

von einem ausschreibungspflichtigen Bauauftrag auszu- gehen sein. Nur bei der Entwicklung von Standardimmobilien, wie bspw eben Büroimmobilien, kann die Ausnahme vom Vergaberecht erfüllt sein.

- ▶ Anforderungen des Auftraggebers, die nicht über die üblichen Vorgaben von Mietern von Standardimmobilien hinausgehen, begründen keine relevante Einflussnahme. Auch wenn eine solche Qualifikation eine Einzelfallentscheidung bleibt, können durch Vorgaben in Bau- und Ausstattungsbeschreibungen bzw Raum- und Funktionsprogrammen bestimmte Anforderungen an die Innenausstattung formuliert werden, insb wenn diese darauf abzielt, eine gewisse Modularität der Innenausstattung zu gewährleisten (bspw Bodengestaltung; Gestaltung von Kühlmöglichkeiten; Gestaltung nicht tragender Wände; Vorgabe von Zertifizierungen, wenn diese auch für den Vermieter vorteilhaft sein können).
- ▶ Voraussetzung bleibt aber weiterhin die Möglichkeit, den Mietgegenstand ohne großen Aufwand (umgehend) an Dritte vermieten bzw veräußern zu können. Maßgeblich ist ebenso die Anmietungsdauer, um bestimmte Vorgaben zu rechtfertigen (im Fall Rs C-537/19, *Wiener Wohnen*, bspw die Anforderung an die Dimension der Elektroverteilung mit einer Platzreserve von 25%).
- ▶ Anforderungen an die architektonische Gebäudestruktur, wie Größe, Außenwände und tragende Wände, begründen eine relevante Einflussnahme und damit einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag.
- ▶ Anforderungen an die Gebäudeeinteilung stellen nur dann eine relevante Einflussnahme dar, wenn sie besonders umfangreich oder so „eigenartig“ sind, dass das Gebäude nicht mehr uneingeschränkt an Dritte wiederverwertbar ist und insofern unübliche Anforderungen gestellt werden.

- ▶ Maßnahmen zur Sicherstellung einer entsprechenden Baumsetzung, wie insb eine Beauftragung einer externen begleitenden Kontrolle, die den Baufortschritt zur Sicherstellung der rechtzeitigen Bezugsmöglichkeit überwacht, begründen keine relevante Einflussnahme.
- ▶ Sicherstellung einer ausreichenden Dokumentation, dass keine Einflussnahme auf die Art oder die Planung des Vorhabens bzw keine Errichtung nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers erfolgt ist, bspw durch Beilage einer entsprechend detaillierten Bebauungsstudie.

## Schlussstrich

- ▶ Der Abschluss von Bestandverträgen mit der öffentlichen Hand kann bei noch nicht errichteten Gebäuden einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag darstellen, wenn nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers gebaut wird bzw dieser einen entscheidenden Einfluss auf die Art oder die Planung des Vorhabens nimmt.
- ▶ Wird das Vergaberecht nicht eingehalten, drohen schwerwiegende Rechtsfolgen, wie die Nichtigkeitserklärung des Vertrags, Bußgelder oder Schadenersatzansprüche, die bspw bei Forward Deals besonders kritisch sein können.
- ▶ Der EuGH hat in seinem aktuellen Urteil in der Rs C-537/19, *Wiener Wohnen*, die Grenzen für die relevante Einflussnahme neu gezogen. Auch wenn eine Qualifikation als Bauauftrag - und damit auch die Gestaltung des Bestandvertrags - immer eine Einzelfallentscheidung bleibt, gibt der EuGH darin einen recht detaillierten Rahmen vor, welche Vorgaben der öffentlichen Hand an noch zu errichtende Bauwerke vergaberechtlich „unschädlich“ sind und damit wertvolle Leitlinien für die Praxis.

## RECHTSPRECHUNG

Bearbeitet von Natascha Brandstätter, Christina Buchleitner, Alexander Figl, Ljubica Mrvošević, Nikolas Raunigg, Peter Schwarzenegger, Philipp Staudigl und Eva Tscherner

# Relative Zeugnisunfähigkeit: Widerruf eines Vermächtnisses als Zuwendung an gesetzliche Erben

ecolex 2021/515

## § 588 ABGB

OGH 18. 12. 2020, 2 Ob 84/20x

fremdhändiges Testament; relative Zeugnisunfähigkeit; Zuwendung; Widerruf einer Erbeneinsetzung; Widerruf eines Vermächtnisses

**§ 588 ABGB stellt auf die einzelnen dem Erben zugedachten Zuwendungen ab und nicht auf eine Gesamtbetrachtung sämtlicher aus einer letztwilligen Verfügung erwachsender Vor- und Nachteile.**

### Sachverhalt:

Der Erblasser hinterließ zwei Testamente. Im jüngeren Testament widerrief er ua die ältere Anordnung und setzte die Bekl zur Al-

leinerbin ein. Als Testamentszeugen dieser fremdhändigen Verfügung fungierten (neben einem fähigen Zeugen) die Tochter und der Lebensgefährte der Bekl, weshalb deren Erbeneinsetzung jedenfalls als ungültig angesehen wurde.

Fraglich war, ob die Zeugen auch hinsichtlich des Widerrufs der früheren Anordnung relativ unfähig waren. In dieser hatte der Erblasser neben seinem Bruder, seinem Neffen und einer weiteren Person auch die Bekl (zu 1/3) als Erbin eingesetzt sowie ein Vermächtnis an die Mutter des Kl verfügt.

Die Verlassenschaft wurde den gesetzlichen Erben eingewortet, zu denen auch die Bekl zu 1/4 zählte. Der Sohn der Vermächtnisnehmerin aus der älteren Verfügung begehrte die Auszahlung eines Viertels der Summe des Geldvermächtnisses von der bekl Erbin. Alle drei Instanzen gaben dem Klagebegehren statt.

**Anmerkung:**

Die Beklagtenvertreter hatten vorgebracht, dass der Bekl aufgrund der gesetzlichen Erbfolge 1/4 der Verlassenschaft eingantwortet wurde (rund € 675.000,-), was in einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung weniger sei als nach dem älteren Testament, bei dessen Gültigkeit sie zu 1/3 Erbin geworden wäre und in diesem Verhältnis auch zum Geldvermächtnis der Mutter des Kl hätte beitragen müssen, wodurch ihr immer noch rund € 850.000,- geblieben wären. Insgesamt sei also der Widerruf der (ganzen) älteren Verfügung für ihre Mandantin nicht vorteilhaft, weshalb darin keine Begünstigung liege und insofern der Zeugenausschluss des § 588 nicht zum Tragen komme.

Der OGH lehnte diese wirtschaftliche Gesamtbetrachtung ab. Es entspreche nämlich nicht dem Zweck des § 588 ABGB, dass eine Begünstigung aus einem Widerruf einer früheren letztwilligen Verfügung nur anzunehmen sei, wenn sich bei der Gegenüberstellung des gesamten Inhalts dieses Testaments und der Situation nach dessen Wegfall rechnerisch ein Vorteil ergebe. Somit ist für jede Anordnung einer letztwilligen Verfügung einzeln zu prüfen, ob sie als eine Zuwendung an die den Zeugen nahestehende Person zu qualifizieren ist, was die Zeugen zu unfähigen Zeugen dieser Anordnung werden lässt; kurz: Einzel- statt Gesamtbetrachtung.

Im konkreten Fall stellte der Widerruf der Erbeinsetzung keine Zuwendung an die den Zeugen nahestehende Bekl dar (gesetzliche Erbin zu 1/4 statt testamentarische Erbin zu 1/3), während der Widerruf des Vermächtnisses sehr wohl deren Begünstigung nach sich gezogen hätte. Denn als gesetzliche Erbin hat die Bekl zur Entrichtung des Geldvermächtnisses beizutragen. Vom Wegfall des Vermächtnisses durch Widerruf hätte die Bekl profitiert.

Es galt folglich für die beiden Anordnungen der früheren Verfügung Unterschiedliches: In Bezug auf den Widerruf der Erbeinsetzung waren die beigezogenen Zeugen fähige Zeugen. Den Widerruf des Vermächtnisses konnten sie demgegenüber (zumindest hinsichtlich der Bekl) nicht gültig bezeugen, sodass das Vermächtnis aus der älteren Verfügung jedenfalls insofern aufrecht blieb. Es war daher (genauso wie ein Vermächtnis aus der jüngeren Verfügung) zu leisten.

Dieses Ergebnis ist konsequent, wenn man die Prämisse von der Einzelbetrachtung teilt, wirft allerdings Folgefragen auf: Hätte der Kl auch das gesamte Vermächtnis von der Bekl fordern können (§ 649 Abs 2 Satz 1 ABGB)? Falls ja, hätte die Bekl den anteilmäßigen Ersatz von den übrigen Erben gem § 649 Abs 2 Satz 2 ABGB begehren können? Diese Fragen stellen sich vor allem vor dem Hintergrund, dass die Testamentszeugen in Bezug auf die übrigen Erben offenbar (bedauerlicherweise fehlen in der knappen Entscheidung des OGH genaue Angaben zu den Verwandtschaftsverhältnissen) fähige Zeugen waren, weshalb der Widerruf des Vermächtnisses aus der früheren Anordnung ihnen gegenüber wohl gültig war.

UE ist schon die erste Frage zu verneinen. Denn es würde dem wahren Willen des Erblassers, das Vermächtnis aufzuheben, wi-

dersprechen (§ 553 Satz 2 und 3 ABGB), diese Aufhebung, weil sie aus formalen Gründen nicht (wie gewollt) zu 100% wirksam werden kann, nicht einmal teilweise wirksam werden zu lassen. Damit steht fest, dass das Vermächtnis nicht mehr in vollem Umfang zusteht. Von der Gläubigerseite her betrachtet, spricht also alles für ein nur teilweises Aufrechterhalten des Vermächtnisses und eine bloß darauf bezogene Haftung der Bekl.

In welchem Umfang der Widerruf wirksam wird, ist nun § 649 Abs 2 Satz 1 und 2 ABGB zu entnehmen. Von der Schuldnerseite her betrachtet, ergibt sich daraus die Grundregel, mehrere Vermächtnisschuldner im Außenverhältnis zwar zur ungeteilten Hand haften zu lassen (Satz 1), im Innenverhältnis (Satz 2) und damit im Endergebnis aber den einzelnen Vermächtnisschuldner nur mit dem der Erbquote entsprechenden Anteil des Vermächtnisses wirtschaftlich zu belasten. Dieser Anteil ist hier ein Viertel des ursprünglichen Vermächtnisses. In diesem Umfang bleibt das Vermächtnis aufrecht und die Bekl hat es als einzige verbleibende Vermächtnisschuldnerin zu leisten.

Zusätzliche Fragen stellen sich, wenn Gegenstand eines wie im Anlassfall nur teilweise wirksam widerrufenen Vermächtnisses nicht eine aliquotierbare Geldsumme, sondern eine unteilbare Sache (etwa ein in der Verlassenschaft vorhandenes Schmuckstück) ist. Nach § 649 Abs 2 Satz 1 und 2 ABGB soll auch in einem solchen Fall die wirtschaftliche Last des Vermächtnisses grundsätzlich von allen Erben anteilig getragen werden; jener Erbe, der den Vermächtnisgegenstand aus seiner Erbquote leisten muss, hat daher Anspruch auf Wertersatz gegen seine Miterben. Ist dies infolge einer Befreiung der Miterben von der Vermächtnisschuld durch teilwirksamen Vermächtniswiderauf ausgeschlossen, verbleiben zwei Lösungsmöglichkeiten: Entweder der einzige verbleibende Vermächtnisschuldner muss das Vermächtnis in voller Höhe leisten und wird damit auch endgültig wirtschaftlich belastet, wodurch der teilwirksame Vermächtniswiderauf die Wirkung einer Anordnung nach § 649 Abs 2 Satz 3 hätte, oder der Vermächtnisnehmer kann das Vermächtnis nur gegen Zahlung einer Geldsumme fordern, deren Höhe so bemessen ist, dass dem leistungspflichtigen Vermächtnisschuldner nur der seiner eigenen Erbquote entsprechende Anteil des Vermächtnisses zur Last fällt. Da der erste Lösungsweg dem immerhin teilweise formgültig erklärten Widerrufswillen des Erblassers nicht einmal teilweise Rechnung trägt, sollte uE dem zweiten Lösungsweg der Vorzug gegeben werden; so rückt ein teilwirksamer Vermächtniswiderauf das Vermächtnis in die Nähe eines Aufgriffsrechts. Auf Folgejudikatur darf man jedenfalls gespannt sein.

Dr. **Eva Tscherner** ist Rechtsanwältin bei hba Rechtsanwälte, E-Mail: [etscherner@hba.at](mailto:etscherner@hba.at)

Dr. **Peter Schwarzenegger** ist Ass.-Prof. am Institut für Zivilrecht, Österreichisches und Internationales Privatrecht der Universität Graz, E-Mail: [peter.schwarzenegger@uni-graz.at](mailto:peter.schwarzenegger@uni-graz.at)

## Das Verbot des *pactum de quota litis* steht der Absicherung der Finanzierung eines Prozesses gegen einen Teil der Erfolgsprämie nicht entgegen

ecolex 2021/516

§ 870, § 879 Abs 2 Z 2 und 4 ABGB

OGH 25. 3. 2021, 2 Ob 10/21s

Erfolgshonorar; *pactum de quota litis*; Prozessfinanzierung

**1. Vermittelt ein Rechtsanwalt einem Investor die Finanzierung eines Prozesses gegen eine prozentuelle Beteiligung am Pro-**

**zesserfolg (bzw der Vergleichssumme) und übernimmt der Anwalt wiederum gegen eine Risikoprämie die Haftung für den Fall des Kapitalverlusts, ist das Verbot des *pactum de quota litis* iSd § 879 Abs 2 Z 2 ABGB im Verhältnis zwischen Anwalt und Investor nicht unmittelbar anwendbar. Gegenstand der Vereinbarung ist nämlich die Absicherung eines vom Investor**