnis begünstigte Lebensgefährte hat gemäß § 764 Abs 2 ABGB nicht zur Deckung des Pflichtteils beizutragen.

D. Praktisches Problem des Vorausvermächtnisses

Sachverhalt:

Die Verstorbene hinterlässt ihren Ehegatten und Kinder. Zum Vermögen der Verstorbenen zählt insbesondere auch die Ehewohnung. Es wird keine Vereinbarung hinsichtlich dieser Wohnung geschlossen und macht der Ehegatte sein Vorausvermächtnis geltend. Welche Auswirkungen hat dieses auf den Erb- und Pflichtteilsanspruch des Ehegatten und der Kinder?

Überlegungen aus Sicht des Ehegatten:

Der überlebende Ehegatte kann das gesetzliche Vorausvermächtnis als echtes Vorausvermächtnis zusätzlich zum Erbteil begehren. Im Zuge der Verlassenschaftsabhandlung wird das gesetzliche Vorausvermächtnis der Wohnung üblicherweise als unentgeltliches Wohnungsgebrauchsrecht samt allfälligen Nutzungsrechten an weiteren Gebäuden oder Räumlichkeiten vereinbart. Dies richtet sich ganz nach den bisherigen tatsächlichen Lebensverhältnissen.

Sofern es nicht zu einvernehmlichen Bewertungen durch die Parteien kommt und die Schätzung der Liegenschaft beantragt oder gesetzlich notwendig ist, so ist das Vorausvermächtnis beim Wert der Liegenschaft nicht zu berücksichtigen (180). Somit Berechnet sind der Pflichtteilsanspruch der Parteien von der diesbezüglich unbelasteten Liegenschaft. Als Vermächtnis muss sich der Begünstigte den Wert des Vorausvermächtnisses auf den Pflichtteil gemäß § 780 ABGB anrechnen lassen. Soweit das gesetzliche Vorausvermächtnis des überlebenden Ehegatten aus alters- oder Krankheitsgründen nicht unzumutbar oder nutzlos ist, kann er auf dieses nicht verzichten um den ungeschmälerten Pflichtteil zu erhalten. (181)

¹⁷⁹ Schauer in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht² IV. Gesetzliche Erbfolge, Kapitel D. 2.; *Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 9 Pflichtteilsrecht, Rz 23

¹⁸⁰ Zankl zu OGH 6 Ob 184/99y, ecolex 2000/250

¹⁸¹ vgl. OGH 1 Ob 2364/96w

Überlegungen aus Sicht der Kinder:

Ist der überlebende Ehegatte jung und das gesetzliche Vorausvermächtnis somit von hohem Wert, so kann es dazu kommen, dass die Pflichtteile der Kinder gar nicht gedeckt werden sofern sonst kein wesentliches Vermögen vorhanden ist. Wie schon vorhin beschrieben berechnet sich der Pflichtteil vom Wert der Liegenschaft zum Todeszeitpunkt ohne Berücksichtigung des Vorausvermächtnisses. Dies kann zur Konsequenz haben, dass der Erbe den Pflichtteilsansprüchen der Kinder ausgesetzt ist und diese unter Beachtung des Vorausvermächtnisses nicht gedeckt sind. Der Begünstigte aus dem Vorausvermächtnis hat nämlich nach § 764 Abs 2 ABGB nicht mit diesem zur Pflichtteilsdeckung beizutragen. Es wird teilweise vertreten, dass es sehr wohl eine Beitragspflicht mit dem Gegenwert des gesetzlichen Vorausvermächtnisses besteht. Diese jedoch nachrangig nach den übrigen Beitragspflichtigen. Wenn also die Pflichtteile nicht gedeckt ist muss der Berechtigte aus dem Vorausvermächtnis einen finanziellen Beitrag zur Deckung der Pflichtteile leisten. (182)

Sofern der überlebende Ehegatte auch Erbe oder Vermächtnisnehmer ist, kann vor dem Gerichtskommissär ein Übereinkommen geschlossen werden nach dem das vom Ehegatten zu übernehmende Vermögen (oder dessen Gegenwert), soweit es nicht dessen Vorausvermächtnis betrifft oder den eigenen Pflichtteil schmälert, den verkürzten Pflichtteilsberechtigten zur Deckung der Pflichtteilsansprüche übertragen wird.

Ist der überlebende Ehegatte jedoch selbst nur Pflichtteilsberechtigter und bekommt neben dem Vorausvermächtnis kein Vermögen, so müssen die Parteien auf die strittige Rechtslage hingewiesen werden.

XIV. Inventarisierung und Bewertung der Wohnung

Das Inventar ist als genaues und möglichst vollständiges Verzeichnis des beweglichen und unbeweglichen Vermögens, welches sich zum Zeitpunkt des Todes des

¹⁸² W Tschugguel, Wohnvoraus des Ehegatten in Kollision mit dem Pflichtteilsrecht der Kinder, iFamZ 2013, 254; aA Rabl, Erbrechtsreform 2015 - Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015/107, S 325; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 764 Rz 3

Verstorbenen in dessen Besitz befand. Dieses Vermögen ist auf den Todeszeitpunkt zu bewerten. (183)

Der Gerichtskommissär ist in den Fällen des § 165 Abs 1 AußStrG gesetzlich verpflichtet ein Inventar zu errichten,

1. wenn eine bedingte Erbantrittserklärung abgegeben wurde;
2. wenn Personen, die als Pflichtteilsberechtigte in Frage kommen, minderjährig sind oder aus anderen Gründen einen gesetzlichen Vertreter benötigen;
3. wenn die Absonderung der Verlassenschaft (§ 812 ABGB) bewilligt wurde;
4. soweit auf eine Nacherbschaft Bedacht zu nehmen ist oder letztwillig eine Privatstiftung errichtet wurde;
5. wenn die Verlassenschaft dem Staat als erblos zufallen könnte (§ 184);
6. soweit eine dazu berechtigte Person oder der Verlassenschaftskurator dies beantragt;
7. wenn das Erbstatut die Haftung des Erben auf den Wert der Verlassenschaft beschränkt oder der Erbe durch Erklärung die Haftung darauf beschränkt.

In all diesen Fällen ist das Inventar von Amts wegen zu errichten. (184)

Ferner ist auch auf Antrag eines Erben oder Pflichtteilsberechtigten die Schätzung und Inventarisierung vorzunehmen.

A. Der Haustrat

Der sich in einer Wohnung befindliche bewegliche Haustrat und das Gebrauchsvermögen sowie andere bewegliche Sachen von offensichtlich geringem Wert können von allen Parteien gemeinsam bewertet werden. Dies, sofern deren Angaben unbestritten und unbedenklich sind und keine Schätzung durch einen Sachverständigen beantragt wurde.

Unter Haustrat und Gebrauchsvermögen fallen grundsätzlich die beim gesetzlichen Vorausvermächtnis als bewegliche zum Haushalt gehörende Gegenstände. Dies jedoch mit der Einschränkung, dass die Bewertung durch die Parteien selbst nur

¹⁸³ Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 802 ABGB, Rz 9

¹⁸⁴ Verweijen, Handbuch Verlassenschaftsverfahren³ X. Verlassenschaftsabhandlung, Kapitel I.1.

erfolgen darf, wenn es sich um offensichtlich geringwertige Gegenstände handelt. Ansonsten ist ein Sachverständiger beizuziehen. (185)

B. Die Mietwohnung

Das Mietrecht selbst stellt in Hinblick auf die Kündigungsmöglichkeiten des § 1116a ABGB, üblicherweise keinen Vermögenswert dar. Anderes gilt, wenn eine gesetzliche (§14 MRG) oder vertragliche Kündigungsbeschränkung vorliegen.

Nachdem das Inventar gemäß § 166 Abs 1 AußStrG ein möglichst vollständiges Verzeichnis der Verlassenschaft (§531 ABGB) und auch alle vererblichen Rechte umfasst, ist ein durch Kündigungsbeschränkungen geschütztes Mietrecht in das Inventar aufzunehmen. (186)

Da Rechte als bewegliche Sachen qualifiziert werden (§ 298 ABGB) ist deren Bewertung nach § 167 AußStrG vorzunehmen und kann, soweit keine anderen Umstände dagegensprechen, diese von den Parteien vorgenommen werden.

Anders zu beurteilen ist jedoch der Anspruch auf die Rückzahlung der Kaution, von Ausgleichsansprüchen gegen den Übernehmenden aufgrund Mietzinsvorauszahlungen des Verstorbenen und des Finanzierungsbeitrags bei Genossenschaftswohnungen. Diese Auszahlungsansprüche hängen mit der Rückstellung des Mietobjektes zusammen. Es wäre also nur zu inventarisieren, wenn es im Zuge der Verlassenschaft zu einer Auflösung des Mietverhältnisses kommt. Wird das Mietverhältnis z.B. durch eintrittsberechtigte Personen fortgesetzt, so kann nur ein Verwendungs- bzw. Bereicherungsanspruch, gegen den in das Mietverhältnis Eintretenden in das Inventar aufgenommen werden. (187)

C. Die Eigentumswohnung

Ist im Nachlass ein mit Wohnungseigentum verbundener Mindestanteil vorhanden, so ist dieser als unbewegliche Sache grundsätzlich mit dem 3-fachen Einheitswert in das Inventar aufzunehmen. Eine Bewertung nach dem

¹⁸⁵ Spruzina in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 167 AußStrG, Rz 2ff

¹⁸⁶ Spruzina in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I² § 166, Rz 22; LGZ Wien 14.2.1996, 43 R 122/96a, EFSIg 82.960

¹⁸⁷ Schweda, Das Verlassenschaftsinventar (Teil I), EF-Z 2016/86, S 188; RIS-Justiz RS0116683, Vonkilch, Mietzinsvorauszahlungen, Baukostenbeiträge und wohnrechtliche Sondererbfolge (§ 14 MRG), NZ 2000, 321, Kapitel VII.

Liegenschaftsbewertungsgesetz zum Todestag hat nur zu erfolgen, wenn dies beantragt wird oder im Interesse eines Pflegebefohlenen notwendig ist. (188)

Sofern der verstorbene Eigentümer eines halben Mindestanteils, welcher untrennbar mit Wohnungseigentum verbunden ist, war und eine Eigentümerpartnerschaft begründet wurde, so ist dieser halbe Mindestanteil mit dem untrennbar verbundenen Wohnungseigentum im Inventar zu beschreiben.

Wenn es sich um einen unmittelbaren Eigentumserwerb nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG handelt, ist der halbe Mindestanteil mit dem Verkehrswert als Übernahmspreis zu bewerten und dieser Übernahmspreis in das Inventar aufzunehmen. Soweit die Voraussetzungen des § 14 Abs 3 WEG erfüllt sind, beträgt der im Inventar aufzunehmende Übernahmspreis ein Viertel des Verkehrswertes des Mindestanteils. (189)

Eine einvernehmliche Festsetzung des Übernahmspreises ist, wenn ein Inventar zu errichten ist, nicht möglich. Dies ist insbesondere zu beachten, wenn Minderjährige beteiligt sind.

Wurde eine Vereinbarung nach § 14 Abs 5 WEG geschlossen so ist der halbe Mindestanteil mit dem zu bezahlenden Übernahmspreis im Inventar auszuweisen, da die Substituierung des halben Mindestanteils durch den Übernahmspreis nicht ex lege passiert, sondern der halbe Mindestanteil zuerst in den Nachlass fällt. Auf der anderen Seite ist dann der Anspruch des Dritten auf Herausgabe des halben Mindesteigentumsanteil zu passivieren. (190)

Wurde die Zahlungspflicht letztwillig erlassen, so ist dieser Umstand im Inventar nicht aufzunehmen. Sofern der Erlass jedoch durch Schenkung auf den Todesfall erfolgt, die ja als Vertrag unter Lebende gilt, so ist der Übernahmspreis als Aktivum und die Verpflichtung auf dessen Verzicht als Passivum zu inventarisieren. (191)

¹⁸⁸ Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 11 Verlassenschaftsverfahren, Rz 100; Spruzina in Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² § 167 AußStrG, Rz 6

¹⁸⁹ Bartosch, Die Eigentümerpartnerschaft im Todesfall nach der Wohnrechtsnovelle 2006, NZ 2008/2, S 12 (die für die Inventarisierung des halben Mindestanteils ohne Berücksichtigung der Begünstigung nach § 14 Abs 3 WEG eintritt); Frei, Wohnungseigentum von Partnern im Todesfall nach der WRN 2006, NZ 2006/70; Höllwerth in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 86

¹⁹⁰ Höllwerth in Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG⁴ zu § 14 WEG, Rz 87

¹⁹¹ OGH 6 Ob 574/90, NZ 1991, 249; OGH 2 Ob 59/23z; OGH 2 Ob 107/23h, NZ 2023/195, Rz 24; Frei, Wohnungseigentum von Partnern im Todesfall nach der WRN 2006, NZ 2006/70, Fall I

Wurde eine Vereinbarung gemäß § 14 Abs 1 Z 2 WEG geschlossen, so ist der halbe Mindestanteil wie gewöhnliches Liegenschaftsvermögen zu bewerten und im Inventar aufzunehmen. (192)

XV. Zusammenfassung:

Die im österreichischen Recht gewählte Lösung, dass zwischen dem Tod und der Einantwortung der ruhende Nachlass mit Rechtspersönlichkeit besteht, führt zu einem rechtlichen Schwebezustand, der für viele Parteien unverständlich ist.

Gerade die Wohnung und die damit verbundenen Kosten und Risiken bedarf eines raschen und praxisorientierten Handelns.

Die Weiternutzung der Wohnung des Verstorbenen unmittelbar nach dessen Tod führt in der Regel meist zu keinen Problemen, da üblicherweise familiäre Nahebeziehungen zu den Mitbewohnern bestanden haben. Hinsichtlich der Verwaltung und Vertretung des ruhenden Nachlasses sollten primär die potentiellen Erben tätig werden. Hier kommt es dann auf die jeweilige konkrete Situation und auf die Vertragspartner an, inwieweit Vertretungsnachweise oder eine Kuratorenbestellung notwendig sind. Im Zweifel sollte die Handlung dem Verlassenschaftsgericht zur Genehmigung vorgelegt werden.

Bei der Mietwohnung ist zu unterscheiden, ob das Mietverhältnis aufrecht bleiben soll. Gerade wenn das Mietverhältnis nicht fortgesetzt werden soll, stellt sich wieder das Problem der aktiven und passiven Vertretung der Verlassenschaft. Dies führt in der Praxis leider zu Verzögerungen und daher zu Kosten auf Grund der fortlaufenden Zahlungsverpflichtungen. Besteht der Wunsch, das Mietverhältnis fortzusetzen, so bietet § 14 MRG für die Personen, die das Gesetz als schutzwürdig betrachtet und bei denen ein besonderer Bedarf besteht, ein privilegiertes Eintrittsrecht. Dieses Eintrittsrecht hat aber nicht nur Vorteile.

Bei der Genossenschaftswohnung ist man in Hinblick auf den Verweis auf das MRG mit denselben Problemen wie bei der Mietwohnung konfrontiert. Besonderheiten finden sich natürlich bei der Mietzinsbildung und vor allem bei der Beurteilung des Finanzierungsbeitrages, der im Gegensatz zur Kaution laufend abgeschrieben wird.

¹⁹² *Frei*, Wohnungseigentum von Partnern im Todesfall nach der WRN 2006, NZ 2006/70, Fall II

Die Eigentumswohnung im alleinigen Eigentum des Verstorbenen wird in der Verlassenschaft, mit gewissen Abweichungen, wie das übrige Liegenschaftsvermögen behandelt, insbesondere mit der Einschränkung der Anzahl der Miteigentümer.

Demgegenüber besteht dann die Regelung des § 14 WEG, der das Schicksal des halben Mindestanteils eines verstorbenen Eigentümerpartners eigenständig und abweichend vom sonstigen Vermögen einer verstorbenen Person regelt. Hier bieten sich auch sehr viele Möglichkeiten, schon zu Lebzeiten der beiden Eigentümerpartner das Schicksal des halben Mindestanteils im Todesfall zu bestimmen und den Übernehmer z.B. durch den Erlass der Verpflichtung zur Zahlung eines Übernahmspreises vor weitreichenden finanziellen Konsequenzen zu bewahren.

Um den Ehegatten oder eingetragenen Partner und in sehr eingeschränkter Weise auch den Lebensgefährten zu schützen, findet sich im § 745 ABGB die Bestimmung des gesetzlichen Vorausvermächtnisses. Dieses Gesetzesbestimmung, welche die Kontinuität des gewohnten Lebensraumes sichern soll, birgt im Detail sehr viele Fragen. Insbesondere was den Umfang und die Konkurrenz zu den Pflichtteilsansprüchen angeht gibt es sehr viele Meinungen welche teilweise sehr unterschiedlich sind. Dabei kann der Gerichtskommissär nur versuchen die Parteien zu einer einvernehmlichen Lösung anzuleiten.

Bei der Bewertung und Inventarisierung ist auf den Todeszeitpunkt abzustellen. Hierbei sollte darauf Bedacht genommen werden, dass der Haustrat und das Gebrauchsvermögen sehr oft einen geringen Wert haben und nicht immer zwingend eine Schätzung notwendig ist. Bei der Miet- oder Genossenschaftswohnung ist auf die Kaution, allfällige Mietzinsvorauszahlungen und den Finanzierungsbeitrag Rücksicht zu nehmen. Die Eigentumswohnung kann als unbewegliche Sache in sehr vielen Fällen mit dem 3-fachen Einheitswert aufgenommen werden. Eine Schätzung die nicht erforderlich ist, hat zu unterbleiben. Gerade im Anwendungsbereich des § 14 WEG kommt es für die Frage, was im Inventar aufgenommen werden soll, darauf an, welches Schicksal der halbe Mindestanteil hat. Grundsätzlich ist der Gerichtskommissär an gehalten in allen Verlassenschaften die Beteiligten mit besonderer Sensibilität zu belehren und anzuleiten.

XVI. Quellen:

Aichberger-Beig, Die Ehewohnung im Todesfall, EF-Z 2011/30

Artner/Kohlmaier, Praxishandbuch Immobilienrecht4 (2023)

Bartosch, Die Eigentümerpartnerschaft im Todesfall nach der Wohnrechtsnovelle 2006, NZ 2008/2

Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht I (2017)

Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht II (2019)

Böhm/Pletzer/Schinnagl/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg.), GeKo Wohnrecht III (2023)

Bydlinski/Perner/Spitzer (Hrsg), KBB – Kurzkommentar zum ABGB7 (2023)

Christandl, Die Lebensgemeinschaft im gesetzlichen Erbrecht – zur Überwindung der reinen Statusorientierung im Intestaterbrecht, JBI 2016, 21

Deixler-Hübner/Schauer, EuErbVO-Kommentar² (2020)

Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht NEU (2015)

Deixler-Hübner (Hrsg), Handbuch Familienrecht2 (2020)

Entleitner, Benützung, Verwaltung und Vertretung der Verlassenschaft bei Uneinigkeit der Erben, NZ 2021/106

Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht2 (2020)

Frei, Wohnungseigentum von Partnern im Todesfall nach der WRN 2006, NZ 2006/70,

Garzon, WGG gilt auch bei "Soforteigentum" nicht, immolex 2022/133

Gitschthaler/Höllwerth, AußStrG I² (2019)

Gruber, Sicherheitsleistung für Unterhaltsansprüche, Glosse zu OGH 2 Ob 128/16m, iFamZ 2017/135

Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge2 (2017)

Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - MRG4 (2021)

Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Kommentar Österreichisches Wohnrecht - WEG4 (2017)

Hofmann, Die Neuregelung der Eigentümerpartnerschaft im Todesfall (§ 14 WEG 2002) durch die Wohnrechtsnovelle 2006 (Teil I), FamZ 2006, 228

Hopf/Kathrein, Eherecht3 (2014)

Illedits, Wohnungseigentum im Todesfall (Stand 08.12.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)

Illedits (Hrsg), Wohnrecht4 (2022)

Illedits/Illedits-Lohr (Hrsg), Wohnungseigentum7 (2022)

Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2010 ff)

Kothbauer, Investitionskostenersatz für Mieter, immolex 2011, 256

Kothbauer, Zur Fortsetzung des Mietverhältnisses nach dem Tod des Wohnungsmieters, immolex 2018, 200

Kolmasch (Hrsg), Das Wohnungseigentumsgesetz2 (2006)

Krist, Unterliegt die Anwachsung nach § 14 Abs 1 Z 1 WEG der EuErbVO? NZ 2016/126

Likar-Peer, Die Neufassung des § 14 WEG 2002 durch die WRN 2006, immolex 2006, 294

Markl/Hechenbichler, Eigentümerpartnerschaft im Todesfall, EF-Z 2007/4

Mondel, Aus der Erbrechtspraxis des Dr. M., iFamZ 2015, 76;

Mondel, Das Recht der Kuratoren3 (2021)

Mondel, Die praktische Handhabung der Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses, NZ 2006/54

Mondel, Die gerichtliche Zustimmung zum Verkauf einer Liegenschaft durch den Verlassenschaftskurator, Glosse zu 2 Ob 45/15d, iFamZ 2016/37 und Umfang der Vertretungsbefugnis des Verlassenschaftskurators, Glosse zu 1 Ob 245/12d, iFamZ 2014/68

Neumayr, Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis, NZ 2020/26

Pittl, Wohnungseigentumsrecht (2021)

Prader, Manz Wohnrecht MRG (2000ff)

Prader, Kauf einer neuen WGG Immobilie - Fluch oder Segen?, ImmoZak 2020/29,

Prader, Manz Wohnrecht WGG (2000ff)

Prader/Pittl, WohnungsgemeinnützigeGesetz2 (2022)

Rabl, Erbrechtsreform 2015 - Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015/107

Rainer, Handbuch des Miet- und Wohnrechts (2023, 35. Erg.Ifg)

Rummel, ABGB3 (2003)

Rummel/Lukas, ABGB4 (2017)

Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB4 (2022)

Schweda, Das Verlassenschaftsinventar (Teil I), EF-Z 2016/86,

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar4 (2014)

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar5 (2018)

Spitzer, Benützung, Verwaltung und Vertretung des Nachlasses (§ 810 ABGB neu), NZ 2006/8

A Tschugguel, Die Vereinbarung der Eigentumspartner nach § 14 Abs 5 WEG 2002 aus Sicht des Gerichtskommissärs, EF-Z 2013/40

A Tschugguel, Rückgabe einer nachlasszugehörigen Mietwohnung genehmigungsbedürftig? Glosse zu LGZ Graz 5 R 11/13v, EF-Z 2014/24

A Tschugguel, § 14 WEG und Pflichtteilsrecht, NZ 2010/100

W Tschugguel, Wohnvoraus des Ehegatten in Kollision mit dem Pflichtteilsrecht der Kinder, iFamZ 2013, 254

Verweijen, Handbuch Verlassenschaftsverfahren3 (2021)

Vonkilch, Mietzinsvorauszahlungen, Baukostenbeiträge und wohnrechtliche Sondererbsfolge (§ 14 MRG), NZ 2000, 321.

Welser, Erbrechts-Kommentar (2018)

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht23 (2015)

Zankl zu OGH 7 Ob 644/95, NZ 1996, 304

Zankl zu OGH 6 Ob 184/99y, ecolex 2000/250