



DISSERTATION | DOCTORAL THESIS

Titel | Title

Die Haftung des Geschenknehmers für die Erfüllung von
Pflichtteilsansprüchen

verfasst von | submitted by

Karina Zotter LL.B. (WU) LL.M. (WU)

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt | Degree
programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt | Field of
study as it appears on the student record
sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von | Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Brigitta Zöchling-Jud

Meinem Ausbildungsnotar

Dr. Josef Strommer

verst. 7. April 2024

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	X
A. Einführung	1
B. Historische Entwicklung	2
I. Ursprüngliche Regelung aus dem Jahr 1811	2
1. Allgemeines	2
2. Pflichtwidrige Schenkung als Voraussetzung	3
3. Aktivlegitimation.....	4
4. Passivlegitimation.....	5
5. Haftungsumfang	6
6. Kritik.....	7
II. Änderungen durch die dritte Teilnovelle des ABGB.....	8
1. Allgemeines	8
2. Unzureichende Verlassenschaft als Voraussetzung	9
3. Aktivlegitimation.....	9
4. Passivlegitimation.....	10
5. Haftungsumfang	11
6. Kritik.....	12
III. Die Neuregelung durch das ErbRÄG 2015	14
1. Allgemeines	14
2. Die gesetzliche Regelung im Überblick	15
C. Anwendungsbereich der §§ 789 ff ABGB.....	17
I. Allgemeines	17
II. Problemstellungen und Meinungsstand	18
III. Stellungnahme	19
D. Anspruchsberechtigte.....	20
I. Der verkürzte Pflichtteilsberechtigte und seine Gesamtrechtsnachfolger	20
II. Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft	21
1. Problemstellung	21
2. Meinungsstand.....	22
a) Allgemeines	22
b) Proportionale Aufteilung	22

c) Sukzessive Gleichstellung	24
3. Stellungnahme	25
E. Anspruchsgegner.....	26
I. Der Geschenknnehmer und seine Gesamtrechtsnachfolger.....	26
II. Mehrere Geschenknnehmer	27
1. Gesetzliche Regelung	27
2. Problemstellungen	28
3. Ausfall eines Geschenknnehmers	29
a) Meinungsstand	29
b) Stellungnahme.....	31
4. Für die Berechnung des Haftungsverhältnisses maßgeblicher Wert des Geschenks	33
a) Meinungsstand	33
b) Stellungnahme.....	34
F. Gegenstand und Umfang der Haftung	37
I. Gesetzliche Regelung	37
II. Haftung „nur mit der zugewendeten Sache“	38
1. Problemstellung	38
2. Entstehungsgeschichte	38
3. Meinungsstand.....	39
4. Stellungnahme	39
III. Befreiung von der Zahlungspflicht durch Herausgabe der geschenkten Sache?	41
1. Problemstellung	41
2. Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015	41
3. Meinungsstand.....	42
4. Stellungnahme	43
IV. Für die Feststellung des Haftungsumfangs maßgeblicher Zeitpunkt.....	47
1. Problemstellung	47
2. Meinungsstand.....	47
3. Stellungnahme	49
G. Der Einfluss von Vereinbarungen auf die Haftung.....	50
I. Allgemeines	50
II. Vereinbarung der Hinzurechnung.....	51
1. Gesetzliche Regelung	51

2.	Problemstellungen	51
3.	Haftung aufgrund Vereinbarung der Hinzurechnung.....	51
a)	Meinungsstand	52
b)	Stellungnahme.....	53
4.	Haftung für erhöhten Pflichtteil.....	54
a)	Meinungsstand	55
b)	Stellungnahme.....	56
5.	Vereinbarung der Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen	58
a)	Gesetzliche Regelung.....	58
b)	Problemstellung	59
c)	Meinungsstand	59
d)	Stellungnahme.....	60
III.	Erlass der Anrechnung.....	62
1.	Gesetzliche Regelung	62
2.	Problemstellungen	62
3.	Aufteilung unzureichender Verlassenschaft bei Anrechnungserlass.....	63
a)	Meinungsstand	64
b)	Stellungnahme.....	66
4.	Haftung für erhöhten Pflichtteil.....	68
a)	Meinungsstand	68
b)	Stellungnahme.....	70
IV.	Vereinbarungen im Zusammenhang mit einem Pflichtteilsverzicht.....	72
1.	Problemstellungen	72
2.	Vereinbarung einer Quotenerhöhung der übrigen Pflichtteilsberechtigten	73
a)	Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015.....	73
b)	Zulässigkeit der Vereinbarung einer Quotenerhöhung	73
c)	Einfluss einer Vereinbarung gem § 760 Abs 1 ABGB auf die Haftung des Geschenkehmers.....	75
d)	Stellungnahme.....	76
3.	Einfluss einer Vereinbarung gem § 758 Abs 2 Satz 2 ABGB auf die Haftung des Geschenkehmers	79
a)	Allgemeines	79
b)	Stellungnahme.....	80

H.	Haftungsfreistellungen und Haftungsbeschränkungen	82
I.	Allgemeines	82
II.	Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung.....	82
1.	Gesetzliche Regelungen	82
a)	Haftungsfreistellung nach § 789 Abs 1 Satz 2 ABGB.....	82
b)	Ausstattungsanspruch nach § 1220 ABGB.....	83
2.	Problemstellungen	84
3.	Erweiterung der Haftungsfreistellung	85
a)	Meinungsstand	85
b)	Stellungnahme.....	86
4.	Anwendungsbereich der analogen Erweiterung der Haftungsfreistellung	86
a)	Allgemeines	86
b)	Stellungnahme.....	87
5.	Höhe der Haftungsfreistellung bei analoger Anwendung	89
a)	Allgemeines	89
b)	Stellungnahme.....	89
III.	Haftungsminderung bei Verlust oder Wertminderung	90
1.	Gesetzliche Regelung und allgemeine Ausführungen.....	90
2.	Problemstellungen	92
3.	Vorliegen von Unredlichkeit	93
a)	Meinungsstand	93
b)	Stellungnahme.....	93
4.	Zeitpunkt der Wertermittlung bei Unredlichkeit	95
a)	Meinungsstand	95
b)	Stellungnahme.....	95
5.	Verwendung des Geschenks zur Schuldentilgung.....	96
a)	Meinungsstand	96
b)	Stellungnahme.....	97
IV.	Haftungsfreistellung für pflichtteilsberechtigte Geschenknnehmer	98
1.	Gesetzliche Regelung	98
2.	Problemstellungen	99
3.	Haftungsfreistellung für konkret Pflichtteilsberechtigte nach § 791 Abs 1 ABGB	100
a)	Allgemeines	100

b)	Erlass der Anrechnung	102
aa)	Allgemeine Ausführungen und Problemstellung	102
bb)	Meinungsstand	103
cc)	Stellungnahme	105
c)	Vereinbarung der Hinzurechnung	109
aa)	Allgemeine Ausführungen und Problemstellung	109
bb)	Stellungnahme	109
d)	Verzinsung	110
aa)	Meinungsstand	110
bb)	Stellungnahme	110
4.	Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils nach § 791 Abs 2 ABGB	111
a)	Allgemeine Ausführungen	111
b)	Für die Ermittlung des hypothetischen Pflichtteils maßgeblicher Zeitpunkt.....	113
aa)	Gesetzliche Regelung	113
bb)	Kritik an der gesetzlichen Regelung.....	114
cc)	Stellungnahme	115
5.	Haftungsfreistellung für Repräsentations- und Anwachsungsberechtigte nach § 791 Abs 3 ABGB	115
a)	Gesetzliche Regelung und Problemstellung	115
b)	Meinungsstand	116
c)	Stellungnahme.....	118
6.	Haftung bei Verlust der Angehörigenstellung, Erbunwürdigkeit, Enterbung und Pflichtteilsminderung	119
a)	Keine analoge Anwendung der Haftungsfreistellung	119
aa)	Allgemeine Ausführungen.....	119
bb)	Meinungsstand	120
cc)	Stellungnahme	121
b)	Haftung der Gesamtrechtsnachfolger bei Erbunwürdigkeit und Enterbung.....	122
aa)	Problemstellung	122
bb)	Stellungnahme	122
(1)	Keine Annahme einer Haftungsfreistellung.....	123
(2)	Analoge Anwendung des § 791 Abs 1 ABGB.....	124
(3)	Schlussfolgerung	125

V.	Befristete Haftung für nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer.....	126
1.	Allgemeines	126
2.	Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen	127
a)	Problemstellung	127
b)	Meinungsstand	128
aa)	Abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt und im Todeszeitpunkt.....	128
bb)	Abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt	130
cc)	Abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt.....	131
dd)	Abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt und konkrete Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt	132
c)	Stellungnahme.....	135
3.	Regelungsgehalt des § 792 ABGB	136
a)	Problemstellung	136
b)	Meinungsstand	137
c)	Stellungnahme.....	139
4.	Vermögensopfer	141
a)	Allgemeines und Problemstellung	141
b)	Rechtsprechung vor dem ErbRÄG 2015 und Meinungsstand	142
c)	Rechtsprechung nach dem ErbRÄG 2015	145
d)	Stellungnahme.....	146
I.	Stundung und Ratenzahlung	147
I.	Gesetzliche Regelung	147
II.	Problemstellungen	148
III.	Vereinbarung zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer	148
1.	Meinungsstand.....	148
2.	Stellungnahme	149
IV.	Formvorschriften	150
1.	Allgemeines	150
2.	Stellungnahme	150
V.	Ratenzahlung	151
1.	Meinungsstand.....	151
2.	Stellungnahme	151
J.	Fälligkeit und Verjährung	152

I.	Fälligkeit	152
1.	Allgemeines und Problemstellung	152
2.	Meinungsstand	152
3.	Stellungnahme	153
II.	Verjährung	154
1.	Allgemeines	154
2.	Verjährung und Durchsetzung des Haftungsanspruchs	155
K.	Auskunftsanspruch	156
I.	Allgemeines	156
II.	Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015	157
III.	Regelung durch das ErbRÄG 2015	158
IV.	Aktivlegitimation	159
1.	Allgemeines	159
2.	Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen	160
a)	Problemstellung	160
b)	Konkret Pflichtteilsberechtigte	161
c)	Erben und Verlassenschaft	161
d)	Vermächtnisnehmer	162
e)	Auf den Pflichtteil verzichtende oder sich ihres Erbrechts entschlagende Geschenknehmer	163
aa)	Meinungsstand	163
bb)	Stellungnahme	164
f)	Enterbte und erbunwürdige Geschenknehmer	165
aa)	Allgemeines	165
bb)	Meinungsstand	165
g)	Abstrakt pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer ohne konkrete Pflichtteilsberechtigung	166
h)	Nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer	168
aa)	Allgemeines	167
bb)	Meinungsstand	168
i)	Rechtsnachfolger	169
aa)	Allgemeines	169
bb)	Stellungnahme	169
3.	Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen	170

a)	Problemstellungen.....	170
b)	Analoge Anwendung des § 782 Abs 2 ABGB.....	171
aa)	Meinungsstand.....	171
bb)	Stellungnahme	172
c)	Hinzurechnungsbegehren eines Nachkommen	174
aa)	Meinungsstand.....	174
bb)	Stellungnahme	175
d)	Hinzurechnungsbegehren des Ehegatten / eingetragenen Partners.....	175
aa)	Meinungsstand.....	176
bb)	Stellungnahme	176
e)	Maßgeblicher Zeitpunkt.....	176
aa)	Meinungsstand.....	176
bb)	Stellungnahme	177
V.	Passivlegitimation.....	177
1.	Problemstellungen	177
2.	Reihenfolge der Auskunftspflicht.....	178
a)	Meinungsstand	178
b)	Stellungnahme.....	178
3.	Subsidiarität des Geschenknehmers	179
a)	Meinungsstand	179
b)	Stellungnahme.....	180
4.	Gesamtrechtsnachfolger und Repräsentanten.....	180
VI.	Voraussetzungen.....	181
1.	Problemstellung	181
2.	Beweislast oder Glaubhaftmachung	181
3.	Hinzurechnung als Voraussetzung	183
a)	Meinungsstand	184
b)	Stellungnahme.....	184
VII.	Umfang	185
1.	Problemstellungen	185
2.	Dem Auskunftsanspruch unterliegende Tatsachen.....	185
a)	Meinungsstand	185
b)	Stellungnahme.....	187

3. Vom Auskunftsanspruch umfasster Zeitraum	188
VIII. Verjährung und Durchsetzung	188
1. Allgemeines	188
2. Beginn der Verjährungsfrist	189
a) Meinungsstand	190
b) Stellungnahme.....	190
3. Durchsetzung	191
L. Zusammenfassung der Ergebnisse	192
I. Anwendungsbereich der §§ 789 ff ABGB.....	192
II. Anspruchsberechtigte.....	192
III. Anspruchsgegner	193
IV. Gegenstand und Umfang der Haftung	194
V. Einfluss von Vereinbarungen auf die Haftung	195
VI. Haftungsfreistellungen und Haftungsbeschränkungen	196
1. Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung	196
2. Haftungsminderung bei Verlust oder Wertminderung	197
3. Haftungsfreistellung für pflichtteilsberechtigte Geschenknnehmer	198
4. Befristete Haftung für nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknnehmer	199
VII. Fälligkeit und Verjährung	200
VIII. Stundung und Ratenzahlung	201
IX. Auskunftsanspruch.....	201
M. Schlussbemerkungen.....	204
Literaturverzeichnis.....	205
Judikaturverzeichnis.....	212

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AnfO	Anfechtungsordnung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
bspw	beispielsweise
ders	derselbe
dies	dieselbe(n)
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSlg	Sammlung der ehe- und familienrechtlichen Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Familien- und Erbrecht
EGZPO	Einführung des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten
EO	Exekutionsordnung
EPG	Eingetragene Partnerschaft-Gesetz
ErbRÄG 2015	Erbrechts-Änderungsgesetz 2015
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreichische Juristenzeitung)
EvBl-LS	Evidenzblatt-Leitsätze
f	und der/die/das folgende
FamRÄG 2009	Familienrechts-Änderungsgesetz 2009
ff	und die folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

GIUNF	Sammlung von zivilgerichtlichen Entscheidungen des kaiserlich-königlichen Obersten Gerichtshofes, Neue Folge
GP	Gesetzesperiode
grds	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
Hg	Herausgeber
hM	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
idF	in der Fassung
iE	ihres Erachtens
ieS	im engeren Sinne
iFamZ	interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinne
JB1	Juristische Blätter
JEV	Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
KBB	Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB
krit	kritisch
lit	litera (Buchstabe)
Lit	Literatur
lt	laut
Mat	Materialien
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
mwN	mit weiteren Nachweisen
NZ	Notariatszeitung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsewesen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

PSR	Die Privatstiftung (Zeitschrift)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rspr	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung
S	Satz
SN	Stellungnahme
stRspr	ständige Rechtsprechung
SZ	Sammlung der Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
TN	Teilnovelle
ua	unter anderem
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell (Zeitschrift)
zB	zum Beispiel
zT	zum Teil
zust	zustimmend
zutr	zutreffend

Zur besseren Lesbarkeit und Übersichtlichkeit wird in der vorliegenden Dissertation das generische Maskulinum verwendet. Die in dieser Arbeit verwendeten Personenbezeichnungen beziehen sich auf alle Geschlechter.

A. EINFÜHRUNG

Das Pflichtteilsrecht verfolgt den Zweck, den pflichtteilsberechtigten Personen einen gewissen Anteil am Vermögen des Verstorbenen zu sichern. Um sicherstellen zu können, dass das Pflichtteilsrecht nicht im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vereitelt wird, ist es erforderlich, auch zu Lebzeiten des Verstorbenen erfolgte Schenkungen¹ bei der Berechnung des Pflichtteils zu berücksichtigen.² Zu diesem Zweck wird nach den §§ 781 ff ABGB auf Antrag eines hierzu Berechtigten der Wert der Zuwendung der Verlassenschaft rechnerisch hinzugerechnet. Von dieser erhöhten Verlassenschaft sind sodann die Pflichtteile zu berechnen und die an Pflichtteilsberechtigte bereits erfolgten Schenkungen sind von dem errechneten Pflichtteil in Abzug zu bringen. Auf diese Weise kann die Höhe des dem Pflichtteilsberechtigten zustehenden Pflichtteilsanspruchs ermittelt werden, welcher sodann von der Verlassenschaft und nach rechtskräftiger Einantwortung von den Erben zu erfüllen ist.³

Die Haftung der Erben und der Verlassenschaft für Pflichtteilsansprüche ist nach § 764 Abs 2 ABGB auch bei Abgabe einer unbedingten Erbantrittserklärung mit dem Wert der Verlassenschaft beschränkt.⁴ Kommt man daher nach Durchführung der eben skizzierten Berechnung zu dem Ergebnis, dass die Verlassenschaft nicht ausreicht, um die Pflichtteilsansprüche zu erfüllen, sehen die Bestimmungen der §§ 789 ff ABGB eine subsidiäre Haftung des Geschenknehmers vor. Dies ist erforderlich, da ansonsten der mit der Hinzu- und Anrechnung im Pflichtteilsrecht verfolgte Schutz der Pflichtteilsberechtigten nicht vollständig

¹ Seit der Neuregelung des Erbrechts durch das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 sind nunmehr nach § 781 Abs 1 ABGB Schenkungen auf den Todesfall ausdrücklich den bereits zu Lebzeiten des Verstorbenen erfolgten Schenkungen gleichgestellt. Vgl *Schauer*, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen in Barth/Pesendorfer (Hg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 192 (197 f); *Musger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) § 789 ABGB Rz 1; *Löcker* in Kletečka/Schauer (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.04} (2020) § 791 ABGB Rz 2; *Eccher*, Die österreichische Erbrechtsreform (2017) Rz 51; *Umlauf*, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015 (2018) 207. Die folgenden Ausführungen beziehen sich daher gleichermaßen auf lebzeitige Schenkungen sowie auf Schenkungen auf den Todesfall.

² *Schauer* in Barth/Pesendorfer 195; *Musger* in KBB⁷ § 781 ABGB Rz 1; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.05} (2018) § 781 ABGB Rz 1; bereits zur alten Rechtslage zB *Welser* in Rummel/Lukas (Hg), ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2014) § 785 ABGB Rz 1; OGH 25.11.2008, 9 Ob 57/07h = iFamZ 2009, 112 = EF-Z 2009, 69 = Zak 2009, 133 = JEV 2009, 68; OGH 26.05.1998, 4 Ob 136/98y = SZ 71/93.

³ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 212.

⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 26; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg), Großkommentar zum ABGB (Klang)³ (2021) §§ 789-792 ABGB Rz 5; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek (Hg), ABGB Praxiskommentar IV⁵ (2018) §§ 789-790 ABGB Rz 2; *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ 785 ABGB Rz 4; *Eccher* in Schwimann/Kodek (Hg), ABGB Praxiskommentar III⁴ (2012) § 785 ABGB Rz 2; *Parapatits* in Schwimann/Kodek (Hg), ABGB Praxiskommentar IV⁴ (2014) §§ 951 f ABGB; *Eccher*, Antizipierte Erbfolge (1979) 122; *Gschnitzer*, Österreichisches Erbrecht (1964) 93; OGH 12.01.1984, 6 Ob 805/82 = SZ 57/7 = NZ 1988, 281.

gewährleistet werden könnte.⁵ Hinsichtlich der gesetzlich festgelegten Haftung des Geschenknehmers für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteilsansprüche ergeben sich einige Fragestellungen, die durch das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015⁶ zT gelöst wurden. Dennoch bestehen weiterhin Unklarheiten und es sind durch die Neuregelungen auch weitere Problemstellungen hinzugekommen, die im Rahmen dieser Untersuchung behandelt werden sollen.

B. HISTORISCHE ENTWICKLUNG

Zunächst erfolgt eine Darstellung der historischen Entwicklung der Haftung des Geschenknehmers. Hierbei werden insb die Rechtslage vor der dritten Teilnovelle des ABGB⁷ sowie die sich durch die dritte Teilnovelle des ABGB im Jahr 1916 ergebenden Änderungen dargestellt. Zudem erfolgt eine überblicksmäßige Darstellung der Neuregelung der Haftung des Geschenknehmers durch das ErbRÄG 2015, bevor einzelne Problembereiche näher erörtert werden.

I. Ursprüngliche Regelung aus dem Jahr 1811

1. Allgemeines

Aus dem Institut des Pflichtteils folgte, dass zum Schutz desselben Zuwendungen unter Lebenden einer angemessenen Beschränkung unterworfen wurden.⁸ So war bereits in der ursprünglichen Fassung des ABGB aus dem Jahr 1811 eine Berücksichtigung von erfolgten Zuwendungen bei der Pflichtteilsbemessung vorgesehen, indem die Anrechnung von Vorempfängen und Vorschüssen auf den Pflichtteil gesetzlich verankert war. Schenkungen des Verstorbenen, die aus Freigiebigkeit erfolgten, unterlagen jedoch nicht der Anrechnung.⁹ Das Pflichtteilsrecht führte aber dennoch zu Beschränkungen von Schenkungen, die eine freie Verfügung des Verstorbenen über dessen Vermögen verhinderten. So ging man bereits damals

⁵ *Zöchling-Jud*, Pflichtteilsrechtliche Aspekte im neuen Erbrecht in Pabel (Hg), 50 Jahre JKU – Eine Vortragsreihe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät (2018) 49 (59).

⁶ Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 BGBl I 2015/87.

⁷ Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch RGBI 1916/6.

⁸ Vgl *Wehli* in Stubenrauch, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche II⁸ (1903) 143.

⁹ *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I (1889) 486; vgl auch *Eccher*, Erbfolge 105 f sowie *Rabl*, Die historische Entwicklung der Anrechnung von Vorempfängen und Vorschüssen auf den Pflichtteil seit den Vorentwürfen zum ABGB, NZ 1998, 7.

davon aus, dass der Geschenknehmer bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen zur Pflichtteilserfüllung beizutragen hatte, indem ein Schenkungswiderruf wegen Verkürzung des Pflichtteils gesetzlich verankert wurde. Die ursprüngliche Bestimmung des § 951 ABGB idF vor der 3. TN legte daher Folgendes fest:

„Wer zur Zeit der Schenkung Abstämmlinge hat, denen er einen Pflichttheil zu hinterlassen schuldig ist, kann zu ihrem Nachtheile keine Schenkung machen, welche die Hälfte seines Vermögens übersteigt. Hat er dieses Maß überschritten, und können diese Abstämmlinge nach seinem Tode beweisen, daß sein reiner Nachlaß den Betrag der Hälfte seines zur Zeit der Schenkung gehabtens Vermögens nicht erreiche; so können sie von dem Beschenkten das gesetzwidrig empfangene Übermaß verhältnismäßig zurückfordern.“

In Ergänzung zu dieser Bestimmung war in § 952 der ursprünglichen Fassung des ABGB die nachstehende Regelung verankert:

„Besitzt der Beschenkte die geschenkte Sache oder deren Werth nicht mehr; so haftet er nur in so fern, als er sie unredlicher Weise aus dem Besitze gelassen hat.“

2. Pflichtwidrige Schenkung als Voraussetzung

Aufgrund der Bestimmung des § 951 ABGB idF vor der 3. TN wird deutlich, dass der Pflichtteil zumindest die Hälfte des im Zeitpunkt der Schenkung vorhandenen Vermögens betragen musste. Diese Regelung war darauf zurückzuführen, dass der Pflichtteil der Nachkommen die Hälfte ihres gesetzlichen Erbteils betrug. Die Summe aller Pflichtteile betrug somit die Hälfte des Vermögens, aus welchem diese zu berechnen waren.¹⁰ War dieser Wert in der Verlassenschaft nicht vorhanden und wurde mehr als die Hälfte des Vermögens verschenkt, so war die Schenkung als pflichtwidrig anzusehen. Ob eine pflichtwidrige Schenkung vorlag, war aufgrund des im Zeitpunkt der Schenkung vorhandenen Vermögens zu beurteilen.¹¹ Hat der Wert der Schenkung die Hälfte des Vermögens des Geschenkgebers nicht überschritten, so war die Schenkung nicht pflichtwidrig, unabhängig davon, ob es nachträglich zu einer

¹⁰ Wehli in Stubenrauch, Commentar II⁸ 143; lt Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht IV² (1844) 134 f, müsste man daraus, dass den Nachkommen von dem zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögen zumindest die Hälfte als Pflichtteil zustand, folgern, dass der Pflichtteil auf Grundlage des zum Zeitpunkt der Schenkung vorhandenen Vermögens berechnet werden müsste.

¹¹ Zeiller trat bei den Beratungen allerdings dafür ein, auf den Todeszeitpunkt abzustellen, da es in der Natur des Pflichtteils liege, dass dieser erst mit dem Tod des Verstorbenen entstehe, vgl Ofner, Ur-Entwurf II 40 f.

Vermögensminderung kam. Eine Schenkung war nicht mehr als pflichtwidrig anzusehen, wenn sie zwar im Schenkungszeitpunkt die Hälfte des Vermögens des Geschenknehmers überschritten hatte, das Vermögen allerdings nachträglich vermehrt wurde, sodass der Wert der Verlassenschaft zumindest der Hälfte des Wertes des Vermögens im Schenkungszeitpunkt entsprach.¹² Von einer pflichtwidrigen Schenkung war somit dann auszugehen, wenn diese sowohl im Schenkungszeitpunkt als auch im Zeitpunkt des Ablebens des Geschenkgebers die Hälfte seines Vermögens überschritten hatte. Weiters war es für das Bestehen einer pflichtwidrigen Schenkung notwendig, dass der Verstorbene im Schenkungszeitpunkt bereits einen oder mehrere pflichtteilsberechtigten Nachkommen hatte.¹³

Erfolgten mehrere Schenkungen, so waren diese zusammenzurechnen. Eine Berücksichtigung von kleineren Geschenken war jedoch nicht vorgesehen, zumal deren Feststellung aus Beweisgründen oft nicht möglich war. Gelang der Beweis allerdings, so waren auch diese Schenkungen zur Gänze zu berücksichtigen. War das Vermögen des Verstorbenen zu den verschiedenen Schenkungszeitpunkten unterschiedlich hoch, so war für die Feststellung der Haftung des Geschenknehmers der für die Pflichtteilsberechtigten günstigere Vermögensstand maßgeblich, allerdings nur hinsichtlich jener Schenkungen, welche nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt gemacht wurden, weil diese die Vermögensminderung nicht bewirkt hatten.¹⁴

3. Aktivlegitimation

Ein Widerruf von pflichtwidrigen Schenkungen konnte nur durch pflichtteilsberechtigten Nachkommen erfolgen. Lt *Winiwarter*¹⁵ konnte dies damit begründet werden, dass für die Aszendenten „die Gründe, sie zu berücksichtigen nicht so entscheidend sind“. Weiters kam ihnen nach dem früheren Gewohnheitsrecht kein Pflichtteilsanspruch zu.¹⁶ Zum Widerruf berechtigt waren nur jene Nachkommen, die sowohl im Zeitpunkt der Schenkung als auch im Todeszeitpunkt pflichtteilsberechtigt waren.¹⁷ Die Begründung hierfür lag darin, dass von einer pflichtwidrigen Schenkung nur dann auszugehen war, wenn die Pflichtwidrigkeit bereits im

¹² Vgl. *Winiwarter*, Bürgerliches Recht IV² 133.

¹³ *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie III/1 173 f.

¹⁴ *Winiwarter*, Bürgerliches Recht IV² 137 f.

¹⁵ *Winiwarter*, Bürgerliches Recht IV² 132.

¹⁶ Vgl. auch *Zeiller*, Kommentar III/1 174; in der Fassung des ABGB war im § 762 ein Pflichtteilsrecht des Ehegatten des Verstorbenen gesetzlich nicht verankert.

¹⁷ *Wehli* in *Stubenrauch*, Kommentar II⁸ 145.

Zeitpunkt der Schenkung gegeben war.¹⁸ Eine Ausnahme davon war aufgrund des Repräsentationsrechts allerdings im Hinblick auf Pflichtteilsberechtigte, die im Schenkungszeitpunkt noch nicht pflichtteilsberechtigt waren, gegeben, weil sie vom Pflichtteilsrecht aufgrund ihrer Vorfahren ausgeschlossen waren.¹⁹ Das Vorliegen von Erbunfähigkeit im Zeitpunkt der Schenkung verhinderte das Widerrufsrecht des Betroffenen, da der Verstorbene in diesem Fall den Erbunfähigen nicht bedenken musste. Ein Widerruf war jedoch dann nicht vorgesehen, wenn sich durch die Anrechnung herausstellte, dass der Pflichtteil der Nachkommen ohnehin bereits durch andere erhaltene Begünstigungen gedeckt war.²⁰

Das Recht, eine pflichtwidrige Schenkung zu widerrufen, verjährte gem § 1487 ABGB idF vor der 3. TN drei Jahre nach dem Tod des Verstorbenen. Die Frist begann im Zeitpunkt des Todes zu laufen, da mit diesem Tag das Recht, den Pflichtteil zu fordern, entstand.²¹ Nach dem Tod des verkürzten Pflichtteilsberechtigten ging das Widerrufsrecht auf dessen Erben über.²² Für den Schenkungswiderruf kam es allerdings nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt die Schenkung gemacht wurde. Es war daher unerheblich, wieviel Zeit zwischen der Schenkung und dem Tod des Verstorbenen lag.²³

4. Passivlegitimation

Das Widerrufsrecht war unmittelbar gegen den Geschenknnehmer oder dessen Erben zu richten, wobei keine Differenzierung dahingehend vorgesehen war, ob der Geschenknnehmer zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen zählte. Weiters war es unerheblich, ob dem Geschenknnehmer die Pflichtwidrigkeit der Schenkung bekannt war. Gegenüber dritten Personen konnte das Widerrufsrecht nicht ausgeübt werden. Es handelte sich um einen persönlichen unmittelbaren Anspruch, der auch dem Zugriff durch Gläubiger entzogen war.²⁴

¹⁸ Unger, Das österreichische Erbrecht VI⁴ (1894) 364.

¹⁹ Wehli in Stubenrauch, Commentar II⁸ 145; Unger, Erbrecht VI⁴ 364.

²⁰ Winiwarter, Bürgerliches Recht IV² 132 ff.

²¹ Wehli in Stubenrauch, Commentar II⁸ 147.

²² Unger, Erbrecht VI⁴ 363.

²³ Krit dazu v Hahn und v Sonnenfels, die eine Befristung des Schenkungswiderrufs forderten. Dieser Forderung wurde allerdings aus dem Grund, dass Schenkungen die das Vermögen am meisten vermindern, schon sehr früh gemacht würden und daher die Festlegung eines befristeten Schenkungswiderrufs wirkungslos wäre, nicht entsprochen; vgl dazu Ofner, Ur-Entwurf II 41.

²⁴ Wehli in Stubenrauch, Commentar II⁸ 145; siehe auch Unger, Erbrecht VI⁴ 366.

5. Haftungsumfang

Die von der Schenkung beeinträchtigten Nachkommen waren berechtigt, von den Geschenknehmern den gesetzwidrig empfangenen Wert der Schenkung verhältnismäßig zu fordern. Gesetzwidrig empfangen war nur jener Wert, der im Zeitpunkt der Schenkung die Hälfte des Wertes des zum damaligen Zeitpunkt vorhandenen Vermögens überschritt, denn bis zur Hälfte seines Vermögens konnte der Verstorbene frei verfügen.²⁵ Es war allerdings auch auf dasjenige Bedacht zu nehmen, was einem Nachkommen in seinen Pflichtteilsanspruch einzurechnen war.²⁶ Weiters konnten die Pflichtteilsberechtigten zusammen nur jenen Wert der Schenkung zurückfordern, um welchen die reine Verlassenschaft hinter der im Schenkungszeitpunkt berechneten Vermögenshälfte zurückblieb.²⁷ Das Widerrufsrecht war unmittelbar gegen den Geschenknehmer oder dessen Erben geltend zu machen, unabhängig davon, ob der verkürzte Pflichtteilsberechtigte selbst gegenüber dem Geschenknehmer pflichtteilsberechtigt war. Das Problem, dass der Pflichtteil eines pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers durch die Herausgabepflicht eingeschränkt wurde, stellte sich aufgrund der Beschränkung der Herausgabe auf das gesetzwidrig erlangte Übermaß nicht.²⁸

Der Geschenknehmer haftete allerdings nur in Höhe der noch vorhandenen Bereicherung. Eine Haftung des Geschenknehmers war daher nur zu bejahen, wenn die geschenkte Sache oder der Wert derselben noch im Vermögen des Geschenknehmers vorhanden waren. So sah § 952 ABGB idF vor der 3. TN vor, dass eine Haftung nicht anzunehmen war, wenn der Beschenkte die geschenkte Sache oder deren Wert nicht mehr besaß. In diesem Fall war nur von einer Haftung auszugehen, wenn der Geschenknehmer den Verlust oder die Wertminderung der geschenkten Sache unredlich zugelassen hatte. Unredlichkeit wurde angenommen, wenn vorauszusehen war, dass ein Widerruf erfolgen würde. Weiters könnte das Widerrufsrecht vereitelt werden, wenn das bloße Beiseiteschaffen der geschenkten Sache genügen würde, um die Möglichkeit des Widerrufs zu verneinen.²⁹

Sollte das Widerrufsrecht gegen mehrere Geschenknehmer ausgeübt werden, so konnten die früher Beschenkten nur insoweit zur Haftung herangezogen werden, als der vom zuletzt Beschenkten erlangte Wert nicht zur Deckung des Pflichtteilsanspruchs ausreichte. Dies

²⁵ *Winiwarter*, Bürgerliches Recht IV² 134.

²⁶ *Zeiller*, Commentar III/1 175.

²⁷ *Wehli* in *Stubenrauch*, Commentar II⁸ 146.

²⁸ *Jud*, Zur Entwicklung der Schenkungsanrechnung, NZ 1998, 16 (18).

²⁹ *Winiwarter*, Bürgerliches Recht IV² 136 ff; *Wehli* in *Stubenrauch*, Commentar II⁸ 146.

wurde damit begründet, dass die Gesetzeswidrigkeit erst durch die spätere Schenkung eingetreten wäre und bei den früheren Schenkungen nicht oder nicht in diesem Ausmaß vorhanden wäre.³⁰

6. Kritik

Die ursprüngliche Bestimmung des § 951 ABGB idF vor der 3. TN wurde vielfach kritisiert. Beanstandet wurde unter anderem, dass die Regelung zu einem unbilligen Ergebnis führte, da sich die Rechte des Pflichtteilsberechtigten entscheidend änderten, je nachdem ob der Wert der Schenkung bloß die Hälfte des Vermögens betrug oder um einen geringen Teil mehr.³¹

Weiters herrschte Unklarheit darüber, ob das Vorliegen einer pflichtwidrigen Schenkung zu einer Erhöhung des Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten gegen die Verlassenschaft führte, sodass ein Widerruf nur im Falle einer unzureichenden Verlassenschaft erfolgen konnte, oder ob das Widerrufsrecht ein vom Pflichtteilsanspruch unabhängiges Recht darstellte.³² Lt Plenissimarbeschluss des OGH vom 3. 6. 1903³³ handelte es sich beim Widerrufsrecht um einen vom Pflichtteilsanspruch unabhängigen Anspruch, weshalb kein erhöhter Anspruch gegen die Verlassenschaft zustand. Eine Hinzurechnung der Schenkung zur Verlassenschaft sei mit dem klaren Wortlaut des ursprünglichen § 784 ABGB idF vor der 3. TN nicht vereinbar. An dieser Rechtsansicht des OGH wurde kritisiert, dass dadurch der Pflichtteilsberechtigte das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Beschenkten und das Risiko, dass der Geschenknehmer das Geschenk in redlicher Weise aus seinem Besitz gelassen hatte, tragen müsste, auch wenn die Verlassenschaft zur Deckung der Pflichtteilsansprüche ausreichend gewesen wäre.³⁴

Bereits *Zeiller* wies anlässlich der Beratungen zu § 951 ABGB idF vor der 3. TN auf die Problematik im Hinblick auf die Feststellung der Pflichtwidrigkeit der Schenkung, sowie auf die Unklarheit, wie bei der Berechnung vorzugehen war, hin.³⁵ Zudem wurde bereits im Rahmen der Beratungen die Einführung einer Frist gefordert, innerhalb der die Schenkung gemacht werden musste, um den Schenkungswiderruf vornehmen zu können. Die Festlegung

³⁰ *Winiwarter*, Bürgerliches Recht IV² 137 f.

³¹ Vgl zB *Wehli* in Stubenrauch, Kommentar I⁸ 956, der anstelle einer Berücksichtigung von nur pflichtwidrigen Schenkungen eine Berücksichtigung von sämtlichen Schenkungen forderte.

³² Vgl *Jud*, NZ 1998, 19.

³³ OGH 03.06.1903 in GIUNF 2365.

³⁴ Vgl *Jud*, NZ 1998, 19 f.

³⁵ Vgl *Ofner*, Ur-Entwurf II 40.

einer unbefristeten Widerrufsmöglichkeit führte nach diesen Ausführungen dazu, dass niemand sein Geschenk genießen könnte, da dieses gegebenenfalls größtenteils zurückgegeben werden müsste.³⁶

Um den Unzulänglichkeiten der ursprünglichen Regelung des ABGB zu begegnen und den Schutz des Pflichtteilsberechtigten in Bezug auf Schenkungen des Verstorbenen zu erhöhen, kam es zu einer umfassenden Neuregelung der einschlägigen Bestimmungen durch die dritte Teilnovelle des ABGB,³⁷ welche im Folgenden näher dargestellt werden.

II. Änderungen durch die dritte Teilnovelle des ABGB

1. Allgemeines

Durch die kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle des ABGB vom 19. 3. 2016³⁸ kam es zu einer grundlegenden Novellierung des Anrechnungsrechts. Die neu geschaffene Bestimmung des § 785 ABGB aF sollte der Sicherung des Pflichtteils vor einer Verkürzung durch Schenkungen unter Lebenden dienen.³⁹ Aufgrund der Aufnahme dieser Bestimmung wurde von dem grundlegenden Prinzip abgegangen, wonach freiwillige Zuwendungen des Verstorbenen bei der Pflichtteilsbemessung nicht zu berücksichtigen waren.⁴⁰ In diesem Sinne kam es somit auch zu einer Anpassung der Bestimmung des ursprünglichen § 951 ABGB idF vor der dritten Teilnovelle an die übrigen neu gefassten Regelungen.⁴¹ Die Bestimmung des § 952 ABGB idF der 3. TN blieb unverändert bestehen. Die neue Regelung des § 951 ABGB aF legte Folgendes fest:

„Wenn bei Bestimmung des Pflichtteils Schenkungen in Anschlag gebracht werden (§ 785), der Nachlass aber zu dessen Deckung nicht ausreicht, kann der verkürzte Noterbe vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes zur Deckung des Fehlbetrages verlangen. Der Geschenknehmer kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden.

³⁶ Vgl. *Ofner*, Ur-Entwurf II 42.

³⁷ *Schiffner*, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (1908) 65; *Eccher*, Erbfolge 52; krit. dazu *Ehrenzweig*, Zu den erbrechtlichen Bestimmungen der Zivilrechtsnovelle, JBl 1908, 85 (86 f); sowie *Hanausek*, Das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten (1910) 46, der sich für die Beibehaltung der ursprünglichen Regelung aussprach.

³⁸ RGBI 1916/69.

³⁹ Vgl. zB *Swoboda* in Klang (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1 (1934) 638.

⁴⁰ *Rabl*, NZ 1998, 14.

⁴¹ *Jud*, NZ 1998, 20.

Ist der Geschenknnehmer selbst pflichtteilsberechtigt, so haftet er dem anderen nur so weit, als er infolge der Schenkung mehr als den ihm bei Einrechnung der Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten würde.

Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur in dem Maße, als der später Beschenkte zur Herausgabe nicht verpflichtet oder nicht imstande ist. Gleichzeitig Beschenkte haften verhältnismäßig.“

2. Unzureichende Verlassenschaft als Voraussetzung

Sowohl die wegen Vorschüssen und Vorempfängen als auch die wegen Schenkungen erhöhten Pflichtteile waren nunmehr primär aus der Verlassenschaft zu erfüllen.⁴² Aufgrund des Rechts der Pflichtteilsberechtigten, die Berücksichtigung der vom Verstorbenen getätigten Schenkungen bei der Pflichtteilsbemessung zu verlangen, ergab sich die Problematik, dass die Verlassenschaft gegebenenfalls nicht ausreichte, um die unter Berücksichtigung der erfolgten Zuwendungen ermittelten Pflichtteilsansprüche zu decken. Nur in Fällen einer unzureichenden Verlassenschaft war § 951 ABGB aF einschlägig. Dieser legte somit einen subsidiären Anspruch gegen den Beschenkten fest.⁴³

3. Aktivlegitimation

Nach § 951 ABGB aF anspruchsberechtigt waren konkret Pflichtteilsberechtigte, denen ein Anspruch nach § 785 ABGB zustand, auch wenn diese als Erben zum Zug kamen.⁴⁴ Zwar waren in der Bestimmung des § 951 ABGB aF die Erben des Beschenkten nicht ausdrücklich als anspruchsberechtigte Personen angeführt, dennoch handelte es sich bei dem Anspruch nach § 951 ABGB aF nicht um einen höchstpersönlichen Anspruch, weshalb dieser vererblich war.⁴⁵ Mehrere Pflichtteilsberechtigte waren im Verhältnis ihrer Ergänzungsansprüche zu befriedigen.⁴⁶ Wurde ein Pflichtteilsberechtigter in Unkenntnis weiterer Pflichtteilsberechtigter zur Gänze befriedigt, konnten die verkürzten Pflichtteilsberechtigten nach § 1041 ABGB bereicherungsrechtlich gegen ihn vorgehen.⁴⁷ Zur Erleichterung der Durchsetzung seines

⁴² *Jud*, Entwicklungen im Recht der Anrechnung beim Pflichtteil, AnwBl 2000, 716 (722).

⁴³ Vgl zB *Gschnitzer*, Erbrecht 93.

⁴⁴ Vgl zB OGH 09.08.1950, 3 Ob 444/50 = SZ 23/232; OGH 10.05.1972, 7 Ob 105/72 = NZ 1973, 155.

⁴⁵ Vgl OGH 29.01.2004, 6 Ob 263/03z = RZ 2004, 138 = ecolex 2004, 442 = NZ 2004, 348 = SZ 2004/15 = NZ 2005, 77 (Müller); auch in der durch das ErbRÄG 2015 neu eingeführten Regelung des § 789 Abs 1 ABGB sind die Erben des Beschenkten nicht ausdrücklich als Anspruchsberechtigte genannt.

⁴⁶ OGH 03.03.1909 = GIUNF 4544.

⁴⁷ *Parapatits* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁴ §§ 951 f ABGB Rz 7.

Anspruchs wurde dem Pflichtteilsberechtigten gem Art XLII Abs 1 EGZPO ein Anspruch auf Vermögensangabe gegen die Verlassenschaft und die Erben gewährt (Manifestationsklage).⁴⁸

Unterschiedlich beantwortet wurde die Frage, ob dieser Anspruch auch gegenüber dem Beschenkten zustand. Während die Rspr⁴⁹ eine Offenlegungspflicht verneinte, wurde diese von einem Teil der Lehre⁵⁰ bejaht. In § 1487 ABGB aF war eine dreijährige Verjährungsfrist vorgesehen. Für den Beginn der Verjährungsfrist war der Zeitpunkt der Errichtung des Übernahmeprotokolls maßgeblich.⁵¹

4. Passivlegitimation

Im Gegensatz zu § 785 ABGB aF, der einen Anspruch gegen die Verlassenschaft bzw die Erben festlegte, war der subsidiäre Anspruch nach § 951 ABGB aF gegen den Geschenknehmer zu richten. Auch im Falle der Abgabe einer unbedingten Erbantrittserklärung war nicht gegen die Erben des Geschenkgebers vorzugehen.⁵² Diese hafteten auch in diesem Fall für die Erfüllung des Pflichtteils nur bis zum Wert der reinen Verlassenschaft.⁵³ Der Begriff „Beschenkte“ bezeichnete allerdings nur den unmittelbar Beschenkten, nicht auch dessen Einzelrechtsnachfolger, auch wenn diese den Vermögenswert wiederum als Geschenk erhalten hatten.⁵⁴ Sehr wohl zur Haftung herangezogen werden konnten jedoch die Gesamtrechtsnachfolger des Beschenkten,⁵⁵ unabhängig davon, ob sie selbst Pflichtteilsberechtigte des Verstorbenen waren und ob ihnen die Verhältnisse bekannt waren.⁵⁶

Voraussetzung für eine Haftung nach § 951 ABGB aF war es, dass es sich um eine nach § 785 ABGB aF anrechenbare Schenkung handelte.⁵⁷ Gem dieser Bestimmung musste es sich

⁴⁸ RIS-Justiz RS0012915, zuletzt OGH 29.10.1975, 1 Ob 222/75.

⁴⁹ RIS-Justiz RS0019051.

⁵⁰ Vgl zB *Raber*, Die Verjährung des Anspruchs auf den Schenkungspflichtteil, entwickelt aus ihren Grundlagen, JBl 1988, 137, 217 (220); *Binder* in Schwimann (Hg), Praxiskommentar zum ABGB V² (1997) §§ 951 f ABGB Rz 19 f; *Ehrenzweig/Kralik*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 4. Buch: Das Erbrecht³ (1983) 320; *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 337.

⁵¹ RIS-Justiz RS0126541, zuletzt OGH 16.12.2015, 2 Ob 73/15x = Zak 2016, 95 = iFamZ 2016, 119 = NZ 2016, 145 = EFSlg 146.270.

⁵² *Gschnitzer*, Erbrecht 93.

⁵³ *Eccher*, Erbfolge 122.

⁵⁴ Vgl RIS-Justiz RS001907, zuletzt OGH 29.01.2004, 6 Ob 263/03z = RZ 2004, 138 = ecolex 2004, 442 = NZ 2004, 348 = SZ 2004/15 = NZ 2005, 77 (Müller).

⁵⁵ Vgl *Welser*, Zur Berücksichtigung von Schenkungen im Pflichtteilsrecht in FS Kralik (1986) 583 (591) mwN.

⁵⁶ *Welser* in FS Kralik 591; vgl auch *Wehli* in Stubenrauch, Kommentar II⁸ 145; aA *Schwind*, Grenzen der Universalsukzession in FS Kralik (1986) 515 (517) unter Hinweis auf § 954 ABGB aF.

⁵⁷ Vgl *Binder* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar V² §§ 951 f ABGB Rz 6.

daher unter anderem entweder um eine an einen Pflichtteilsberechtigten erfolgte Schenkung handeln, oder die Schenkung musste innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Tod des Verstorbenen an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person erfolgt sein. Zu beachten ist, dass eine unbefristete Anrechnung nach § 785 ABGB aF und somit auch eine unbefristete Haftung nach § 951 ABGB aF nur im Falle von pflichtteilsberechtigten Beschenkten anzunehmen war.⁵⁸ Nach der stRspr⁵⁹ wurde abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt sowie konkrete Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt vorausgesetzt.

5. Haftungsumfang

§ 951 ABGB aF legte fest, dass der verkürzte Pflichtteilsberechtigte vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenks zur Deckung des Fehlbetrages verlangen konnte. Diese Bestimmung bedeutete allerdings nicht, dass der Pflichtteilsberechtigte einen Anspruch auf das Geschenk hatte und nur den den Fehlbetrag übersteigenden Wert des Geschenks zu vergüten hatte. Es konnte auch nicht die Herausgabe zur freien Verwertung begehrt werden. Der Fehlbetrag konnte immer nur ein Geldpflichtteilsanspruch sein, sodass der Anspruch daher nicht auf Herausgabe, sondern – abweichend vom Gesetzeswortlaut – auf Zahlung des Fehlbetrages bei Duldung der Exekution in die geschenkte Sache zu lauten hatte.⁶⁰ Durch Zahlung des Fehlbetrages konnte die Exekution abgewendet werden. Weiters wurde zT angenommen, dass eine Haftung nur bis zur Höhe des Wertes des Geschenks im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs zu bejahen war.⁶¹

War der Geschenknnehmer selbst pflichtteilsberechtigt, so haftete er nur mit jenem Wert, der den ihm nach Einrechnung der Schenkung gebührenden Pflichtteil überstieg, sofern die Schenkung eingerechnet wurde und er die Haftungsbeschränkung geltend machte.⁶² Der nicht pflichtteilsberechtigte Gesamtrechtsnachfolger des Beschenkten konnte diese

⁵⁸ Welser, Vorschläge zur Neuregelung der Anrechnung beim Pflichtteil, NZ 1998, 40 (41).

⁵⁹ Vgl zB OGH 27.10.2016, 2 Ob 145/16m = Zak 2017, 15 = NZ 2017, 20 = EF-Z 2017, 85 (Tschugguel) = JEV 2017, 18 = iFamZ 2017, 109 (Schweda) = EvBl 2017, 412 (Apathy) = JBl 2017, 329 = SZ 2016/111 = EFSlg 150.158; für eine überblicksmäßige Darstellung der Ansichten zur alten Rechtslage vgl Kogler, Befristete oder unbefristete Schenkungsanrechnung: Wer ist pflichtteilsberechtigt iS der §§ 782, 783 ABGB nF?, JBl 2016, 220 (220 f).

⁶⁰ Vgl dazu zB Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht³ 306 f; Schubert in Rummel (Hg), ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ § 951 ABGB Rz 3; RIS-Justiz RS0012943, zuletzt OGH 28.09.2021, 2 Ob 111/21v = Zak 2021, 375 = PSR 2022, 30.

⁶¹ Vgl Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht³ 307.

⁶² Vgl OGH 23.10.2000, 6 Ob 189/00p.

Haftungsbeschränkung jedoch nicht in Anspruch nehmen.⁶³ Im Falle von mehreren Geschenkenehmern wurde zunächst der zuletzt Beschenkte zur Haftung herangezogen, da man von der Annahme ausging, dieser hatte die Verkürzung des Pflichtteils bewirkt.⁶⁴ Auf einen früher Beschenkten war nur dann zurückzugreifen, wenn durch die Inanspruchnahme des später Beschenkten der Pflichtteil noch nicht in vollem Umfang gedeckt war. Eine verhältnismäßige Haftung war anzunehmen, wenn die Schenkungen gleichzeitig erfolgten.⁶⁵ Nach alter Rechtslage waren Schenkungen auf den Todesfall nicht als anrechenbare Schenkungen im Sinne des § 785 ABGB aF zu qualifizieren, sodass gegen den auf den Todesfall Beschenkten kein subsidiärer Anspruch nach § 951 ABGB aF bestand.⁶⁶

6. Kritik

An diesen eben dargestellten Regelungen wurde zT heftige Kritik geübt. Zunächst kann ausgeführt werden, dass die primäre Haftung des später Beschenkten als unbillig empfunden wurde, zumal diese mit dem im Pflichtteilsrecht verfolgten Ausgleichsgedanken nicht in Einklang zu bringen war.⁶⁷ Die zeitliche Reihenfolge der Schenkungen war oft zufällig und es war nicht anzunehmen, dass die Verkürzung des Pflichtteils gerade durch die letzte Schenkung bewirkt wurde. Es wurde daher anstelle einer primären Haftung des zuletzt Beschenkten die Festlegung einer verhältnismäßigen Haftung sämtlicher Geschenkenehmer gefordert.⁶⁸

Im Falle der Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen konnte der verkürzte Pflichtteilsberechtigte gem § 951 ABGB aF nur gegen den Beschenkten vorgehen. Der Empfänger eines Vorschusses oder Vorempfanges konnte nicht zur Haftung herangezogen werden.⁶⁹ Diese Regelung war jedoch dazu geeignet, die Ansprüche der übrigen

⁶³ Vgl dazu ausführlich *F. Müller*, Schenkungsanrechnung und verlorene Pflichtteilsberechtigung – Die Haftungsbeschränkung des § 951 Abs 2 ABGB, NZ 2005, 77 (77 ff).

⁶⁴ *Gschnitzer*, Erbrecht 93.

⁶⁵ *Sowoboda* in Klang II/1 640.

⁶⁶ OGH 18.04.2002, 6 Ob 37/02p = *ecolex* 2002, 508 mwN.

⁶⁷ Vgl zB *Umlauft*, Gedanken zur Änderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Anrechnung im Erbrecht, NZ 1998, 48 (52 f); ebenso *ders*, Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht in Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischen Juristentages Wien 2009 Band II/2 (2009) 143; *Welser*, Die Reform des Österreichischen Erbrechts in Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischen Juristentages Wien 2009 Band II/1 (2009) 142 f; *ders* bereits in NZ 1998, 47.

⁶⁸ Vgl zB *Welser*, Zur Reform der Anrechnung im Erbrecht in Grünwald/Schummer/Zoller (Hg), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis (2012) 774 (794).

⁶⁹ *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 788 f ABGB Rz 6; *ders*, NZ 1998, 41; *Umlauft*, NZ 1998, 52; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 297 f; *Jud*, AnwBl 2000, 722; *Fischer-Czermak*, Die erbrechtliche Anrechnung und ihre Unzulänglichkeiten NZ 1998, 2 (4); *Rabl*, NZ 1999, 295; *Schauer*, Rechtsprobleme bei der Anrechnung im Erbrecht, JBl 1980, 449 (454); *Samek*, Das österreichische Pflichtteilsrecht samt Anrechnungsrecht (2004) 160.

Pflichtteilsberechtigten zu vereiteln.⁷⁰ Um diese Problematik zu umgehen, wurde die Ansicht vertreten, man müsste Vorschüsse und Vorempfänge in einen dem fiktiven Pflichtteil im Zuwendungszeitpunkt entsprechenden Teil und einen darüberhinausgehenden Teil trennen. Der darüberhinausgehende Teil war danach als Schenkung zu qualifizieren und unterlag daher der Anfechtung nach § 951 ABGB aF.⁷¹

Da dieser Lösungsansatz im Falle einer entscheidenden Verringerung des Vermögens des Verstorbenen zwischen dem Zuwendungszeitpunkt und dem Todeszeitpunkt nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führte,⁷² wurde vorgeschlagen, hinsichtlich der Frage der Herausgabepflicht, zwischen Schenkungen, auf die ein gesetzlicher Anspruch bestand und solche, auf die kein gesetzlicher Anspruch bestand, vorzunehmen. Zuwendungen des Verstorbenen sollten nur dann nicht der Herausgabepflicht unterliegen, wenn der Empfänger darauf einen Rechtsanspruch hatte.⁷³

Da die Zweijahresfrist im Hinblick auf Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte die Verkürzung der Pflichtteile durch den Verstorbenen wesentlich erleichterte, wurde in der Lit die Abschaffung oder Verlängerung auf fünf oder zehn Jahre gefordert.⁷⁴ Weiters wurde aus Gründen der Rechtsvereinfachung und unter Hinweis auf die zivilrechtliche Verjährung die Vereinheitlichung der Anrechnungsfrist im Hinblick auf pflichtteilsberechtigte und nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer gefordert,⁷⁵ was somit auch zu einer Vereinheitlichung der Frist für die Haftung geführt hätte, zumal eine Haftung nur für anrechenbare Schenkungen bestand.⁷⁶ Im Hinblick auf die Herausgabepflicht von nicht pflichtteilsberechtigten Personen wurde vorgeschlagen, eine Frist von zehn Jahren vor dem Tod des Verstorbenen vorzusehen, um so Pflichtteilsverkürzungen zu verhindern.⁷⁷ Es wurde auch vorgeschlagen, der bisher gängigen Praxis Rechnung zu tragen und ausdrücklich gesetzlich zu verankern, dass das Klagebegehren des verkürzten Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten auf Herausgabe des Fehlbetrages bei sonstiger Exekution in die geschenkte Sache zu lauten hätte.⁷⁸

⁷⁰ Vgl *Eccher*, Erbfolge 168; *Umlauf*, NZ 1998, 52.

⁷¹ *Fischer-Czermak*, NZ 1998, 5; *Umlauf*, NZ 1998, 52.

⁷² Vgl *Fischer-Czermak*, NZ 1998, 5.

⁷³ *Jud*, AnwBl 2000, 722 f; *Zankl*, Rechtsvergleichende Gedanken zu einer Reform der Anrechnung, NZ 1998, 35 (36 f); für eine Aufgabe der Unterscheidung zwischen Vorempfängen, Vorschüssen und Schenkungen vgl auch *Umlauf*, Anrechnung 18 sowie *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts, NZ 2012, 1 (6).

⁷⁴ Vgl *Welser*, 17. ÖJT II/1, 135 ff mwN.

⁷⁵ Vgl zB *Zankl*, NZ 1998, 37.

⁷⁶ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar V² §§ 951 f ABGB Rz 6.

⁷⁷ *Umlauf*, 17. ÖJT II/2, 138. *Welser*, 17. ÖJT II/1, 140.

⁷⁸ Vgl zB *Welser*, 17. ÖJT II/1, 140.

Im Hinblick auf die Kritik aus Praxis und Lehre kam es durch das ErbRÄG 2015 zu einer grundlegenden Neugestaltung des Anrechnungsrechts, was auch zu Änderungen der Bestimmungen im Hinblick auf die Haftung des Geschenknehmers führte.

III. Die Neuregelung durch das ErbRÄG 2015

1. Allgemeines

Eine wesentliche Neuerung im Zuge des ErbRÄG 2015 ist die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Vorschüssen und Vorempfängen einerseits und Schenkungen andererseits, indem durch die Bestimmung des § 781 ABGB ein einheitlicher Schenkungsbegriff geschaffen wurde.⁷⁹ Somit ist § 789 Abs 1 ABGB über die Haftung des Geschenknehmers nunmehr, abgesehen von einzelnen Ausnahmen,⁸⁰ auf sämtliche Zuwendungen anzuwenden.⁸¹

Die Regelungen des ErbRÄG 2015 sind in vielen Bereichen identisch mit den Bestimmungen der §§ 951 f ABGB aF, sodass die Lehre und Rspr zur bisherigen Rechtslage weiterhin angewendet werden kann.⁸² Die neuen Regelungen des ErbRÄG 2015 sind gem § 1503 Abs 7 Z 1 und 2 ABGB am 1. 1. 2017 in Kraft getreten und sind auf alle Todesfälle nach dem 31. 12. 2016 anzuwenden, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Dies gilt – mangels anderweitiger Regelungen – daher auch für Schenkungen, die bereits vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 gemacht worden sind.⁸³ Für die Verjährungsbestimmungen sieht § 1503 Abs 7 Z 9 ABGB vor, dass diese nicht nur dann anzuwenden sind, wenn der Verstorbene nach dem 31. 12. 2016 verstorben ist, sondern auch dann, wenn die Verjährung nach altem Recht bereits begonnen hat, die kenntnisabhängige dreijährige Verjährungsfrist nach § 1487a ABGB jedoch noch nicht abgelaufen ist.⁸⁴

⁷⁹ Schauer, in Barth/Pesendorfer, 213; Pollan, Schenkungsanrechnung und Pflichtteilsberechtigung, NZ 2018, 81 (82).

⁸⁰ Vgl dazu die Ausführungen in Kapitel H.

⁸¹ K. Müller/Melzer, Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht in Deixler-Hübner/Schauer (Hg), Erbrecht neu: rechtspolitische Grundlagen, Erbrecht und Familie, letztwillige Verfügungen, Pflichtteilsrecht/-anrechnung, Unternehmensübertragung, Steuerrecht und Bankenpraxis (2015) 73 (90).

⁸² Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 204.

⁸³ Kogler, Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen des neuen Erbrechts, EF-Z 2016, 60 (60).

⁸⁴ Näheres zu den Verjährungsbestimmungen in Kapitel J.II.

Im Zuge des ErbRÄG 2015 wurde auch die Haftung des Geschenknehmers für Pflichtteilsansprüche neu geregelt. Die Bestimmungen der §§ 951 und 952 ABGB sind außer Kraft getreten. Eine umfassende Neuregelung der Haftung des Geschenknehmers findet sich nunmehr in den Bestimmungen der §§ 789 bis 792 ABGB.

Das ErbRÄG 2015 brachte somit systematische Änderungen mit sich. Die Regelungen zur Schenkungsanfechtung finden sich nunmehr nicht mehr im Schenkungsrecht sondern am Ende des vierzehnten Hauptstücks und somit im Pflichtteilsrecht.⁸⁵ Damit wurde der systematische Zusammenhang zwischen Schenkungsanrechnung und der Herausgabe von Schenkungen verdeutlicht.⁸⁶

2. Die gesetzliche Regelung im Überblick

Wie bisher haftet primär die Verlassenschaft für die Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen. Nach rechtskräftiger Einantwortung geht diese Haftung auf die Erben des Geschenkgebers über.⁸⁷ Nur in Fällen einer unzureichenden Verlassenschaft ist wie bisher eine subsidiäre Haftung des Geschenknehmers vorgesehen. So kann der verkürzte Pflichtteilsberechtigte nach neuer Rechtslage im Falle einer für die Deckung der Pflichtteile unzureichenden Verlassenschaft anstelle der nach altem Recht vorgesehenen Herausgabe des Geschenks vom Geschenknehmer die Zahlung des Fehlbetrages verlangen.⁸⁸ Der Geschenknehmer haftet „nur mit der zugewendeten Sache“, sofern er den Fehlbetrag oder den Anteil, für den er einzustehen hat, nicht bezahlt.⁸⁹ Es kann festgestellt werden, dass die nach altem Recht bestehende Möglichkeit, sich durch Zahlung des Fehlbetrages von der Herausgabepflicht zu befreien, nun nicht mehr – in spiegelbildlicher Form – gesetzlich verankert ist.⁹⁰ Zum Schutz des haftenden Geschenknehmers wurde weiters festgelegt, dass auf den Anspruch auf Zahlung des Fehlbetrages die Regelungen über die Stundung des Pflichtteils entsprechend anzuwenden sind.⁹¹

⁸⁵ *Krausler*, Die Schenkungsanrechnung – Analyse des österreichischen, deutschen und französischen Pflichtteilsrechts (2019) 223 f.

⁸⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

⁸⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 26; *Barth*, Pflichtteilsrecht neu in Barth/Pesendorfer (Hg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 157 (176); *Musger* in KBB⁷ § 764 ABGB Rz 6; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 764 ABGB Rz 2/1 ff; *Barth* in Barth/Pesendorfer 174.

⁸⁸ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 223; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 90.

⁸⁹ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 223; *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015 (2015) 131; *Musger* in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 2.

⁹⁰ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 223. Näher dazu Kapitel F.II.

⁹¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 91; *Musger* in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 2.

Da die Reihenfolge der Schenkungen oft zufällig ist, wurde durch das ErbRÄG 2015 die bisher bestehende primäre Haftung des später Beschenkten aufgegeben und eine verhältnismäßige Haftung der Geschenknehmer vorgesehen, indem eine Haftung der Geschenknehmer im Verhältnis des Wertes ihrer Geschenke festgelegt wurde.⁹² Weiters sind Ausnahmen von der Haftung sowie Haftungsbeschränkungen gesetzlich verankert. So ist zunächst die Ausstattung eines Kindes, soweit es auf diese gem § 1220 ABGB einen Anspruch hatte, ausdrücklich von der Haftung ausgenommen.⁹³ Dies stellt eine Einschränkung im Vergleich zur alten Rechtslage dar, da vor dem ErbRÄG 2015 noch sämtliche Vorschüsse und Vorempfänge von der Herausgabepflicht ausgenommen waren.⁹⁴ Eine dem § 952 ABGB aF entsprechende Regelung wurde mit dem neuen § 790 Abs 1 ABGB geschaffen, nach dem der Geschenknehmer, wenn er die zugewendete Sache oder deren Wert nicht mehr besitzt oder sich der Wert vermindert hat, nur dann mit seinem gesamten Vermögen haftet, wenn er den Verlust unredlich zugelassen hat.⁹⁵

Weiterhin gesetzlich festgelegt ist, dass ein pflichtteilsberechtigter Geschenknehmer nur mit dem Betrag haftet, der über den ihm zustehenden Pflichtteilsanspruch hinausgeht. Zudem besteht eine Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils im Todeszeitpunkt, sofern der Pflichtteilsberechtigte auf den Pflichtteil verzichtet oder diesen ausgeschlagen hat.⁹⁶ Wurde eine Haftungsbeschränkung bereits geltend gemacht, so kann eine Person, die den Pflichtteil anstelle des Pflichtteilsberechtigten erhält, nicht erneut eine Haftungsbeschränkung geltend machen.⁹⁷ Eine Haftung ist weiters dann nicht vorgesehen, wenn der Geschenknehmer im Zeitpunkt der Schenkung nicht zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörte (§ 757 ABGB) und der Verstorbene die Schenkung mehr als zwei Jahre vor seinem Tod gemacht hat.⁹⁸

Zur Stärkung des Rechts des Pflichtteilsberechtigten, seinen Anspruch gegen den Beschenkten durchzusetzen, wurde durch das ErbRÄG 2015 des Weiteren ein materiell-

⁹² ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 224; *Rabl*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (342).

⁹³ *Rucker*, Die Anrechnung im neuen Erbrecht, NZ 2016, 81 (90); *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 90.

⁹⁴ *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 788 f ABGB Rz 6; *ders.*, NZ 1998, 41; *Umlauft*, NZ 1998, 52; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 297 f; *Jud.*, AnwBl 2000, 722; *Fischer-Czermak*, NZ 1998, 4; *Rabl*, NZ 1999, 295; *Schauer*, JBl 1980, 454; *Samek*, Pflichtteilsrecht 160.

⁹⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36; *Rabl*, NZ 2015, 432; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 193.

⁹⁶ *Rucker*, NZ 2016, 90; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 195; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 91.

⁹⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 91.

⁹⁸ *Rucker*, NZ 2016, 90; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 224.

rechtlicher Auskunftsanspruch eingeführt.⁹⁹ So ist nunmehr gesetzlich verankert, dass Personen, die die Hinzurechnung bestimmter Schenkungen verlangen können, in Bezug auf diese Schenkungen einen Auskunftsanspruch gegen die Verlassenschaft, die Erben und den Geschenknehmer haben.¹⁰⁰ Gem § 1487a ABGB verjährt der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten drei Jahre ab Kenntnis der für das Bestehen des Anspruchs maßgebenden Tatsachen. Unabhängig von dieser Kenntnis verjährt der Anspruch jedenfalls 30 Jahre nach dem Tod des Verstorbenen.

Da sich der Gesetzgeber in Bezug auf Schenkungen auf den Todesfall für die Vertragslösung entschieden hat, ist die Schenkung auf den Todesfall auch nach dem Tod des Geschenkgebers als Vertrag anzusehen¹⁰¹ und ist daher gem § 781 ABGB im Hinblick auf die Haftung des Geschenknehmers nach §§ 789 ff ABGB wie eine Schenkung unter Lebenden zu behandeln.¹⁰²

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass die Regelungen über die Haftung des Geschenknehmers für die Deckung von Pflichtteilsansprüchen seit der ursprünglichen Fassung des ABGB im Jahre 1811 bis zur Neuregelung durch das ErbRÄG 2015 umfassend geändert und erweitert wurden. Zwar wurden durch die Novellierungen Unklarheiten gelöst und Schwächen der vormaligen Regelungen beseitigt, allerdings gilt es dennoch einige Problemstellungen zu lösen. Im Folgenden soll daher eine Auseinandersetzung mit Fragestellungen der geltenden Rechtslage erfolgen und Lösungsansätze erarbeitet werden. Weiters soll das Zusammenspiel der einzelnen Haftungsbestimmungen aufgezeigt werden.

C. ANWENDUNGSBEREICH DER §§ 789 ff ABGB

I. Allgemeines

Zunächst ist zu erörtern, wann die Haftungsbestimmungen der §§ 789 ff ABGB zur Anwendung kommen sollen. Gem § 789 ABGB sind die Regelungen über die Haftung des Geschenknehmers heranzuziehen, „*wenn bei Bestimmung der Pflichtteile Schenkungen hinzu-*

⁹⁹ Till, Zum neuen Auskunftsanspruch im Erbrecht, Aktiv-/Passivlegitimation – Inhalt – Beweislast – Verjährung iFamZ 2017, 274 (275).

¹⁰⁰ Zankl, Durchsetzung der Anrechnung und Auskunftsanspruch in Rabl/Zöchling-Jud (Hg), Das neue Erbrecht – Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (2015) 111 (116); Rucker, NZ 2016, 89; Rabl, NZ 2015, 341 f.

¹⁰¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 26

¹⁰² Welser, Der Erbrechts-Kommentar (2019) § 789 ABGB Rz 1; für weitere Nachweise vgl bereits FN 1.

oder angerechnet werden, die Verlassenschaft aber zur Deckung der Pflichtteile nicht ausreicht“. Hieraus wird ersichtlich, dass der Geschenknehmer bloß subsidiär im Falle unzureichender Verlassenschaft zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen herangezogen werden kann. Primär sind Pflichtteilsansprüche von der Verlassenschaft bzw nach rechtskräftiger Einantwortung von den Erben zu erfüllen.¹⁰³ Im Vergleich zu der bereits dargestellten Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 kann eine Erweiterung des Anwendungsbereiches festgestellt werden, da es im Zuge des ErbRÄG 2015 zu einer Vereinheitlichung der Anrechnungsregeln und einer Ausdehnung des Schenkungsbegriffes des § 781 ABGB kam.¹⁰⁴ Zudem waren nach alter Rechtslage die Empfänger von Vorschüssen und Vorempfängen von der Haftung für Pflichtteilsansprüche ausgenommen.¹⁰⁵

II. Problemstellungen und Meinungsstand

In § 789 ABGB wird auf die Hinzu- oder Anrechnung von Schenkungen hingewiesen. Zu beachten ist allerdings, dass es im Falle einer bloßen Anrechnung zu keiner Erhöhung von Pflichtteilsansprüchen und somit auch zu keiner subsidiären Haftung des betreffenden Geschenknehmers kommen kann, sodass die Formulierung „hinzu- oder angerechnet“ missverständlich ist.¹⁰⁶ Nach *Kletečka*¹⁰⁷ soll mit der gewählten Formulierung zum Ausdruck gebracht werden, dass es zu einer Haftung auch dann kommen kann, wenn die Anrechnung erlassen wurde. Der vom Wortlaut ebenfalls umfasste umgekehrte Fall, dass es zu einer Anrechnung, nicht aber zu einer Hinzurechnung kommt, sei nach diesem ausgeschlossen. Nach *Kogler*¹⁰⁸ sind drei verschiedene Vereinbarungen möglich. Es ist nach diesem die Vereinbarung nur der Hinzurechnung, die Vereinbarung der Hinzu- und Anrechnung sowie die Vereinbarung nur der Anrechnung denkbar.

*Umlauf*¹⁰⁹ führt hierzu aus, die in § 789 ABGB gewählte Formulierung „hinzu- oder angerechnet“ sei im Sinne von „hinzugerechnet“ zu verstehen. Dem Wortlaut der Bestimmung

¹⁰³ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 26; *Barth* in Barth/Pesendorfer 176; *Musger* in KBB⁷ § 764 ABGB Rz 6; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 764 ABGB Rz 2/1 ff; *Barth* in Barth/Pesendorfer 174.

¹⁰⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 26; vgl weiters zB *Rucker*, NZ 2016, 89 f; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 781 ABGB Rz 3 mwN.

¹⁰⁵ Zu den Literaturnachweisen vgl bereits Kapitel B.II.6.

¹⁰⁶ *Kogler*, Formvorschriften im neuen Erbrecht: zugleich ein Beitrag zu Vereinbarungen über die Anrechnung (2016) 87 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 207; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 2.

¹⁰⁷ *Kletečka*, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015 in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hg), Das neue Erbrecht – Erbrechtsänderungsgesetz 2015 (2015) 89 (107).

¹⁰⁸ *Kogler*, Formvorschriften 71.

¹⁰⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206 f.

könnte man entnehmen, auch Schenkungen, die nur angerechnet werden, seien umfasst, dies sei jedoch mangels Hinzurechnung der betreffenden Schenkung denkunmöglich. Lt *Kogler*¹¹⁰ ist die Formulierung darauf zurückzuführen, dass aus der Anrechnung auch die Hinzurechnung folge. Es sei nicht nachvollziehbar, dass ein Pflichtteilsberechtigter, der einen Abzug erleidet, zur Haftung herangezogen werden könne, obwohl sich die Ansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten mangels Hinzurechnung nicht erhöhen. Bei Differenzierung zwischen Anrechnung und Hinzurechnung könne für die Haftung nur die Hinzurechnung maßgeblich sein. Auch nach *Vaclavek*¹¹¹ soll für die Anwendung der Haftungsbestimmungen der §§ 789 ff ABGB ausschließlich die Hinzurechnung maßgeblich sein. Im Falle eines pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers, dem die Anrechnung auf den Pflichtteil nicht erlassen wurde, soll es auf die Hinzu- und Anrechnung ankommen. Um aufgrund der unklaren gesetzlichen Formulierung gegensätzliche Auslegungen zu verhindern, fordert diese eine entsprechende klare gesetzliche Regelung.

III. Stellungnahme

Der Fall, dass es zu einer Anrechnung, nicht aber zu einer Hinzurechnung kommt, ist denkbar, wenn eine Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten gem § 784 ABGB von der Hinzu- und Anrechnung ausgenommen ist, der Verstorbene und der Pflichtteilsberechtigte allerdings von der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit, etwas anderes zu vereinbaren, Gebrauch gemacht haben.¹¹² So kann bspw vereinbart werden, dass die Schenkung auf den Pflichtteil des Beschenkten anzurechnen ist, um dessen Ansprüche gegen die Verlassenschaft zu schmälern. Hinsichtlich der Hinzurechnung könnte jedoch die gesetzliche Regelung beibehalten werden, sodass sich die Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten nicht erhöhen. Eine derartige Vereinbarung widerspricht auch nicht den Interessen der übrigen Pflichtteilsberechtigten, da diese Zuwendungen kraft gesetzlicher Anordnung ohnehin bei der Pflichtteilsberechnung nicht hinzuzurechnen sind.

Weder im Wortlaut des Gesetzes noch in den Mat¹¹³ findet sich ein Hinweis darauf, dass die Vereinbarung einer Anrechnung zwingend die Hinzurechnung – und umgekehrt – zur Folge hat. In den Mat zu § 789 ABGB ist von Schenkungen, die „hinzu- oder auch angerechnet

¹¹⁰ *Kogler*, Formvorschriften 88.

¹¹¹ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers – Analyse der Haftung gegenüber Pflichtteilsberechtigten gem §§ 789 ff ABGB (2020) 73 f.

¹¹² Vgl auch *Kogler* Formvorschriften 71.

¹¹³ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

wurden“ die Rede, sodass § 789 ABGB wohl dahingehend zu verstehen ist, dass eine Haftung des Geschenknehmers in Betracht kommt, wenn eine Schenkung nur hinzugerechnet wurde oder wenn sie hinzu- und angerechnet wurde.

Es ist den soeben dargestellten Ansichten in der Lit zu folgen, sodass für das Bestehen der Haftung daher bloß die Hinzurechnung maßgeblich ist.¹¹⁴ Ob auch eine Anrechnung stattgefunden hat, ist für die Anwendbarkeit der Haftungsbestimmungen nach §§ 789 ff ABGB daher unerheblich. Dafür spricht auch das Zusammenspiel der Bestimmung des § 782 Abs 1 ABGB und jener des § 792 ABGB in Bezug auf Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen. Sowohl für die Hinzurechnung als auch für die Haftung des Geschenknehmers ist eine Zweijahresfrist vorgesehen, sodass die Abhängigkeit der Haftung von der Hinzurechnung der betreffenden Schenkung deutlich wird.

D. ANSPRUCHSBERECHTIGTE

I. Der verkürzte Pflichtteilsberechtigte und seine Gesamtrechtsnachfolger

§ 789 ABGB legt fest, dass der verkürzte Pflichtteilsberechtigte den Geschenknehmer in Anspruch nehmen kann, sofern die Verlassenschaft nicht ausreicht, um seinen Pflichtteil zu decken. Anspruchsberechtigt ist somit zunächst der konkret Pflichtteilsberechtigte,¹¹⁵ dessen Pflichtteil von der Verlassenschaft bzw den Erben nicht oder nicht zur Gänze erfüllt werden kann, weil das Verlassenschaftsvermögen zur Deckung der Pflichtteilsansprüche nicht ausreicht. Ein Haftungsanspruch steht dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten auch dann zu, wenn dieser zugleich Erbe ist, der Erbteil seinen Pflichtteil jedoch nicht abdeckt.¹¹⁶ Der Haftungsanspruch ist vererblich und steht somit auch den Erben des verkürzten Pflichtteilsberechtigten zu.¹¹⁷ Hierfür ist es nicht erforderlich, dass der verstorbene Geschenknehmer seinen Haftungsanspruch zu Lebzeiten bereits gerichtlich geltend gemacht

¹¹⁴ So auch *Kogler*, Formvorschriften 88; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 207; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 73f; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB FN 2.

¹¹⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 205; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 1; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6.

¹¹⁶ Vgl zB *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 758 ABGB Rz 9; *Musger* in KBB⁷ § 758 ABGB Rz 7; OGH 24.09.2018, 2 Ob 119/18s = EFSlg 157.284 = EFSlg 157.286; sowie zur alten Rechtslage *Schubert* in Rummel, ABGB I³ § 951 ABGB Rz 2.

¹¹⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 205; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6; noch zur alten Rechtslage OGH 29.01.2004, 6 Ob 263/03z = RZ 2004, 138 = ecolex 2004, 442 = NZ 2004, 348 = SZ 2004/15 = NZ 2005, 77 (Müller); *Schubert* in Rummel, ABGB I³ § 951 ABGB Rz 2.

hat.¹¹⁸ Da auf die konkrete Pflichtteilsberechtigung abgestellt wird, hindert ein Pflichtteilsverzicht den Anspruch gegen den Geschenknehmer.¹¹⁹ Wurde ein partieller Pflichtteilsverzicht abgegeben, und daher nur hinsichtlich bestimmter Schenkungen auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen verzichtet, steht dem partiell verzichtenden Pflichtteilsberechtigten mangels Hinzurechnung der betreffenden Schenkung bei der Ermittlung seines Pflichtteilsanspruchs auch kein Haftungsanspruch in Bezug auf diese Schenkung zu.¹²⁰

II. Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft

1. Problemstellung

Neben der Frage, wer als Anspruchsberechtigter anzusehen ist, ist weiters von Bedeutung, wie vorzugehen ist, wenn im Falle unzureichender Verlassenschaft mehrere Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind, deren Pflichtteilsansprüche nicht oder nicht zur Gänze durch lebzeitige oder letztwillige Zuwendungen gedeckt sind. Es ist zu klären, in welchem Umfang der verkürzte Pflichtteilsberechtigte die Erfüllung des Pflichtteils von der Verlassenschaft und nach rechtskräftiger Einantwortung von den Erben verlangen kann und in welchem Umfang er in weiterer Folge zur Geltendmachung von Haftungsansprüchen an die Geschenknehmer verwiesen wird. Sofern infolge einer Hinzurechnung von Schenkungen die vorhandene Verlassenschaft nicht ausreicht, um alle Pflichtteilsansprüche zu decken, stellt sich daher die Frage, wie die unzureichende Verlassenschaft unter mehreren Pflichtteilsberechtigten aufzuteilen ist.¹²¹ Insb stellt sich die Frage, wie die Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft zwischen einem beschenkten und einem nicht beschenkten Pflichtteilsberechtigten zu erfolgen hat. Diese Frage ist von Bedeutung, da es oftmals einfacher ist, die Ansprüche gegen die Verlassenschaft durchzusetzen. Weiters ist das Insolvenzrisiko des Beschenkten zu beachten.¹²² Im Gesetz sind keine Anhaltspunkte enthalten, wie die unzureichende Verlassenschaft auf mehrere Pflichtteilsberechtigte aufzuteilen ist. Im

¹¹⁸ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 205; noch zur alten Rechtslage OGH 10.05.1972, 7 Ob 105/72 = NZ 1973, 155.

¹¹⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 205.

¹²⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 97, 205.

¹²¹ Zur Frage der Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft bei Vorliegen eines Anrechnungserlasses vgl Kapitel G.III.3.

¹²² *Schamberger*, Die Haftung des Geschenknehmers nach §§ 789 ff ABGB, NZ 2017, 369 (376); *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 232.

Folgenden sollen die verschiedenen Möglichkeiten zur Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft erörtert werden.

2. Meinungsstand

a) Allgemeines

Bezüglich der Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft kommen verschiedene Methoden in Frage. Diesbezüglich werden in der Lit unterschiedliche Ansichten vertreten. Es kann einerseits eine proportionale Aufteilung¹²³ im Verhältnis der Fehlbeträge vorgenommen werden, was dazu führt, dass dem beschenkten Pflichtteilsberechtigten aufgrund der bereits erhaltenen Zuwendung im Ergebnis ein höherer Anteil zukommt. Andererseits kann eine Aufteilung entsprechend einer sukzessiven Gleichstellung¹²⁴ in der Weise vorgenommen werden, dass jeder Pflichtteilsberechtigte so viel aus der Verlassenschaft erhält, dass die erhaltenen Beträge aller Pflichtteilsberechtigten unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Zuwendungen im Ergebnis gleich hoch sind. Nach einer dritten Lösung sollen die Pflichtteilsansprüche nach der zeitlichen Reihenfolge der Inanspruchnahme erfüllt werden.¹²⁵ Im Folgenden sollen nun die Methode der proportionalen Aufteilung der Verlassenschaft und die Methode der sukzessiven Gleichstellung näher dargestellt werden.

b) Proportionale Aufteilung

Bei der proportionalen Aufteilung wird die Verlassenschaft im Verhältnis der Fehlbeträge auf die verkürzten Pflichtteilsberechtigten aufgeteilt. Es werden somit die nicht gedeckten Pflichtteilsansprüche ins Verhältnis gesetzt. Die genaue Vorgehensweise kann anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden.

Sachverhalt: Der Verstorbene (V) hinterlässt seine drei Kinder K1 K2 und K3. In einer letztwilligen Verfügung wurde die Lebensgefährtin (L) zur Alleinerbin eingesetzt, sodass den Kindern ein Pflichtteil von jeweils einem Sechstel zusteht. Der Wert der reinen Verlassenschaft

¹²³ Dafür *Schamberger*, NZ 2017, 375 ff; *Kogler*, Formvorschriften 91 ff; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 787 ABGB Rz 3; sowie bereits zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 *Weiß* in Klang (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III² (1952) 932 f; *Stubenrauch*, Kommentar I⁸ 962 f.

¹²⁴ Dafür bereits zur alten Rechtslage *Umlauf*, Anrechnung 99 ff; zur neuen Rechtslage *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191; *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 108 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 232 ff; *Krausler*, Schenkungsanrechnung 230 ff; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 82 ff.

¹²⁵ Vgl dazu *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 79 ff, die jedoch die Methode der sukzessiven Gleichstellung bevorzugt.

beträgt 150. K1 hat bereits zu Lebzeiten eine Schenkung im Wert von 700 erhalten. K2 hat eine Schenkung im Wert von 50 erhalten. Unter Berücksichtigung der Schenkungen beträgt die Bemessungsgrundlage für die Pflichtteile 900. Der Pflichtteil eines jeden Kindes beträgt daher 150. Der Pflichtteil von K1 ist durch die erhaltene Schenkung bereits abgedeckt, sodass kein Pflichtteilsanspruch besteht. K2 hat eine Schenkung von 50 erhalten, sodass der Pflichtteilsanspruch 100 beträgt. Der Pflichtteilsanspruch von K3 beträgt 150. Insgesamt sind daher Pflichtteilsansprüche von 250 zu erfüllen, wofür die Verlassenschaft jedoch nicht ausreicht.

Anwendung der Methode der proportionalen Aufteilung: Im Sinne einer proportionalen Aufteilung ist zunächst die Verlassenschaft im Wert von 150 im Verhältnis der Fehlbeträge 100:150 aufzuteilen. K2 erhält daher 60 aus der Verlassenschaft und K3 erhält 90. Hinsichtlich der restlichen Pflichtteilsansprüche müssen sich die Pflichtteilsberechtigten an den beschenkten K1 wenden. Der Anspruch des K2 gegen K1 beträgt daher 40 und jener des K3 gegen K1 beträgt 60.

Gegen die Methode der proportionalen Aufteilung spricht nach *Schamberger*¹²⁶ der historische Ursprung dieser Methode. Diese wurde für die Anrechnung von Vorempfängen entwickelt. Die Methode der proportionalen Aufteilung führte nach alter Rechtslage zu Ungleichbehandlungen der Pflichtteilsberechtigten. Nach hA¹²⁷ zur alten Rechtslage mussten Vorempfänge und Vorschüsse trotz Berücksichtigung bei der Pflichtteilsberechnung nicht herausgegeben werden, wenn die Verlassenschaft zur Deckung der Pflichtteilsansprüche nicht ausreichte. Das führte dazu, dass ein Pflichtteilsberechtigter gegebenenfalls mehr erhielt, als den gesetzlichen Pflichtteil, den Überschuss aber nicht herausgeben musste. Demgegenüber konnte der Pflichtteil der übrigen Pflichtteilsberechtigten oft nicht gedeckt werden, da der bereits bedachte Pflichtteilsberechtigte einen größeren Anteil erhielt, was in der Lit¹²⁸ kritisiert wurde. Mithilfe der sukzessiven Gleichstellung konnte man dem nicht beschenkten Pflichtteilsberechtigten einen größeren Anteil an der Verlassenschaft sichern. Da durch das ErbRÄG 2015 die Unterscheidung von Vorschüssen und Vorempfängen einerseits und

¹²⁶ *Schamberger*, NZ 2017, 377.

¹²⁷ Vgl. zB *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ §§ 788, 789 ABGB Rz 6; aA *Umlauf*, Anrechnung 132.

¹²⁸ Vgl. zB *Umlauf* Anrechnung 102; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 297 f; sowie die weiteren Nachweise bei *Stubenrauch*, Kommentar I⁸ 963 FN 1.

Schenkungen andererseits aufgegeben wurde und es keine dem § 793 ABGB aF¹²⁹ vergleichbare Regelung gibt, besteht nach *Schamberger*¹³⁰ kein Bedürfnis mehr, bestimmte Pflichtteilsberechtigte bei der Aufteilung der Verlassenschaft im Sinne einer sukzessiven Gleichstellung zu begünstigen. Dieser spricht sich daher für die Methode der proportionalen Aufteilung aus.

c) Sukzessive Gleichstellung

Gegen die zuvor dargestellte Methode der proportionalen Aufteilung der Verlassenschaft spricht jedoch, dass diese dazu führt, dass die Pflichtteilsberechtigten, je nachdem ob und in welcher Höhe diese bereits lebzeitige Zuwendungen erhalten haben, eine unterschiedliche Pflichtteilsdeckung erhalten.¹³¹ Nach der Methode der sukzessiven Gleichstellung erhält bei der Verteilung der Verlassenschaft zunächst der am wenigsten bedachte Pflichtteilsberechtigte einen Betrag, sodass er – unter Berücksichtigung einer allfällig bereits erhaltenen Zuwendung – so viel erhält, wie der nächsthöher vorausbedachte Pflichtteilsberechtigte. Anschließend erhalten diese beiden Pflichtteilsberechtigten so viel aus der Verlassenschaft, bis diese mit dem nächsthöher vorausbedachten Pflichtteilsberechtigten gleichgestellt sind. Die Umsetzung des Ausgleichsgedankens unter den Pflichtteilsberechtigten kann nur unter Anwendung der Methode der sukzessiven Gleichstellung erfolgen, sodass in der Lit zum Großteil dieser Methode der Vorzug gegeben wird.¹³²

Bei Anwendung der Methode der sukzessiven Gleichstellung ergibt sich eine andere Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft als bei Anwendung der Methode der proportionalen Aufteilung. Dies kann anhand der Fortsetzung des obigen Beispiels bei unverändertem Sachverhalt verdeutlicht werden.

Anwendung der Methode der sukzessiven Gleichstellung: Der Wert der zu verteilenden Verlassenschaft beträgt 150, der Pflichtteilsanspruch von K2 100 und jener von

¹²⁹ Die Regelung des § 793 ABGB aF lautete wie folgt: „Die Anrechnung des Empfangenen zum Erbtheile geschieht dadurch, daß jedes Kind den nähmlichen Betrag noch vor der Theilung erhält. Ist die Verlassenschaft dazu nicht hinreichend; so kann zwar das früher begünstigte Kind keinen Erbtheil ansprechen, aber auch zu keiner Erstattung angehalten werden.“

¹³⁰ *Schamberger*, NZ 2017, 377.

¹³¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 232.

¹³² Umfassend dazu *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 232 ff, mit anschaulichen Beispielen; ebenso *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191; *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 108 f; *Krausler*, Schenkungsansrechnung 230 ff; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 82 ff; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 297; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191; *Umlauf*, Anrechnung 99 ff.

K3 150, sodass insgesamt Pflichtteile von 250 zu erfüllen sind. Da K2 bereits eine Schenkung von 50 erhalten hat, erhält zunächst K3 aus der Verlassenschaft einen Betrag von 50, um mit K2 gleichgestellt zu sein. Es verbleibt nun ein Betrag von 100 in der Verlassenschaft, von welchem K2 und K3 je 50 erhalten. Die Pflichtteilsansprüche des K2 und des K3 sind daher je mit einem Betrag von 100 abgedeckt. Hinsichtlich des noch bestehenden Fehlbetrages von je 50 haben sie gegen K1 vorzugehen.

3. Stellungnahme

Auch nach dem ErbRÄG 2015 ist es ein Anliegen des Gesetzgebers einen vermögensrechtlichen Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten zu erzielen.¹³³ Zwar ist durch die Vereinheitlichung des Schenkungsbegriffes durch das ErbRÄG 2015 die Problematik, dass bestimmte Zuwendungen trotz Hinzurechnung nicht herausgegeben werden müssen, nicht mehr gegeben,¹³⁴ doch ändert dies nichts an der Tatsache, dass der verkürzte Pflichtteilsberechtigte, der einen größeren Anteil seines Pflichtteilsanspruchs durch Verlassenschaftsvermögen decken kann, besser gestellt ist, als jener, der zu einem größeren Teil an den Geschenknehmer gemäß §§ 789 ff ABGB verwiesen ist, denn die Inanspruchnahme der Verlassenschaft ist einfacher und weiters ist das Insolvenzrisiko des Geschenknehmers zu berücksichtigen.¹³⁵ Aus den obigen Beispielen wird deutlich, dass die Methode der sukzessiven Gleichstellung besser dazu geeignet ist, um diesen Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten herbeizuführen.¹³⁶ Es ist daher auch nach dem ErbRÄG 2015 die Methode der sukzessiven Gleichstellung gegenüber einer verhältnismäßigen Aufteilung der Verlassenschaft zu bevorzugen.¹³⁷ Diese ist auch dann anzuwenden, wenn der verkürzte Pflichtteilsberechtigte zugleich Erbe ist, sodass dieser nicht berechtigt ist, die gesamte Verlassenschaft zur Deckung seines Pflichtteilsanspruchs einzubehalten, da die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten gleichrangig zu behandeln sind.¹³⁸ Fraglich ist, ob die Methode der sukzessiven Gleichstellung auch dann noch zu einem adäquaten Ergebnis führt, wenn einem beschenkten Pflichtteilsberechtigten die Anrechnung der erhaltenen Schenkung auf den Pflichtteil nach § 785 ABGB erlassen wurde.¹³⁹

¹³³ Vgl zB den Hinweis auf die „Reziprozität“ in ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

¹³⁴ Schamberger, NZ 2017, 377.

¹³⁵ Schamberger, NZ 2017, 376; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 232.

¹³⁶ Vaclavek, Die Haftung des Geschenknehmers 85.

¹³⁷ Vaclavek, Die Haftung des Geschenknehmers 85.

¹³⁸ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 237 f; Vaclavek, Die Haftung des Geschenknehmers 85.

¹³⁹ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel G.III.3.

E. ANSPRUCHSGEGNER

I. Der Geschenknehmer und seine Gesamtrechtsnachfolger

Reicht die Verlassenschaft zur Deckung der Pflichtteilsansprüche nicht aus, so legt § 789 ABGB zunächst einen Anspruch des verkürzten Pflichtteilsberechtigten gegen den Geschenknehmer fest.¹⁴⁰ Im Falle des Ablebens des Geschenknehmers haften dessen Gesamtrechtsnachfolger für die Erfüllung der in der Verlassenschaft nicht gedeckten Pflichtteilsansprüche.¹⁴¹ Dies führt zu einer Belastung der Erben des verstorbenen Geschenknehmers. Hat dieser die geschenkte Sache vermacht, haften dessen Gesamtrechtsnachfolger, obwohl sie nicht von der Zuwendung profitieren, sofern sie sich nicht auf § 790 Abs 1 ABGB berufen können.¹⁴² Eine Haftung kann aufgrund des Wortlautes der Bestimmungen der §§ 789 und 792 ABGB nur dann angenommen werden, wenn die an den betreffenden Geschenknehmer erfolgte Schenkung bei der Ermittlung der Pflichtteilsansprüche hinzugerechnet wurde.¹⁴³

Einzelrechtsnachfolger des Beschenkten können hingegen nicht zur Haftung herangezogen werden.¹⁴⁴ Eine Haftung von Einzelrechtsnachfolgern ist selbst dann nicht anzunehmen, wenn diese die betreffende Sache vom Erstbeschenkten ebenfalls geschenkt erhalten haben.¹⁴⁵ So kann ein Dritter, an den die geschenkte Sache weiterveräußert oder geschenkt worden ist, vom verkürzten Beschenkten nicht zur Haftung herangezogen werden.¹⁴⁶

¹⁴⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 224; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 91; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 798 ABGB Rz 1; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 1; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 3; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 103.

¹⁴¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 224; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 91; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 798 ABGB Rz 1; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 11; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 3.

¹⁴² *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 103.

¹⁴³ Vgl. zB *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 12; *Kogler*, Formvorschriften 88.

¹⁴⁴ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 11; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 1; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6.

¹⁴⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 11; *Welser* in FS Kralik 591.

¹⁴⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 224; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 90; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 5; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 3; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 9.

*Battlog*¹⁴⁷ vertritt jedoch die Ansicht, es sollen auch Einzelrechtsnachfolger zur Haftung herangezogen werden können, zumal bei einer Übertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge für den Bedachten derselbe wirtschaftliche Erfolg eintrete. Weiters können dritte Personen, die die Sache zerstört oder beschädigt haben oder sonst aus dem Untergang, der Verschlechterung oder dem Verlust der Sache Vorteile gezogen haben, nicht zur Haftung herangezogen werden.¹⁴⁸ In diesem Fall bleibt die Haftung des vom Verstorbenen Beschenkten jedoch weiterhin bestehen.¹⁴⁹ Es kann jedoch im Hinblick auf die an den Einzelrechtsnachfolger erfolgte Zuwendung eine Anfechtung nach der AnFO oder der IO angedacht werden.¹⁵⁰

Nach neuer Rechtslage sind Schenkungen auf den Todesfall den Schenkungen unter Lebenden gleichgestellt,¹⁵¹ sodass nunmehr auch der auf den Todesfall Beschenkte bei mangelnder Pflichtteilsdeckung wie die übrigen Geschenknehmer zur Haftung herangezogen werden kann.¹⁵²

II. Mehrere Geschenknehmer

1. Gesetzliche Regelung

Das ErbRÄG 2015 brachte eine grundlegende Änderung im Hinblick auf die Haftung im Falle von Schenkungen an mehrere Geschenknehmer mit sich. Die gesetzliche Regelung vor dem ErbRÄG 2015 sah noch eine primäre Haftung des zuletzt Beschenkten vor. Nur gleichzeitig Beschenkte hafteten verhältnismäßig.¹⁵³ Es galt die Vermutung, dass die

¹⁴⁷ *Battlog*, Die mangelhafte Absicherung des Pflichtteilsanspruches im österreichischen Erbrecht, AnwBl 1998, 544 (547 f).

¹⁴⁸ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 5.

¹⁴⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 11; *Welser* in FS Kralik 591 ff.

¹⁵⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 227 f; *Welser* in FS Kralik 591; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 9.

¹⁵¹ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 197 f; *ders* ÖJZ 2017, 59 f; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 2; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 51; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 207; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 12; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 3.

¹⁵² *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 1; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 12; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 3.

¹⁵³ § 951 Abs 3 ABGB aF: „Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur in dem Maße, als der später Beschenkte zur Herausgabe nicht verpflichtet oder nicht imstande ist. Gleichzeitig Beschenkte haften verhältnismäßig.“ vgl auch *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 308; *Schubert* in Rummel, ABGB I³ § 951 ABGB Rz 2; *Parapatits* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁴ §§ 951 f ABGB Rz 10.

Verkürzung des Pflichtteils erst durch die spätere Schenkung bewirkt wurde.¹⁵⁴ § 789 Abs 2 ABGB legt nunmehr eine anteilige Haftung der Geschenknehmer für den Ausfall am Pflichtteil im Verhältnis des Wertes ihrer Geschenke fest. Diese Regelung wurde eingeführt, da die zeitliche Reihenfolge von Schenkungen zu Lebzeiten oft zufällig ist.¹⁵⁵ Es sind bei der Feststellung des Haftungsverhältnisses jedoch nur jene Schenkungen zu berücksichtigen, deren Empfänger zur Erfüllung der Pflichtteilsansprüche beizutragen haben. Wurde eine Schenkung an eine nicht abstrakt pflichtteilsberechtigten Person daher mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenknehmers wirklich gemacht, ist der Empfänger der betreffenden Schenkung mangels Hinzurechnung der Schenkung zur Verlassenschaft nicht zur Haftung heranzuziehen.¹⁵⁶

2. Problemstellungen

Durch die Neuregelung der Haftung mehrerer Geschenknehmer wurde zwar die nach der alten Rechtslage bestehende ungerechtfertigte Ungleichbehandlung mehrerer Geschenknehmer beseitigt, es ergeben sich dadurch jedoch auch neue Problemstellungen. So ist fraglich, wer den Ausfall zu tragen hat, sofern ein Geschenknehmer den Anteil, für den er einzustehen hat, nicht bezahlen kann. Es ist fraglich, ob dieses Risiko der Pflichtteilsberechtigte trägt, sodass der ihm zustehende Pflichtteil schlussendlich nicht zur Gänze gedeckt ist, oder ob die übrigen Beschenkten für den Ausfall eines Geschenknehmers haften.¹⁵⁷ Nach altem Recht stellte sich diese Problematik nicht, da bei Ausfall des zuletzt Beschenkten der früher Beschenkte zur Haftung herangezogen werden konnte.¹⁵⁸

Durch die Festlegung einer verhältnismäßigen Haftung im Falle von mehreren Geschenknehmern kann die Frage aufgeworfen werden, welcher Betrag für die Ermittlung des Haftungsverhältnisses heranzuziehen ist. § 789 Abs 2 ABGB lautet: „*Mehrere Geschenknehmer haften für den Ausfall am Pflichtteil anteilig im Verhältnis des Wertes ihrer Geschenke.*“ § 791 Abs 1 ABGB legt eine Haftungsbeschränkung des Geschenknehmers in

¹⁵⁴ Vgl zB OGH 23.10.2000, 6 Ob 189/00p; RIS-Justiz RS0114314, zuletzt OGH 20.06.2017, 2 Ob 91/16w = NZ 2017, 304 = EF-Z 2017, 226; *Binder* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar V² §§ 951 f ABGB Rz 18; *Bollenberger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014) § 951 ABGB Rz 5; krit dazu *Welser*, 17. ÖJT II/1, 142 f.

¹⁵⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36. Der Gesetzgeber ist hier den Forderungen in der Lehre nachgekommen, vgl va *Welser*, 17. ÖJT II/1, 142 f; *ders* bereits in NZ 1998, 47; *Umlauf*, Fragen zur Anrechnung, 17. ÖJT II/2, 143; *ders* bereits in NZ 1998, 52 f.

¹⁵⁶ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 224; vgl auch *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 3.

¹⁵⁷ Näheres dazu im Kapitel E.III.3.

¹⁵⁸ Vgl § 951 Abs 3 ABGB aF; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 308; *Schubert* in Rummel, ABGB I³ § 951 ABGB Rz 2; *Parapatits* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁴ §§ 951 f ABGB Rz 10.

Höhe des eigenen Pflichtteils fest und lautet wie folgt: „*Ein pflichtteilsberechtigter Geschenkenehmer (§ 758) haftet einem anderen verkürzten Pflichtteilsberechtigten nur insoweit, als er infolge der Schenkung mehr als den ihm bei Berücksichtigung der hinzuzurechnenden Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten hat.*“ Unter Berücksichtigung der Haftungsbeschränkung kann das Haftungsverhältnis einerseits nach dem Gesamtwert der erhaltenen Schenkung berechnet werden. Andererseits kann als Grundlage für die Ermittlung des Haftungsverhältnisses auch nur der den Pflichtteil übersteigende Betrag herangezogen werden.¹⁵⁹

Da die Verpflichtungen der jeweiligen Geschenkenehmer Teilschulden darstellen, kann dies bei der praktischen Umsetzung der Regelung Schwierigkeiten bereiten.¹⁶⁰ So können sich Probleme bei der Rechtsdurchsetzung ergeben, da oft nicht alle Schenkungen bekannt sind. Es kann daher mitunter schwierig sein, den Haftungsumfang des jeweiligen Geschenkenehmers festzustellen, denn um den Haftungsbetrag des jeweiligen Geschenkenehmers feststellen zu können, muss bekannt sein, an welche Personen Schenkungen erfolgt sind und welchen Wert diese Schenkungen haben.¹⁶¹ Praktische Probleme entstehen auch, wenn ein Geschenkenehmer bereits den Fehlbetrag geleistet hat und sich erst später herausstellt, dass der Verstorbene noch weitere Schenkungen gemacht hat, was wiederum zu einer Verringerung des von dem Geschenkenehmer herauszugebenden Betrages führt.¹⁶²

3. Ausfall eines Geschenkenehmers

a) Meinungsstand

An dieser Stelle soll ein Überblick über den Meinungsstand zu der Frage, wer den Ausfall am Pflichtteil zu tragen hat, wenn ein haftender Geschenkenehmer den Betrag, für den er einzustehen hat, nicht leisten kann, gegeben werden. Nach *Schauer*¹⁶³ hat die Neuregelung der Bestimmung eine Verlagerung des Insolvenzrisikos zur Folge. Diese Ansicht begründet er mit der gesetzlich ausdrücklich festgelegten anteiligen Haftung der Geschenkenehmer, die dazu führe, dass das Ausfallsrisiko jedes Geschenkenehmers vom Pflichtteilsberechtigten zu tragen

¹⁵⁹ Vgl dazu zB *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 209 ff; für Näheres zur Frage des für die Berechnung des Haftungsverhältnisses maßgeblichen Wertes vgl Kapitel E.III.4.

¹⁶⁰ So *Rabl*, NZ 2015, 342.

¹⁶¹ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 224 f; vgl auch *Musger* in *KBB*⁷ § 789 ABGB Rz 3.

¹⁶² *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 224 f.

¹⁶³ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 224 f.

sei.¹⁶⁴ Offenbar geht auch *Kletečka*¹⁶⁵ von einer Verlagerung des Insolvenzrisikos auf den Pflichtteilsberechtigten aus. Dieser weist im Hinblick auf die Verteilung der unzureichenden Verlassenschaft unter einem beschenkten und einem nicht beschenkten Pflichtteilsberechtigten im Falle eines Anrechnungserlasses auf die Problematik der Verkürzung des Pflichtteilsanspruchs des nicht beschenkten Pflichtteilsberechtigten im Falle der Insolvenz des beschenkten Pflichtteilsberechtigten hin. Dieselbe Ansicht vertreten *Nemeth/Niedermayr*,¹⁶⁶ da es nach diesen aufgrund der in der neuen Rechtslage verankerten anteilmäßigen Haftung zu einer Schlechterstellung der Pflichtteilsberechtigten kommt, da diese das Risiko des Ausfalls eines Geschenknehmers zu tragen hätten.

Demgegenüber meint *Umlauf*¹⁶⁷ unter dem Begriff des im § 789 Abs 2 ABGB erwähnten Ausfalls am Pflichtteil sei nicht nur der in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteil zu verstehen, sondern auch jener Ausfall, der sich infolge Uneinbringlichkeit eines Haftungsbetrages ergibt. Er führt hierzu aus, der Bestimmung des § 951 Abs 3 ABGB aF, die eine Haftung des früheren Beschenkten vorsah, sofern der später Beschenkte zur Herausgabe nicht verpflichtet oder nicht im Stande war, sei zu entnehmen, dass der Ausfall infolge Uneinbringlichkeit nicht vom Pflichtteilsberechtigten, sondern von den Geschenknehmern entsprechend der gesetzlich vorgesehenen Reihenfolge zu tragen war.¹⁶⁸ Da den Gesetzesmaterialien¹⁶⁹ nicht zu entnehmen sei, dass beabsichtigt war, von dieser Gesetzeslage abzugehen, spreche dies dafür, dass der Ausfall weiterhin nicht vom verkürzten Pflichtteilsberechtigten zu tragen sei. Zudem entspreche dieses Ergebnis dem dem Hinzu- und Anrechnungsrecht zugrundeliegenden Ausgleichsgedanken. Der Ausfall am Pflichtteil, für den die Geschenknehmer verhältnismäßig haften, sei daher nicht nur der in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteil, sondern auch jener Ausfall, den der Pflichtteilsberechtigte infolge Uneinbringlichkeit eines Haftbetrages erleide.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Auch nach *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 3, trägt der Pflichtteilsberechtigte das Risiko, dass bei einem von mehreren (redlichen) Beschenkten die geschenkte Sache nicht mehr vorhanden ist. Ebenso ist es nach *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 7, fraglich, ob der Ausfall eines Pflichtteilsberechtigten von den übrigen Beschenkten oder vom Pflichtteilsberechtigten zu tragen ist, wobei lt diesem aufgrund der anteilmäßigen Haftung der Ausfall wohl eher zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten gehe; ebenso *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 13.

¹⁶⁵ *Kletečka*, in *Rabl/Zöchling-Jud* 108f.

¹⁶⁶ *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 10.

¹⁶⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 212 f.

¹⁶⁸ *Parapatits* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁴ §§ 951 f ABGB Rz 10; OGH 23.10.2000, 6 Ob 189/00p; OGH 21.07.2005 = 8 Ob 79/04g = Zak 2005, 75 = NZ 2006, 335.

¹⁶⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

¹⁷⁰ Vgl ebenfalls *Umlauf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 17.

In Anlehnung an die soeben dargestellte Ansicht *Umlauf's*¹⁷¹ fordert *Vaclavek*¹⁷² grds die Beibehaltung der in der geltenden Rechtslage vorgesehenen Teilhaftung, dies jedoch unter zusätzlicher Normierung einer anteiligen Haftungsübernahme für den Fall des Wegfalls eines Beschenkten, um eine unsachgerechte Belastung der Pflichtteilsberechtigten zu vermeiden. Dies sei jedoch lediglich eine *de lege ferenda* bestehende Überlegung zur Verbesserung der Rechtslage. Es sei der Schutz der pflichtteilsberechtigten Personen und nicht derjenige des Beschenkten eines der obersten Prinzipien im Pflichtteilsrecht.¹⁷³

b) Stellungnahme

Die Bestimmung des § 951 Abs 3 ABGB aF sah Folgendes vor: „*Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur in dem Maße, als der später Beschenkte zur Herausgabe nicht verpflichtet oder nicht imstande ist. Gleichzeitig Beschenkte haften verhältnismäßig.*“ Eine Haftung des früher Beschenkten war daher nach dieser Bestimmung unter anderem zu bejahen, wenn der später Beschenkte nicht zur Herausgabe verpflichtet war. Im Falle eines pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers bestand auch nach alter Rechtslage eine Befreiung von der Herausgabepflicht in der Höhe des ihm zustehenden Pflichtteils.¹⁷⁴

Auf den früher Beschenkten konnte gem § 951 Abs 3 ABGB aF zurückgegriffen werden, wenn der Pflichtteilsanspruch vom später Beschenkten nicht zur Gänze gedeckt werden konnte, unabhängig davon, ob der Anspruch gegen den später Beschenkten dafür nicht ausreichte oder ob er uneinbringlich war.¹⁷⁵ Daraus folgt, dass ein früher Beschenkter zur Haftung herangezogen werden konnte, wenn aufgrund der Haftungsbefreiung des später Beschenkten der bestehende Pflichtteilsanspruch nicht gedeckt werden konnte. Es ging daher nicht nur die bereits zuvor erwähnte Uneinbringlichkeit zu Lasten der früher Beschenkten, sondern auch eine für die Pflichtteilsdeckung nicht ausreichende Schenkung an einen später Beschenkten, wie etwa aufgrund einer Haftungsbefreiung infolge Pflichtteilsberechtigung. Wie

¹⁷¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 212 f.

¹⁷² *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 120 ff.

¹⁷³ Hierzu kann angemerkt werden, dass eine gesetzliche Normierung einer Haftungsübernahme nicht erforderlich ist, wenn eine Haftung im Verhältnis des Haftungsumfangs angenommen wird. In diesem Fall ist bei (teilweisem) Wegfall eines Pflichtteilsberechtigten eine Haftungsübernahme durch die übrigen Geschenknehmer mitumfasst, zumal durch den Wegfall des Geschenknehmers keine zur Haftung heranzuziehende Schenkung und somit kein Haftungsumfang gegeben ist, sodass lediglich die Haftungsumfänge der anderen Geschenknehmer ins Verhältnis zu setzen sind; Näheres dazu im folgenden Kapitel E.III.4.

¹⁷⁴ Vgl § 951 Abs 2 ABGB aF.

¹⁷⁵ *Stanzl* in Klang (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² (1968) 627.

bereits von *Umlauf*¹⁷⁶ ausgeführt, ist den Mat¹⁷⁷ nicht zu entnehmen, dass man von dieser Gesetzeslage abgehen wollte, was dafür spricht, dass der Ausfall eines Geschenknehmers zu Lasten der anderen Geschenknehmer und nicht zu Lasten des verkürzten Pflichtteilsberechtigten geht.

In den Gesetzesmaterialien¹⁷⁸ findet sich hierzu lediglich der Hinweis auf die oftmals zufällige zeitliche Reihenfolge der zu Lebzeiten getätigten Schenkungen und die daher festgelegte Haftung im Verhältnis des Wertes der Geschenke. Die Festlegung einer verhältnismäßigen Haftung soll somit einer ungerechtfertigten primären Haftung des zuletzt Beschenkten entgegenwirken und so zu dessen Gleichstellung mit den weiteren Geschenknehmern führen. Dass es sich bei dem in dieser Weise festgestellten Haftungsumfang um eine Haftungsobergrenze des jeweiligen Geschenknehmers handeln soll, ist weder dem Gesetzestext noch den Mat zu entnehmen.

Weiters ist eine gesetzliche Wertung erkennbar, die die Interessen des Pflichtteilsberechtigten am Pflichtteil über jene des Geschenknehmers am Geschenk stellt.¹⁷⁹ Es ist daher trotz Fehlens einer der alten Bestimmung¹⁸⁰ entsprechenden Regelung, nach der die übrigen Geschenknehmer den Ausfall eines haftenden Geschenknehmers zu tragen haben,¹⁸¹ nicht davon auszugehen, dass das Risiko des Ausfalls eines Geschenknehmers zu Lasten des verkürzten Pflichtteilsberechtigten gehen soll, sodass der Ansicht *Umlauf*s¹⁸² zu folgen ist, und eine verhältnismäßige Haftung der übrigen Geschenknehmer für den Ausfall eines Geschenknehmers anzunehmen ist, dies jedoch nicht nur für den Fall der Uneinbringlichkeit eines Haftungsbetrages, sondern auch dann, wenn ein pflichtteilsberechtigter Geschenknehmer aufgrund der Haftungsbeschränkung nach §§ 791 Abs 1 und 2 ABGB nicht zur Herausgabe des vollen aufgrund des Verhältnisses des Wertes der Geschenke errechneten Haftungsbetrages verpflichtet ist.¹⁸³

¹⁷⁶ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 212 f.

¹⁷⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

¹⁷⁸ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

¹⁷⁹ So *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 2 im Hinblick auf die in § 789 Abs 1 ABGB festgelegte Zahlungspflicht des Geschenknehmers.

¹⁸⁰ § 951 Abs 3 ABGB aF: „[...] haftet der früher Beschenkte nur in dem Maße, als der später Beschenkte zur Herausgabe nicht verpflichtet oder nicht imstande ist“.

¹⁸¹ So auch *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 212 f.

¹⁸² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 212 f.

¹⁸³ Vgl hierzu näher im folgenden Kapitel E.III.4.

4. Für die Berechnung des Haftungsverhältnisses maßgeblicher Wert des Geschenks

a) Meinungsstand

Nach § 789 Abs 2 ABGB haften mehrere Geschenknnehmer für den Ausfall am Pflichtteil im Verhältnis des Wertes ihrer Geschenke. § 791 Abs 1 und 2 ABGB legen im Falle von pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmern eine Haftungsbefreiung in Höhe des (hypothetischen) Pflichtteils fest. Von *Schamberger*¹⁸⁴ wird daher vorgeschlagen, eine Haftung der Geschenknnehmer im Verhältnis ihres Haftungsumfangs anzunehmen. Dies könnte im Falle von pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmern relevant sein, da diese nicht mit dem gesamten Wert der Zuwendung haften, sondern lediglich mit dem den Pflichtteil übersteigenden Betrag. Aufgrund der eindeutigen Formulierung des § 789 Abs 2 ABGB, der eine Haftung der Geschenknnehmer im Verhältnis des Wertes ihrer Geschenke vorsieht, kann nach diesem allerdings eine anteilige Haftung im Verhältnis des Haftungsumfangs wohl nicht angenommen werden.

Nach einem Vergleich der beiden Auslegungsmöglichkeiten – einer Haftung im Verhältnis der Gesamtwerte der Schenkungen bzw einer Haftung im Verhältnis der Werte der Schenkungen, die den Pflichtteil übersteigen – ist demgegenüber nach *Umlauf*¹⁸⁵ das Haftungsverhältnis nach den Werten der Schenkungen zu berechnen, soweit diese den eigenen Pflichtteil übersteigen. Nach diesem sei die Bestimmung dahingehend auszulegen, dass unter dem „Wert der Schenkung“ der den Pflichtteil übersteigende Betrag zu verstehen sei. Der restliche Betrag der Zuwendung stelle die Pflichtteilsdeckung dar und bilde daher keine Schenkung. Diese Auslegungsvariante sei bei extensiver Auslegung im Gesetzeswortlaut gedeckt, da es bei der Bestimmung um die Haftung mit Geschenken für den Ausfall am Pflichtteil gehe. Zudem sei dieser Variante der Vorzug zu geben, da sie dem Ausgleichsgedanken unter den Pflichtteilsberechtigten besser Rechnung trage¹⁸⁶ und das Haftungsverhältnis einfacher zu berechnen sei. Nach *Geroldinger/Kogler*¹⁸⁷ seien beide Auslegungsvarianten sowohl im Gesetzeswortlaut als auch in den Mat gedeckt. Diese sprechen

¹⁸⁴ *Schamberger*, NZ 2017, 372.

¹⁸⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 210 ff.

¹⁸⁶ So hat bei Heranziehung dieser Berechnungsmethode der weniger beschenkte Pflichtteilsberechtigte auch weniger zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs beizutragen als der pflichtteilsberechtigte Beschenkte, dessen Geschenk einen höheren Wert hat.

¹⁸⁷ *Geroldinger/Kogler*, Verhältnismäßige Haftung der Geschenknnehmer und Haftungsfreistellung aufgrund eines Pflichtteilsverzichts, NZ 2022, 210 (213 f).

sich jedoch aufgrund von systematischen und historischen Erwägungen für eine Berechnung des Haftungsverhältnisses auf Basis des Wertes der Schenkung abzüglich des eigenen Pflichtteils aus, dies unter anderem mit dem Hinweis, dass Hinzu- und Anrechnung einerseits und Haftung andererseits nicht deckungsgleich seien, was am Beispiel der Ausstattung deutlich werde.

Gegen diese Ansicht äußert sich *Vaclavek*,¹⁸⁸ da der Gesetzeswortlaut und die Mat eindeutig auf das Verhältnis des Wertes der Geschenke Bezug nehmen. Lt *Welser*¹⁸⁹ sei es fraglich, ob der Ausfall eines Geschenknehmers zu Lasten der übrigen Geschenknehmer oder zu Lasten des verkürzten Pflichtteilsberechtigten gehe. Aufgrund der bloß anteilmäßigen Haftung der Geschenknehmer sei Letzteres anzunehmen.

b) Stellungnahme

Nach alter Rechtslage war eine verhältnismäßige Haftung im Falle von gleichzeitig erfolgten Schenkungen vorgesehen.¹⁹⁰ Das Problem, welcher Wert zur Berechnung des Haftungsverhältnisses heranzuziehen ist, stellte sich daher bereits damals. So wurde zT bereits zur alten Rechtslage ausgeführt, bei der Bestimmung des Haftungsumfangs der gleichzeitig Beschenkten sei das Verhältnis der jeweiligen Haftungsbeträge maßgeblich.¹⁹¹ Zu beachten ist allerdings, dass im Gesetzestext noch nicht ausdrücklich auf das Verhältnis des Wertes der Geschenke Bezug genommen wurde, sondern lediglich eine verhältnismäßige Haftung vorgesehen war, ohne die ins Verhältnis zu setzenden Beträge genau zu bezeichnen. Dennoch wurde überwiegend die Auffassung vertreten, der Wert im Zeitpunkt der Zuwendung sei maßgeblich für die Bestimmung des Haftungsverhältnisses.¹⁹²

Problematisch sind zB Fälle, in denen der Pflichtteilsberechtigte eine Schenkung erhalten hat, die seinen Pflichtteil nur knapp übersteigt. Dies kann anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden.

¹⁸⁸ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 116 f.

¹⁸⁹ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 7.

¹⁹⁰ Vgl § 951 Abs 3 S 2 ABGB aF.

¹⁹¹ So *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 308.

¹⁹² Vgl OGH 21.07.2005, 8 Ob 79/04g = Zak 2005, 75 = NZ 2006, 335; *Binder* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar V² §§ 951 f ABGB Rz 18; *Umlauf*, Anrechnung 316.

Sachverhalt: Der Verstorbene hinterlässt eine pflichtteilsberechtigte Tochter (T) und einen pflichtteilsberechtigten Sohn (S). Der Wert der reinen Verlassenschaft beträgt 40. Zu Lebzeiten ist eine Schenkung an S in Höhe von 70 erfolgt. Weiters ist innerhalb von zwei Jahren vor dem Tod des Verstorbenen eine hinzurechenbare Schenkung an die Lebensgefährtin (L) in Höhe von 150 erfolgt. Die Bemessungsgrundlage für die Pflichtteile beträgt daher 260. Dies ergibt einen Pflichtteil für S und T von jeweils 65. Der Pflichtteil von S ist durch die Schenkung gedeckt, sodass diesem kein Pflichtteilsanspruch zusteht. T erhält 40 aus der Verlassenschaft. Hinsichtlich des nicht gedeckten Pflichtteilsanspruchs in Höhe von 25 hat sie sich an die Geschenknehmer S und L zu wenden.

Variante I: Haftung im Verhältnis des Wertes der Geschenke: Da sich der Haftungsumfang nach dem Wert der Geschenke bestimmt, besteht ein Haftungsverhältnis von 7:15. Das ergibt einen Haftungsbetrag von 7,95 für S und einen Haftungsbetrag von 17,05 für L. Da S pflichtteilsberechtigt ist, und nur jenen Betrag herauszugeben hat, der seinen Pflichtteil übersteigt,¹⁹³ hat er lediglich einen Betrag von 5 herauszugeben. Hinsichtlich des verbleibenden Pflichtteilsanspruchs von 2,95 geht T leer aus, sofern man die Ansicht vertritt, der Ausfall eines haftenden Geschenknehmers gehe zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten.¹⁹⁴

Variante II: Haftung im Verhältnis des zur Verfügung stehenden Haftungsbetrages: Geht man bei der Berechnung vom Verhältnis der zur Verfügung stehenden Haftungsbeträge aus, so ergibt sich ein Haftungsumfang von 5 für S und ein unveränderter Haftungsumfang von 150 für L. Das Haftungsverhältnis beträgt daher 0,5:15. Dies ergibt einen Haftungsbetrag von 0,81 für S und einen Haftungsbetrag von 24,19 für L. Im Gegensatz zu Variante I kann in diesem Fall der Pflichtteilsanspruch von T durch die errechneten Haftungsbeträge zur Gänze gedeckt werden, ohne dass Überlegungen anzustellen wären, zu wessen Lasten die Verkürzung geht.

Berechnet man das Haftungsverhältnis nach dem Gesamtwert der Schenkungen und verneint man zudem eine Haftung der übrigen Geschenknehmer für uneinbringliche Haftungsbeträge, wäre dies in zweifacher Hinsicht nachteilig für den verkürzten Pflichtteilsberechtigten. So wird zunächst ein Teil des Ausfalls am Pflichtteil einem Geschenknehmer angelastet, von dem womöglich von vornherein aufgrund der

¹⁹³ Vgl § 791 Abs 1 ABGB.

¹⁹⁴ Vgl dazu Kapitel E.III.3.

Haftungsbeschränkung nach § 791 Abs 1 oder Abs 2 ABGB kein oder nur ein geringer Haftungsbetrag zu erzielen ist. Weiters würde aufgrund der anteiligen Haftung auch nicht die Möglichkeit bestehen, den fehlenden Betrag von einem Geschenknehmer, dessen zur Verfügung stehender Haftungsumfang noch nicht voll ausgeschöpft wurde, zu erlangen. Eine derartige Beeinträchtigung der Rechte des Pflichtteilsberechtigten ist aufgrund seiner höherwertigen Interessen¹⁹⁵ nicht anzunehmen. Vertritt man die Ansicht, das Haftungsverhältnis bestimme sich nach dem Gesamtwert der Schenkungen, so müsste der sich durch die Haftungsbeschränkung eines pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers ergebende Ausfall am Pflichtteil jedenfalls von den übrigen Geschenknehmern getragen werden.¹⁹⁶ Folgt man der oben bereits dargestellten Meinung *Umlaufts*,¹⁹⁷ nach der zur Berechnung des Haftungsverhältnisses der Wert der Schenkung abzüglich des eigenen Pflichtteils des Beschenkten maßgeblich ist, so stellt sich diese Problematik erst gar nicht, da in diesem Fall der von der Haftung ausgenommene Wert nicht in der Grundlage für die Berechnung des Haftungsverhältnisses enthalten ist.

Aus den soeben dargestellten Gründen ist mE zum Schutz der Pflichtteilsberechtigten der Meinung *Umlaufts*¹⁹⁸ zu folgen und eine Haftung im Verhältnis der den jeweiligen Pflichtteil übersteigenden Werte anzunehmen und als Schenkung iSd § 789 Abs 2 ABGB nur der den Pflichtteil übersteigende Betrag zu verstehen, da es sich beim Differenzbetrag um eine für die Haftung nicht relevante Pflichtteilsdeckung handelt und kraft gesetzlicher Anordnung in § 791 Abs 2 ABGB auch den auf den Pflichtteil verzichtenden Geschenknehmern zugutekommt. Es sollte daher nicht nur auf den Wortlaut der Bestimmung „[...] *im Verhältnis des Wertes ihrer Geschenke*“ sondern auch auf deren Sinn und Zweck abgestellt werden.¹⁹⁹ Die Bestimmung kann mE auch dahingehend ausgelegt werden, dass diese lediglich in Abkehr von der alten Rechtslage ausdrücklich festlegt, dass für die Bestimmung der Haftung im Fall von mehreren Geschenknehmern nicht die Reihenfolge der Schenkungen, sondern deren Wert maßgeblich ist, ohne dabei den konkreten für die Bestimmung des Haftungsverhältnisses

¹⁹⁵ Vgl *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 2.

¹⁹⁶ Für eine Haftung für den Ausfall infolge Uneinbringlichkeit eines Haftbetrages auch *Umlauft*, *Hinzu- und Anrechnung*² 212 f.

¹⁹⁷ *Umlauft*, *Hinzu- und Anrechnung*² 212.

¹⁹⁸ *Umlauft*, *Hinzu- und Anrechnung*² 212.

¹⁹⁹ Lt *Umlauft*, *Hinzu- und Anrechnung*² 210 geht es bei der Bestimmung um die Haftung für den Ausfall am Pflichtteil.

maßgeblichen Betrag festzusetzen,²⁰⁰ da sich dieser erst nach einer Zusammenschau mit den übrigen einschlägigen Bestimmungen²⁰¹ ergibt.

In diesem Zusammenhang ist auch auf § 790 Abs 1 ABGB Bedacht zu nehmen, der im Falle eines Verlustes oder einer Wertminderung des Geschenks – Unredlichkeit des Geschenknehmers vorausgesetzt – eine Haftung mit dem gesamten Vermögen des Geschenknehmers vorsieht.²⁰² Im Umkehrschluss bedeutet das, dass bei Redlichkeit des Geschenknehmers eine im Vergleich zur ursprünglich erfolgten Schenkung verminderte Haftung besteht. Es sollte daher auch im Sinne dieser Bestimmung die noch vorhandene Haftsumme und nicht der Wert der Schenkung zur Berechnung des Haftungsverhältnisses herangezogen werden.

Bejaht man – wie bereits dargelegt – eine erhöhte Haftung der übrigen Geschenknehmer im Falle des Ausfalls eines Geschenknehmers, so führt dies im Ergebnis nicht nur zu einer Haftung im Verhältnis der den jeweiligen Pflichtteil übersteigenden Werte der Schenkungen, sondern zu einer Haftung im Verhältnis der noch vorhandenen Haftsumme.

F. GEGENSTAND UND UMFANG DER HAFTUNG

I. Gesetzliche Regelung

In § 789 ABGB finden sich unter anderem Regelungen in Bezug auf den Gegenstand der Haftung. So legt Abs 1 der Bestimmung fest, dass der verkürzte Pflichtteilsberechtigte, wenn bei der Bestimmung der Pflichtteile Schenkungen hinzu- oder angerechnet werden und die Verlassenschaft zur Deckung der Pflichtteile nicht ausreicht, vom Geschenknehmer die Zahlung des Fehlbetrages verlangen kann. Diese Regelung wird durch die Bestimmung des Abs 3 ergänzt, indem festgelegt wird, dass der Geschenknehmer nur mit der zugewendeten Sache haftet, sofern er den Fehlbetrag, für den er nach Abs 1 einzustehen hat, nicht bezahlt. Die sich

²⁰⁰ Dafür sprechen auch die Ausführungen in den Mat, vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36, da in diesen explizit auf die Abkehr von der alten Rechtslage hingewiesen wird, aber eine genaue Erörterung des für die Haftung maßgeblichen Wertes nicht erfolgt.

²⁰¹ So legt § 789 Abs 1 ABGB eine Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung fest, § 791 Abs 1 ABGB eine Haftungsfreistellung in Höhe des Pflichtteils und § 791 Abs 2 ABGB eine Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils. Nach § 792 ABGB sind im Zeitpunkt der Schenkung nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer nach Ablauf von zwei Jahren nicht mehr zur Haftung heranzuziehen.

²⁰² Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel H.III.

im Zusammenhang mit dieser Regelung ergebenden Fragestellungen sollen im Folgenden erörtert werden.

II. Haftung „nur mit der zugewendeten Sache“

1. Problemstellung

Einer näheren Untersuchung bedarf zunächst die in Abs 3 des § 789 ABGB enthaltene Bestimmung, nach der der Geschenknnehmer „nur mit der zugewendeten Sache“ haftet, sofern er den Fehlbetrag oder den Anteil, für den er einzustehen hat, nicht bezahlt. Der genaue Regelungsgehalt der Bestimmung ist dem Gesetzeswortlaut nicht zu entnehmen. Einerseits kann daraus die Festlegung einer Sachhaftung abgeleitet werden. Andererseits ist auch die Verankerung einer Haftungsgrenze denkbar. Die verschiedenen Argumente für die beiden Auslegungsvarianten werden im Folgenden näher dargestellt.

2. Entstehungsgeschichte

Untersucht man die Entstehungsgeschichte des § 789 Abs 3 ABGB im Zuge des ErbRÄG 2015 so kann festgestellt werden, dass im ME²⁰³ noch Folgendes vorgesehen war: *„Bezahlt der Geschenknnehmer den Fehlbetrag oder den Anteil, für den er nach Abs 2 einzustehen hat, nicht, so kann der Pflichtteilsberechtigte seinen Anspruch in die geschenkte Sache vollstrecken.“* Entsprechendes sahen auch die Erläuterungen zum ME vor.²⁰⁴ So war hier noch Folgendes festgehalten: *„Exekution kann der Pflichtteilsberechtigte aber nach Abs 3 grundsätzlich (siehe § 790) nur in die geschenkte Sache führen (Sachhaftung).“* Die Änderung in der Textierung des § 789 Abs 3 ABGB dürfte lt *Schamberger*²⁰⁵ auf die Stellungnahme des OGH²⁰⁶ zum ME zurückzuführen sein, in welcher vorgeschlagen wurde, die Formulierung *„Der Geschenknnehmer haftet für den Anspruch nach Absatz 1 oder 2 nur mit der geschenkten Sache.“* in den Gesetzestext aufzunehmen. Es sollte durch die Aufnahme des Wortes „nur“ klargestellt werden, dass der Anspruch nur durch Vollstreckung in die geschenkte Sache durchgesetzt werden könne.²⁰⁷ In den Erläuterungen zum ErbRÄG 2015²⁰⁸ wird zu Abs 3 des

²⁰³ § 789 Abs 3 ABGB idF 100/ME 25. GP.

²⁰⁴ Vgl ErläutRV 100/ME 25. GP 33.

²⁰⁵ *Schamberger*, NZ 2017, 370.

²⁰⁶ 32/SN-100/ME 25. GP 15.

²⁰⁷ 32/SN-100/ME 25. GP 15.

²⁰⁸ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

§ 789 ABGB ausgeführt, „*der Pflichtteilsberechtigte haftet nach Abs 3 grundsätzlich (siehe § 790) nur mit der zugewendeten Sache*“.

3. Meinungsstand

In der Lit werden verschiedene Ansichten über die Auslegung der Wendung „so haftet er nur mit der zugewendeten Sache“ vertreten. Nach *Barth/Pesendorfer*²⁰⁹ ist davon auszugehen, dass der Geschenknehmer nur mit dem Wert der geschenkten Sache haftet.²¹⁰ Demgegenüber wird auch die gegenteilige Ansicht vertreten und eine reine Sachhaftung angenommen.²¹¹ So ist nach *Schamberger*²¹² nicht von einer Haftung in der Höhe des Wertes der zugewendeten Sache auszugehen. Er verweist diesbezüglich auf den Wortlaut des Gesetzes, die Entstehungsgeschichte des § 789 Abs 3 ABGB und die Gesetzesmaterialien. Weiters wäre nach diesem bei Annahme einer Haftung in der Höhe des Wertes der zugewendeten Sache die Bestimmung des § 789 Abs 3 ABGB überflüssig. Unklar ist nach *Schamberger*²¹³ auch, wann die Voraussetzungen für die Erfüllung des § 789 Abs 3 ABGB gegeben sind, da bei der gesetzlichen Formulierung der Bestimmung auf ein negatives Verhalten des Geschenknehmers, nämlich die Nichtzahlung des Fehlbetrages, abgestellt wird. So könne nach diesem zur Erfüllung des Tatbestandes des § 789 Abs 3 ABGB bspw auf eine außergerichtliche Aufforderung zur Zahlung abgestellt werden oder aber auch auf eine gerichtliche Geltendmachung.

4. Stellungnahme

In den Mat²¹⁴ wird zu § 790 ABGB ausgeführt, dass im Anwendungsbereich des § 790 ABGB keine Sachhaftung vorgesehen ist, weil sich die Sache nicht mehr im Besitz des Geschenknehmers befindet. Daraus kann man schließen, dass im Fall des § 789 Abs 3 ABGB, bei Vorhandensein der geschenkten Sache im Besitz des Geschenknehmers, sehr wohl von einer

²⁰⁹ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 131.

²¹⁰ Auch nach *Eccher* Erbrechtsreform Rz 191, ist aus § 789 Abs 3 ABGB abzuleiten, dass die Haftung mit dem Wert der geschenkten Sache begrenzt ist; ebenso *ders*, Erbrecht⁶ Rz 12/33 unter Hinweis auf *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 131; zum Einfluss einer Veräußerung auf die Sachhaftung vgl Kapitel H.III.

²¹¹ *Schamberger*, NZ 2017, 370 f; *Apathy*, Zur Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016, 805 (810); *ders*, Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht in Artmann/Rüffler/Torggler (Hg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 1 (16); *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 19; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 6; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 11; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 111 f; *Walch*, Zur Begrenzung der Haftung des Geschenknehmers nach § 789 ABGB auf den Wert des Geschenks, NZ 2022, 27 (28, 38).

²¹² *Schamberger*, NZ 2017, 370 f.

²¹³ *Schamberger*, NZ 2017, 371.

²¹⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

Sachhaftung und nicht von einer Haftung in der Höhe des Wertes des Geschenks auszugehen ist.²¹⁵

Gegen eine Auslegung des § 789 Abs 3 ABGB dahingehend, dass dieser eine Haftung in Höhe des Wertes der Sache festlegt, und somit die Haftung des Geschenknehmers mit dem Wert der geschenkten Sache begrenzt und demnach keine sachlich begrenzte Haftung vorliegt, spricht auch die Bestimmung des § 790 Abs 1 ABGB. Es wird eine Haftung des Geschenknehmers mit seinem gesamten Vermögen festgelegt, sofern er eine Wertminderung der geschenkten Sache unredlich zugelassen hat. Hat sich der Wert der Sache verringert und ist diese Wertverminderung nicht auf Unredlichkeit des Geschenknehmers zurückzuführen, trifft ihn somit im Umkehrschluss keine Haftung mit seinem gesamten Vermögen, sondern eine Sachhaftung. Diese ist naturgemäß mit dem aktuellen Wert der Sache begrenzt. Die Bestimmung des § 789 Abs 3 ABGB kann daher nicht auf den Fall einer Minderung des Wertes der geschenkten Sache und einer damit einhergehenden Minderung der Haftung abstellen, da hierfür mit der Bestimmung des § 790 Abs 1 ABGB Vorsorge getroffen wurde. Weiters spricht der Wortlaut des § 789 Abs 3 ABGB gegen eine Auslegung im Sinne einer generellen Haftungsbeschränkung in Höhe des Wertes der Sache, da nur auf den Fall der Nichtzahlung des Fehlbetrages Bezug genommen wird und nicht generell auf die Haftung bzw Zahlung des Fehlbetrages.

Aufgrund der obigen Ausführungen ist § 789 Abs 3 ABGB wohl dahingehend zu verstehen, dass bei der im Falle der Nichtzahlung des Fehlbetrages durchzuführenden Exekution nur Zugriff auf die geschenkte Sache besteht und das übrige Vermögen des Geschenknehmers unangetastet bleibt. Nur bei Verlust oder Wertminderung durch unredliches Verhalten des Geschenknehmers ist gem § 790 Abs 1 ABGB eine Exekution auch in das übrige Vermögen des Geschenknehmers möglich.²¹⁶

²¹⁵ So auch *Schamberger*, NZ 2017, 370 f.

²¹⁶ Näheres zur Haftung bei Verlust des Geschenks oder Wertminderung vgl Kapitel H.III.

III. Befreiung von der Zahlungspflicht durch Herausgabe der geschenkten Sache?

1. Problemstellung

Gem der Bestimmung des § 789 Abs 1 ABGB ist im Falle von in der Verlassenschaft nicht gedeckten Pflichtteilsansprüchen primär die Zahlung des Fehlbetrages durch den Geschenknnehmer vorgesehen. Kommt der Beschenkte dieser Zahlungspflicht nicht nach, so haftet er nach Abs 3 nur mit der zugewendeten Sache. Wie soeben ausgeführt, ist dies dahingehend zu verstehen, dass Exekution in die geschenkte Sache geführt werden kann.²¹⁷

Fraglich ist, ob sich der Geschenknnehmer durch Herausgabe der zugewendeten Sache von seiner Zahlungsfrist befreien kann. Diese Frage drängt sich auf, da nach alter Rechtslage in § 951 Abs 1 ABGB aF noch primär die Herausgabe der geschenkten Sache gefordert werden konnte.²¹⁸ In § 951 Abs 1 ABGB aF war weiters vorgesehen, dass der Geschenknnehmer die Herausgabepflicht durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden konnte. Im aktuellen Gesetzestext ist eine derartige Befreiung nicht mehr vorgesehen. Es ist nunmehr zu erörtern, ob die Befreiung von der Zahlungspflicht durch Herausgabe der geschenkten Sache vom Gesetzgeber bewusst nicht gesetzlich verankert wurde, oder ob die Möglichkeit einer Befreiung von der Zahlungspflicht durch Herausgabe der geschenkten Sache trotz fehlender gesetzlicher Grundlage angenommen werden kann.

2. Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015

In einem ersten Schritt soll eine Darstellung der Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 erfolgen. Nach § 951 Abs 1 ABGB aF konnte der verkürzte Pflichtteilsberechtigte vom Geschenknnehmer die Herausgabe des Geschenks fordern. Von dieser Herausgabepflicht konnte sich der Geschenknnehmer befreien, indem er den Fehlbetrag bezahlte. Entgegen der gesetzlichen Formulierung war die festgelegte Herausgabepflicht allerdings nicht dahingehend zu verstehen, dass der verkürzte Pflichtteilsberechtigte einen Anspruch auf das Geschenk hatte oder die Herausgabe verlangen konnte und dem Beschenkten den Differenzbetrag ersetzen musste.²¹⁹ Nur bei Geldschenkungen hatte das Klagebegehren auf Herausgabe des geschenkten

²¹⁷ Vgl die Ausführungen zu Kapitel F.II.

²¹⁸ Vgl dazu unten Kapitel F.III.

²¹⁹ *Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht*³ 306 f.

Betrages zu lauten.²²⁰ Bestand die Schenkung nicht in Geld, so musste der Beschenkte die Exekution in die geschenkte Sache dulden.²²¹ Das Klagebegehren hatte auf Zahlung des Ausfalls am Pflichtteil bei sonstiger Exekution in die geschenkte Sache zu lauten²²² und nicht auf Herausgabe des Geschenks.²²³ Die Leistung an den Pflichtteilsberechtigten war stets ein Geldanspruch, sodass auch die Herausgabe der geschenkten Sache zur freihändigen Verwertung zu verneinen war.²²⁴ Zweck dieser Regelung war es, dem Pflichtteilsberechtigten den fehlenden Geldbetrag zu verschaffen.²²⁵

3. Meinungsstand

In der Lit werden diesbezüglich beide Ansichten mit jeweils überzeugenden Argumenten vertreten. Einerseits wird überwiegend die Ansicht vertreten, der Geschenknehmer könne sich durch die Herausgabe der geschenkten Sache von der Zahlungspflicht befreien.²²⁶ Zunächst ist auf die Ansicht *Schauers*²²⁷ zu verweisen, der die Befreiung von der Haftung durch Herausgabe der geschenkten Sache bejaht. Dieses Recht müsse dem Geschenknehmer lt diesem aufgrund eines Größenschlusses zukommen. Dem Geschenknehmer komme eine auf die geschenkte Sache bezogene Vollstreckungsbeschränkung zugute, weshalb die Möglichkeit der Haftungsbefreiung durch Herausgabe des Geschenks anzunehmen sei. Für die Möglichkeit einer Haftungsbefreiung durch Herausgabe der geschenkten Sache spricht sich auch *Walch*²²⁸ aus, der sich auf den Wortlaut des § 951 ABGB aF und die fehlenden Anhaltspunkte in den Mat,²²⁹ die für eine Abkehr von der alten Rechtslage sprechen würden, beruft. Da im Falle einer Exekution das Geschenk als Haftungsfonds zur Verfügung stehe, solle dem

²²⁰ *Ehrenzweig*, Familien- und Erbrecht 560; *Stanzl* in *Klang* IV/1² 627.

²²¹ *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2: Familien- und Erbrecht (1924) 560; *Swoboda* in *Klang* II/2 639; *Stanzl* in *Klang* IV/1² 627.

²²² RIS-Justiz RS0012943, zuletzt OGH 28.09.2021, 2 Ob 111/21v = Zak 2021, 375 = PSR 2022, 30; OGH 27.05.1970, 7 Ob 86/70 = EvBl 1971, 16 = NZ 1971, 124 = NZ 1972, 91; OGH 24.10.1995, 5 Ob 526/95 = EvBl 1996, 111 mwN; OGH 19.04.2011, 7 Ob 248/11p = NZ 2013, 78 (Umlauf); *Swoboda* in *Klang* II/2 639; *Stanzl* in *Klang* IV/1² 627; *Löcker* in *Kletečka/Schauer* (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2010) §§ 951 f Rz 3.

²²³ RIS-Justiz RS0012943, zuletzt OGH 28.09.2021, 2 Ob 111/21v = Zak 2021, 375 = PSR 2022, 30.

²²⁴ *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 306f.

²²⁵ *Stanzl* in *Klang* IV/1² 627; *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Großkommentar zum ABGB (Klang)³ (2013) § 951 Rz 10.

²²⁶ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 223; *Musger* in *KBB*⁷ § 789 Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 6; *ders*, Erbrecht 224; *Umlauf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 19; *ders*, Hinzu- und Anrechnung² 228; ebenso *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 4, nach welchen es dem Geschenknehmer möglich sein muss, sich vor Einbringung der Klage durch Herausgabe der Sache von seiner Haftung zu befreien; *Walch*, NZ 2022, 27,33.

²²⁷ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 223 f.

²²⁸ *Walch*, NZ 2022, 30

²²⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

Pflichtteilsberechtigten das Geschenk sogleich ausgehändigt werden können. Eine Befreiung von der Zahlungspflicht sei nach diesem auch nach Einbringung der Klage gem § 35 EO möglich. Weiters spreche es aus praktischer Sicht dafür, die Aushändigung der Sache einer teuren und aufwendigen Exekution vorzuziehen.

Krit zu der gesetzlichen Regelung äußert sich auch *Vaclavek*.²³⁰ Nach dieser könne eine Wahlmöglichkeit zwischen der Zahlung des Fehlbetrages und der Vollstreckung in die Sache bestehen. Bei Nichtzahlung des Fehlbetrages komme es jedoch ohnehin zur Exekution in die geschenkte Sache, sodass die neue Rechtslage der alten entspreche. Die Exekution stelle jedoch einen erhöhten Verfahrensaufwand dar und verursache hohe Kosten. Es sei daher eine Wahlmöglichkeit zwischen Zahlung und Herausgabe zuzüglich Aufwandsentschädigung sachgerecht und mittels Größenschlusses aus dem Gesetz ableitbar. Da dieses Ergebnis jedoch nicht im Wortlaut des Gesetzes Deckung finde und auch nicht gänzlich der alten Rechtslage entspreche, fordert *Vaclavek*²³¹ eine diesbezügliche Gesetzesänderung.

Die gegenteilige Ansicht wird von *Schamberger*²³² vertreten. Dieser weist auf die Natur des Pflichtteilsanspruchs als Geldanspruch (§ 761 ABGB) hin. Da der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten nicht auf eine bestimmte Vermögensmasse gerichtet ist, würde lt diesem eine Herausgabe der Zuwendung dem Pflichtteilsberechtigten den auf Geld gerichteten Anspruch verwehren.

4. Stellungnahme

Vergleicht man die alte mit der neuen Rechtslage kann festgestellt werden, dass trotz der Änderung des Gesetzeswortlautes dasselbe Ergebnis erzielt wird.²³³ Dieses ist nach aktueller Rechtslage nur klarer formuliert.²³⁴ So hat das Klagebegehren auch nach neuer Rechtslage auf Zahlung des Ausfalls am Pflichtteil bei Exekution in die geschenkte Sache zu lauten.²³⁵ Nach alter Rechtslage war primär die Exekution in die geschenkte Sache vorgesehen,

²³⁰ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 114 f.

²³¹ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 115.

²³² *Schamberger*, NZ 2017, 371.

²³³ So wurde den Forderungen in der Lit Rechnung getragen, die eine Festlegung der seit langem bestehenden Praxis verlangten, nach der das Klagebegehren auf „Herausgabe des Fehlbetrages bei sonstiger Exekution in die geschenkte Sache“ lautet, vgl zB *Welser* in Grünwald/Schummer/Zoller 794.

²³⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 205; *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 107; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 6.

²³⁵ *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 791 Rz 11; *Rabl*, NZ 2015, 342; *Apathy*, ÖJZ 216, 810.

die der Beschenkte durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden konnte. Nach aktueller Rechtslage ist primär die Zahlung des Fehlbetrages vorgesehen, wobei die Nichterfüllung der Zahlungsverpflichtung zur Exekution in die geschenkte Sache führt, sodass bei Zahlung des Fehlbetrages die Exekution wiederum vermieden werden kann. Die Herausgabe der geschenkten Sache war daher bereits nach alter Rechtslage trotz entsprechender gesetzlicher Formulierung nicht vorgesehen, sodass angenommen werden kann, dass eine derartige Festlegung im Zuge des ErbRÄG 2015 bewusst unterlassen wurde. Zudem war bereits nach alter Rechtslage der vorrangige Zweck der Regelung, dem Pflichtteilsberechtigten den auf seinen Schenkungspflichtteil fehlenden Geldbetrag zu verschaffen.²³⁶

Für die oben dargestellte Ansicht *Schambergers*²³⁷ sprechen auch die Ausführungen in den Erläuterungen zum ErbRÄG,²³⁸ in welchen in Abs 1 deutlicher als bisher zum Ausdruck kommen soll, dass der verkürzte Pflichtteilsberechtigte nicht nur bei Geldschenkungen, sondern bei allen Geschenken, nicht auf Herausgabe des Geschenks, sondern auf Zahlung des Ausfalls am Pflichtteil klagen kann. Es wird daher klargestellt, dass dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten der in § 761 ABGB festgelegte Geldanspruch auch bei unzureichender Verlassenschaft gesichert werden soll.

Nach der hA²³⁹ und Rspr²⁴⁰ soll ein Vergleich zwischen dem Beschenkten und dem Pflichtteilsberechtigten über eine künftige Herausgabepflicht bereits vor dem Tod des Geschenkgebers zulässig sein. Dies spricht mE dafür, dass eine Befreiung von der Zahlungsverpflichtung durch Herausgabe der geschenkten Sache durch ein einseitiges Verhalten des Geschenknehmers, welches nicht im Einvernehmen mit dem Pflichtteilsberechtigten erfolgt, nicht anzunehmen ist.

²³⁶ Stanzl in *Klang* IV/1² 627; Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ § 951 Rz 9.

²³⁷ *Schamberger*, NZ 2017, 371.

²³⁸ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

²³⁹ Vgl zur neuen Rechtslage zB *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 Rz 6; *Umlauft*, Hinzu- und Anrechnung² 208; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ §§ 789-792 Rz 12; zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 vgl Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, *Klang*³ § 951 Rz 10; Stanzl in *Klang* IV/1² 627; *Schubert* in Rummel, ABGB I³ § 951 Rz 2; *Bollenberger* in KBB⁴ § 951 Rz 3.

²⁴⁰ OGH 28.02.1971, 6 Ob 781/78; OGH 25.01.2000, 1 Ob 363/99k = EFSlg 93.461.

Die in der Lit²⁴¹ vertretene Ansicht der Geschenknehmer könne sich durch Herausgabe der Schenkung von der Zahlungspflicht befreien ist zwar durch das Unterbleiben der Exekution vorteilhaft für den Geschenknehmer, diese Vorgehensweise schafft jedoch neue Probleme. So stellt sich mE die Frage, ob bei Veräußerung der geschenkten Sache und Beschaffung einer Ersatzsache²⁴² auch die Ersatzsache schuldbefreiend an den Pflichtteilsberechtigten herausgegeben werden kann oder ob es einem Geschenknehmer, dessen empfangene Schenkung sich zwar wertmäßig noch in seiner Vermögenssphäre befindet, nicht jedoch in natura, verwehrt ist, sich durch Herausgabe von der Haftung zu befreien. Diese Problematik stellt sich, da bei einer Veräußerung der Sache die Sachhaftung nicht mehr greift der redliche Beschenkte in diesem Fall persönlich, jedoch noch bis zu dem Wert der noch vorhandenen Bereicherung haftet.²⁴³ Zudem führt es zu undurchsichtigen Verschiebungen in den Vermögenssphären der beteiligten Personen, wenn der Wert der herausgegebenen Schenkung den Pflichtteilsanspruch des verkürzten Pflichtteilsberechtigten übersteigt.

Nach § 761 ABGB ist der Pflichtteil in Geld zu decken.²⁴⁴ Er kann aber auch durch eine Zuwendung auf den Todesfall durch den Verstorbenen oder durch eine Schenkung unter Lebenden gedeckt werden. So liegt es allein in der Entscheidungsbefugnis des Verstorbenen wie der Pflichtteil gedeckt wird. Die Stellung des Geschenknehmers ist mit jener des Erben vergleichbar. Auch der Erbe ist verpflichtet, den Pflichtteil zu erfüllen, sofern dieser nicht durch eine Zuwendung unter Lebenden oder eine Zuwendung auf den Todesfall gedeckt ist. Unabhängig davon, ob sich ein entsprechender Geldbetrag in der Verlassenschaft befindet, ist der Erbe verpflichtet, den Pflichtteil in Geld zu erfüllen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb es jedoch dem Beschenkten freistehen sollte, sich durch Herausgabe des Geschenks von der Haftung zu befreien, zumal auch der Erbe nicht berechtigt ist, zur Pflichtteilserfüllung Vermögenswerte der Verlassenschaft heranzuziehen. Auch das Argument, beim Erben handle es sich um einen Gesamtrechtsnachfolger und beim Beschenkten um einen Einzelrechtsnachfolger des Verstorbenen ändert daran nichts, zumal es sich bei der Verpflichtung zur Erfüllung der Pflichtteilsansprüche nicht um eine vom Verstorbenen auf den

²⁴¹ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 223; *Musger* in KBB⁷ § 789 Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 6; *ders*, Erbrecht 224; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 19; *ders*, Hinzu- und Anrechnung² 228; ebenso *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 4.

²⁴² Vgl hierzu auch die Bestimmung des § 790 Abs 1 ABGB sowie die Ausführungen in Kapitel H.III.

²⁴³ Vgl *Apathy*, ÖJZ 2016, 810 mwN; Näheres zur Haftung bei Verlust oder Wertminderung der geschenkten Sache vgl Kapitel H.III.

²⁴⁴ Krit bzgl einer Befreiung von der Zahlungspflicht durch Herausgabe der geschenkten Sache daher *Schamberger*, NZ 2017, 371.

jeweiligen Pflichtteilsschuldner übergewende Verpflichtung handelt, sondern um eine anlässlich des Todes entstehende eigene Verpflichtung des jeweiligen Pflichtteilsschuldners.

Da § 761 ABGB vorsieht, dass der Pflichtteil auch durch eine letztwillige Zuwendung gedeckt werden kann, kann angedacht werden, dem Verstorbenen die Möglichkeit einzuräumen, mittels letztwilliger Verfügung eine Befreiung von der Haftung durch Herausgabe der geschenkten Sache anzuordnen. So könnte dieser in Anlehnung an die Bestimmungen der § 762 ABGB²⁴⁵ (Vermächtnis einer fremden Sache) und § 660 Abs 2 ABGB²⁴⁶ (Wahlvermächtnis) – bei Vorliegen sämtlicher in den Bestimmungen vorgesehenen Voraussetzungen – in Form einer letztwilligen Verfügung anordnen, dass im Falle von gegen einen bestimmten Geschenknahmer bestehenden Haftungsansprüchen diesem das Wahlrecht zukommt, ob diese Haftungsansprüche durch Zahlung des Fehlbetrages oder durch Herausgabe der geschenkten Sache an den Pflichtteilsberechtigten erfüllt werden.

Als weiteres Argument, das gegen die Möglichkeit einer Haftungsbefreiung durch Herausgabe der geschenkten Sache spricht, ist die Bestimmung des § 790 ABGB anzuführen. Durch den in Abs 2 der Bestimmung enthaltenen Verweis auf die Stundungsregelungen der §§ 766 ABGB ff wird dem Schutz des Pflichtteilsschuldners ausreichend Rechnung getragen. So kann es nach den Bestimmungen der §§ 766 ff ABGB zu Zahlungserleichterungen kommen, wenn den Geschenknahmer die Zahlung des Fehlbetrages unbillig hart treffen würde, was eine Befreiung von der Haftung durch Herausgabe der Sache wiederum entbehrlich macht.

Ein Argument, welches von der Lit²⁴⁷ zur Rechtfertigung der Möglichkeit der Herausgabe der geschenkten Sache genannt wird, ist die Vermeidung einer mit Kosten verbundenen Exekution. Diese kann jedoch ebenso im Falle eines freihändigen Verkaufs durch den Geschenknahmer vermieden werden. ME ist dieser Vorgehensweise der Vorzug zu geben.

²⁴⁵ Die Bestimmung legt in ihrem Abs 1 Folgendes fest: „Das Vermächtnis einer fremden Sache, die weder dem Vermächtnisgeber noch dem Erben noch dem Vermächtnisnehmer, der sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist unwirksam. Gebührt diesen Personen ein Anteil oder Recht an der Sache, so umfasst das Vermächtnis nur diesen Anteil oder dieses Recht.“ Weiters wird in Abs 2 Folgendes angeordnet: „Wenn der Verstorbene ausdrücklich angeordnet hat, dass eine bestimmte fremde Sache gekauft und dem Vermächtnisnehmer geleistet werden soll (Verschaffungsvermächtnis) und der Eigentümer diese Sache nicht um den Verkehrswert veräußern will, ist dem Vermächtnisnehmer dieser Wert zu leisten.“

²⁴⁶ Die Bestimmung legt Folgendes fest: „Wie beim Gattungsvermächtnis kann auch einem Erben, Vermächtnisnehmer oder Dritten die Wahl überlassen werden, aus mehreren bestimmten Sachen auszuwählen.“

²⁴⁷ Vgl ZB *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknahmers 115; *Walch*, NZ 2022, 30 FN 21.

Eine „Befreiung von der Zahlungspflicht durch Herausgabe der geschenkten Sache“ kann daher nur dahingehend bestehen, dass die geschenkte Sache zur Verwertung im Exekutionsweg „herausgegeben“ wird, um mit dem dadurch erzielten Erlös den Fehlbetrag decken zu können. Diese Rechtsfolge ist allerdings ohnehin in § 789 Abs 3 ABGB bei Nichtzahlung des Fehlbetrages vorgesehen.

IV. Für die Feststellung des Haftungsumfangs maßgeblicher Zeitpunkt

1. Problemstellung

Da in den vorstehenden Kapiteln Fragestellungen zum Gegenstand der Haftung behandelt wurden, soll in weiterer Folge geklärt werden, in welchem Umfang der Geschenknehmer zur Haftung herangezogen werden kann. Um den Haftungsumfang sowie das Haftungsverhältnis im Falle von mehreren Geschenknehmern ermitteln zu können, ist es erforderlich festzustellen, zu welchem Zeitpunkt die erhaltene Schenkung zu bewerten ist. Die §§ 789 ff ABGB enthalten diesbezüglich keine einschlägige Bestimmung. In den für die Haftung des Geschenknehmers relevanten Regelungen findet sich zudem kein Verweis auf die Bestimmung des § 788 ABGB, welche die Bewertung der Schenkung bei der Pflichtteilsbemessung regelt. § 788 ABGB legt fest, dass die geschenkte Sache auf den Zeitpunkt zu bewerten ist, in dem die Schenkung wirklich gemacht wurde. Dieser Wert ist sodann nach dem von der Statistik Austria verlautbarten Verbraucherpreisindex auf den Todeszeitpunkt aufzuwerten. Fraglich ist daher, welcher Zeitpunkt für die Festlegung des Haftungsumfangs heranzuziehen ist.²⁴⁸

2. Meinungsstand

In der Lit werden hinsichtlich der gegenständlichen Fragestellung verschiedene Ansichten vertreten. Es kann als für die Feststellung des Haftungsumfangs maßgeblicher Zeitpunkt einerseits, unter Hinweis auf § 788 ABGB, der Zeitpunkt der Schenkung als maßgeblich betrachtet werden. Nach *Umlauf*²⁴⁹ ist, unter Hinweis auf die Bestimmungen des § 789 Abs 1 und Abs 3 ABGB, auf den Wert der geschenkten Sache im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung 1. Instanz abzustellen. Aufgrund des systematischen

²⁴⁸ Für die Festlegung des Haftungsumfangs bei Verlust oder Wertminderung der geschenkten Sache vgl die Ausführungen in Kapitel H.III.

²⁴⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 208; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 15 u Rz 9; ebenso *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 112, 119.

Zusammenhangs mit Abs 2, welcher die anteilige Haftung bei mehreren Geschenknehmern festlegt, könne es sich nur um denselben Wert, nämlich um jenen im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung 1. Instanz handeln. Für das Abstellen auf den aktuellen Wert im Zeitpunkt der Geltendmachung spricht nach *Umlauf*²⁵⁰ die Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015, nach welcher der Anspruch gegen den Beschenkten bereits nicht auf Herausgabe der zugewendeten Sache, sondern auf Zahlung des Fehlbetrages gelautet habe. Der Beschenkte haftete nicht nur sachlich beschränkt mit der zugewendeten Sache, sondern auch betraglich beschränkt, mit dem Wert der Sache im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs. Da diese Rechtslage durch das ErbRÄG 2015 nicht geändert wurde, besteht nach diesem kein Grund, von dieser Ansicht zur alten Rechtslage abzugehen.²⁵¹

Nach *Walch*²⁵² spricht der systematische Zusammenhang der Bestimmungen des § 790 Abs 1 ABGB und des § 788 ABGB dafür, dass mit dem „Wert“ in § 790 Abs 1 ABGB der Wert gemäß § 788 ABGB gemeint ist. Dies würde jedoch der Gleichstellung von der Sache und ihrem Wert gem § 790 Abs 1 ABGB widersprechen. Mit dem Hinweis auf die Berücksichtigung der Interessen des Geschenknehmers ist nach *Walch*²⁵³ bei der Berechnung des Haftungsfonds auf den tatsächlichen Wert des Geschenks abzustellen, sofern dieser höher ist, als jener Wert, der sich nach § 788 ABGB ergeben würde. Ist der tatsächliche Wert des Geschenks jedoch höher, als der nach § 788 ABGB ermittelte Wert, ist nach diesem – wie im Falle eines Anspruchs gegen die Verlassenschaft – eine über den Verbraucherpreisindex hinausgehende Wertsteigerung unbeachtlich, da es wertungswidersprüchlich wäre, wenn der subsidiäre Anspruch gegen den Geschenknehmer höher wäre, als der primäre Anspruch gegen die Verlassenschaft. Es sei daher zwischen dem Anspruch gegen den Geschenknehmer und dem Haftungsfonds zu unterscheiden.²⁵⁴

Auch *Welser*²⁵⁵ stellt für den Anspruch gegen den Geschenknehmer auf den aktuellen Wert der geschenkten Sache ab.²⁵⁶ Nach *Welser*²⁵⁷ kann der verkürzte Pflichtteilsberechtigte nicht den nach § 788 ABGB ermittelten Wert vom Geschenknehmer verlangen, soweit dieser höher wäre als der gemeine Wert.

²⁵⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 215 f.

²⁵¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 215 f unter Hinweis auf *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 307.

²⁵² *Walch*, NZ 2022, 32.

²⁵³ *Walch*, NZ 2022, 35.

²⁵⁴ *Walch*, NZ 2022, 38.

²⁵⁵ *Welser*, Erbrecht 224; *ders*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 7.

²⁵⁶ Ebenso *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 12.

²⁵⁷ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 7.

Demgegenüber kann davon abweichend auch auf den Wert im Schenkungszeitpunkt gem § 788 ABGB abgestellt werden. Da für die subsidiäre Haftung des Geschenknehmers die Hinzurechnung der betreffenden Schenkung zur Verlassenschaft Voraussetzung ist, ist ein Abstellen auf den Wert gem § 788 ABGB denkbar.²⁵⁸ Diese Ansicht wird von *Musger*²⁵⁹ vertreten, nach welchem bei der Wertermittlung nach § 788 ABGB vorzugehen ist, wobei dies von diesem nicht näher begründet wird.

3. Stellungnahme

Die vorstehenden Ausführungen, nach welchen auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs abzustellen ist, sind mE überzeugend. Da es sich bei der Wertermittlung gem § 788 ABGB einerseits um die Ermittlung des Pflichtteilsanspruchs handelt und bei der gegenständlichen Fragestellung andererseits um die Ermittlung des vom jeweiligen Beschenkten zu erlangenden Betrages mangels Deckung in der Verlassenschaft, bestehen grds keine Bedenken, diesbezüglich auf verschiedene Zeitpunkte und damit einhergehend auf verschiedene Werte für den Pflichtteilsanspruch einerseits und die Haftung des Geschenknehmers andererseits abzustellen.²⁶⁰

ME spricht die bereits von *Walch*²⁶¹ in diesem Zusammenhang angesprochene Bestimmung des § 790 Abs 1 ABGB für ein Abstellen auf den aktuellen Wert der Schenkung und gegen eine Ermittlung des Haftungsumfangs nach der Bestimmung des § 788 ABGB. Da § 790 Abs 1 ABGB bei Nichtzahlung des Fehlbetrages eine Exekution in die geschenkte Sache vorsieht, bei welcher die Haftung somit naturgemäß mit dem aktuellen Wert der Sache beschränkt ist, – Redlichkeit des Geschenknehmers vorausgesetzt²⁶² – sollte der Geschenknehmer auch im Fall der Zahlung des Fehlbetrages im selben Umfang zur Haftung herangezogen werden können, wie dies bei Nichtzahlung des Fehlbetrages der Fall ist. Als problematisch kann jedoch angesehen werden, dass das Abstellen auf den aktuellen Wert des Geschenks bei Wertminderungen dazu führen kann, dass der Haftungsumfang des redlichen Geschenknehmers nicht ausreicht, um den Pflichtteilsanspruch des verkürzten Pflichtteilsberechtigten zur Gänze zu erfüllen. Bei Vorliegen mehrerer Geschenknehmer

²⁵⁸ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 215 f, welcher diese Ansicht jedoch aufgrund der obigen Ausführungen ablehnt.

²⁵⁹ *Musger* in KBB⁷ §§ 789 ff Rz 3; ebenso *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 10.

²⁶⁰ *Walch*, NZ 2022, 27.

²⁶¹ *Walch*, NZ 2022, 32.

²⁶² Zur Haftung des Geschenknehmers im Falle von Unredlichkeit vgl Kapitel H.III.3.

würden diese das Risiko des Ausfalls tragen.²⁶³ Bei Berechnung des Haftungsverhältnisses im Falle von mehreren Geschenknehmern nach dem vorhandenen Haftungsfonds²⁶⁴ würde dies weiters dazu beitragen, dass kein Nachteil für den Pflichtteilsberechtigten eintritt, da dies ebenfalls zu Lasten der übrigen Geschenknnehmer gehen würde.

G. DER EINFLUSS VON VEREINBARUNGEN AUF DIE HAFTUNG

I. Allgemeines

In den vorstehenden Ausführungen wurden bereits der Gegenstand sowie der Umfang der Haftung näher erläutert. In Bezug auf den Haftungsumfang stellt sich weiters die Frage, inwieweit dieser durch Vereinbarungen, durch die von den gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der Berücksichtigung von Schenkungen bei der Pflichtteilsberechnung abgegangen wird, beeinflusst werden kann. So sind gem § 784 ABGB gewisse Schenkungen von der Hinzu- und Anrechnung ausgenommen. Im Hinblick auf Schenkungen, die grds von der Hinzu- und Anrechnung ausgenommen sind,²⁶⁵ kann vereinbart werden, dass derartige Schenkungen der Hinzu- und/oder Anrechnung unterliegen sollen. Überdies bietet § 785 ABGB die Möglichkeit, durch letztwillige Verfügung oder Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknnehmer festzulegen, dass die an die betreffende Person erfolgte grds der Hinzu- und Anrechnung unterliegende Schenkung nicht auf deren Pflichtteil anzurechnen ist. Weiters ist in § 760 Abs 1 ABGB festgelegt, dass ein Pflichtteilsverzicht sowie die Ausschlagung der Erbschaft „im Zweifel“²⁶⁶ nicht zu einer Quotenerhöhung der übrigen Pflichtteilsberechtigten führen. Dem Verstorbenen steht daher auch die Möglichkeit offen, anlässlich eines Pflichtteilsverzichts eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung zu treffen, die zur Erhöhung der Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten führt.²⁶⁷

Im Folgenden soll nun erörtert werden, welchen Einfluss derartige Vereinbarungen zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknnehmer bzw Pflichtteilsberechtigten auf eine allfällige Haftung gem §§ 789 ff ABGB haben.

²⁶³ Vgl hierzu Kapitel E.III.1.

²⁶⁴ Vgl hierzu Kapitel E.III.4.

²⁶⁵ Gem § 784 ABGB von der Hinzu- und Anrechnung ausgenommen sind Schenkungen, die der Verstorbene aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstandes gemacht hat.

²⁶⁶ Zur Bedeutung der Wortfolge „im Zweifel“ vgl Kapitel G.IV.

²⁶⁷ Näher dazu Kapitel G.IV.

II. Vereinbarung der Hinzurechnung

1. Gesetzliche Regelung

§ 784 ABGB legt fest, dass Schenkungen, die der Verstorbene ohne Schmälerung des Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstands gemacht hat, von der Hinzu- und Anrechnung ausgenommen sind, sofern der Verstorbene und der Geschenknnehmer nichts anderes vereinbart haben. Es besteht daher die Möglichkeit, dass der Verstorbene und der Geschenknnehmer die Hinzu- und/oder Anrechnung einer grds nicht hinzu- und anrechenbaren Schenkung vereinbaren.

2. Problemstellungen

Fraglich ist, ob im Falle einer Vereinbarung der Hinzurechnung die Haftung des betroffenen Geschenknnehmers für ausgeschlossen erklärt werden kann. Weiters kann die Frage aufgeworfen werden, ob eine Haftung der übrigen Geschenknnehmer für den sich durch die Vereinbarung der Hinzurechnung ergebenden erhöhten Pflichtteilsanspruch besteht.²⁶⁸ Diese Fragestellungen ergeben sich auch im Falle der Vereinbarung der Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigten Personen, die nach § 782 Abs 1 ABGB aufgrund des Ablaufes der Zweijahresfrist grds nicht mehr der Hinzurechnung unterliegen sowie im Hinblick auf Schenkungen, die nach § 782 Abs 2 ABGB von der Hinzurechnung ausgenommen sind. Die Vereinbarung der Hinzurechnung ist auch im Hinblick auf die Haftungsfreistellung von pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmern iSd § 791 ABGB von Bedeutung, sodass zu untersuchen ist, ob diesen eine Haftungsfreistellung in Höhe des sich durch die Vereinbarung der Hinzurechnung ergebenden erhöhten Pflichtteils oder in Höhe des ursprünglichen Pflichtteils zukommt.²⁶⁹

3. Haftung aufgrund Vereinbarung der Hinzurechnung

Zunächst soll die Frage behandelt werden, ob die Vereinbarung gem § 784 ABGB, nach der eine Schenkung der Pflichtteilsbemessung zugrunde zu legen ist, auch gleichzeitig eine

²⁶⁸ Der Fall der Vereinbarung der Anrechnung muss im Zusammenhang mit dem Bestehen von Haftungsansprüchen nach §§ 789 ff ABGB nicht gesondert behandelt werden, da sich der Pflichtteilsanspruch des beschenkten Pflichtteilsberechtigten aufgrund der vereinbarten Anrechnung im Vergleich zur gesetzlichen Regelung reduziert und sich die Frage einer allfälligen erweiterten Haftung der übrigen Pflichtteilsberechtigten nicht stellt.

²⁶⁹ Zur Frage der Höhe der Haftungsfreistellung vgl Kapitel H.IV.3.c.

Haftung des Empfängers der betreffenden Schenkung gem §§ 789 ff ABGB begründet oder ob Haftung und Hinzurechnung getrennt voneinander zu behandeln sind.

a) Meinungsstand

Im Hinblick auf den Einfluss einer Vereinbarung iSd § 784 ABGB auf die Haftung nach §§ 789 ff ABGB werden unterschiedliche Ansichten vertreten. *Kletečka*²⁷⁰ führt hierzu aus, es sei unklar, ob auch die Möglichkeit besteht, die Hinzu- und Anrechnung zu vereinbaren, eine Haftung des Geschenknehmers jedoch für ausgeschlossen zu erklären.²⁷¹ So geht dieser offenbar davon aus, dass es aufgrund der Hinzurechnung mangels anderslautender Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer grds auch zu einer Haftung kommt.²⁷² Da der Geschenkgeber nach § 785 ABGB einseitig die Anrechnung erlassen kann, bejaht *Kletečka*²⁷³ jedoch die Möglichkeit trotz Vereinbarung der Hinzurechnung von Schenkungen die Haftung des betreffenden Geschenknehmers für ausgeschlossen zu erklären. Obwohl die Haftung sonst die Hinzu- und Anrechnung voraussetze, könne nach diesem auch nur die Haftung vereinbart werden. Im Vergleich zur gesetzlichen Regelung bedeute dies noch immer ein Minus. Dem wird von *Kogler*²⁷⁴ entgegengehalten, dass eine Hinzurechnung nicht in jedem Fall auch eine Haftungsbegründung bedeuten muss. Zwar sei eine Haftung bei vereinbarter Hinzurechnung möglich, jedoch ergebe sich diese nicht kraft Gesetzes bloß aufgrund der Vereinbarung der Hinzurechnung. Ob eine Haftung vereinbart wurde, sei vielmehr Auslegungssache im jeweiligen Einzelfall.²⁷⁵ *Umlauf*²⁷⁶ geht wohl von einem Gleichlauf von Hinzurechnung und Haftung aus, da lt diesem im Falle einer Vereinbarung der Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen auch eine Erweiterung der Haftung des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers anzunehmen ist.²⁷⁷

²⁷⁰ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 105.

²⁷¹ Dies bejahend *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 784 ABGB Rz 9; *Kogler*, Formvorschriften 76 ff.

²⁷² Krit dazu *Kogler*, Formvorschriften 87 ff.

²⁷³ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 105.

²⁷⁴ *Kogler*, JBl 2016, 228, der sich krit zu der von *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 123, vertretenen Ansicht äußert, nach der Hinzu- und Anrechnung und Haftung nicht voneinander zu trennen sind.

²⁷⁵ Vgl *Kogler*, Formvorschriften 88 f.

²⁷⁶ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 371 f.

²⁷⁷ Ebenso *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 109, da diese mangels eindeutiger Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer eine Haftung und damit die Aktivlegitimation des Pflichtteilsberechtigten sowie die Passivlegitimation des Beschenkten bejaht.

b) Stellungnahme

Nun soll der Gedanke aufgegriffen werden, ob das Erfordernis einer Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer Aufschlüsse über das Bestehen oder Nichtbestehen einer Haftung infolge Hinzurechnung geben kann. So kann die Hinzu- und Anrechnung von befreiten Schenkungen nach dem Gesetzeswortlaut des § 784 ABGB nur aufgrund einer Vereinbarung des Verstorbenen mit dem Geschenknehmer erfolgen. Eine einseitige Anordnung durch den Verstorbenen ist nicht möglich.²⁷⁸ Die Vereinbarung der Hinzurechnung bedeutet im Ergebnis eine Vergrößerung der Bemessungsgrundlage für die Berechnung der Pflichtteilsansprüche und stellt somit keinen Eingriff in die Rechte der Pflichtteilsberechtigten dar.²⁷⁹ Auch in die Rechte des Geschenknehmers wird durch die bloße Hinzurechnung nicht eingegriffen. Fraglich ist, weshalb dennoch die Notwendigkeit einer Vereinbarung gesetzlich verankert ist und eine einseitige Anordnung durch den Verstorbenen nicht als ausreichend angesehen wird. Es könnte hieraus abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber mit der Hinzurechnung der Schenkung auch eine Haftung nach §§ 789 ff ABGB verbindet und dass daher, aufgrund dieser nachteiligen Folgen für den Geschenknehmer, dessen Zustimmung zur Hinzurechnung notwendig ist. In den Mat²⁸⁰ wird hierzu ausgeführt, es soll nicht durch einseitige Anordnung eine Anrechnungspflicht begründet werden und so ein Eingriff in den Pflichtteil erfolgen. Man hatte hier also vor allem den Fall der Vereinbarung der Anrechnung vor Augen, sodass aufgrund des Erfordernisses einer Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer nicht auf das Bestehen einer Haftung infolge der Vereinbarung der Hinzurechnung der betreffenden Schenkung geschlossen werden kann.

Da § 789 ABGB für das Vorliegen einer Haftung des Geschenknehmers allgemein auf das Erfordernis einer Hinzu- oder Anrechnung abstellt,²⁸¹ erweckt dies den Anschein, eine Haftung des Geschenknehmers bestehe immer dann, wenn die an ihn erfolgte Schenkung der Verlassenschaft hinzugerechnet wurde und somit in der Bemessungsgrundlage für die Pflichtteilsansprüche enthalten ist. Es kann jedoch, wie bereits von *Kogler*²⁸² ausgeführt wurde, nicht angenommen werden, dass mit der Begründung der Hinzurechnung auch eine Haftung des betreffenden Geschenknehmers verbunden ist, zumal durch die Vereinbarung der

²⁷⁸ So *Rucker*, NZ 2016, 88.

²⁷⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 118.

²⁸⁰ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35 unter Berufung auf *Umlauf*, 17. ÖJT II/2, 135.

²⁸¹ Hier wird wohl entgegen dem Gesetzeswortlaut nur eine erfolgte Hinzurechnung relevant sein, vgl *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206 f; *Kogler*, Formvorschriften 71; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 73 f.

²⁸² Vgl *Kogler*, Formvorschriften 88 f.

Hinzurechnung den Pflichtteilsberechtigten der Anteil am Vermögen des Verstorbenen gesichert werden soll, der ihnen infolge der befreiten Schenkung verwehrt ist. Eine zwangsläufig damit verbundene Haftung des Geschenknehmers, der von Gesetzes wegen aufgrund der Bestimmungen der §§ 784 und 789 ABGB nicht zur Erfüllung der Pflichtteilsansprüche beizutragen hat, ist nicht anzunehmen. Ob eine Haftung zu bejahen ist, ist im jeweiligen Einzelfall unter Heranziehung der konkreten Vereinbarung zu beurteilen.²⁸³

Dass die Hinzurechnung einer Schenkung nicht zwangsläufig mit einer Haftung des jeweiligen Geschenknehmers verbunden ist, wird anhand des Beispiels der Ausstattung deutlich. § 781 Abs 2 Z 1 ABGB stellt die Ausstattung ausdrücklich den hinzu- und anrechenbaren Schenkungen gleich, sodass diese jedenfalls in der Bemessungsgrundlage für die Pflichtteile enthalten ist. Nach § 789 Abs 1 Satz 2 ABGB kann der Empfänger einer Ausstattung jedoch nicht vom verkürzten Pflichtteilsberechtigten zur Erfüllung seines Pflichtteilsanspruchs herangezogen werden. Es ist daher nicht in allen Fällen ein Gleichlauf von Hinzurechnung und Haftung anzunehmen. Da somit kraft gesetzlicher Anordnung Fälle bestehen, in denen eine Schenkung hinzugerechnet wird, der Empfänger dieser Schenkung allerdings nicht zur Haftung herangezogen werden kann, bestehen keine Bedenken gegen das Herbeiführen eines derartigen Ergebnisses kraft Vereinbarung durch die Vertragsparteien, da dies nicht mit einer Schlechterstellung der Pflichtteilsberechtigten verbunden ist.

Es sollte mE nicht nur die Möglichkeit bestehen, die Haftung des Geschenknehmers durch Vereinbarung zu bejahen oder auszuschließen, sondern darüber hinaus sollte es den Vertragsparteien offenstehen auch den Umfang der Haftung festzulegen und diesen bspw auf einen gewissen Betrag zu beschränken. Dies würde auch keine Verkürzung der Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten bedeuten – zumal entsprechend der obigen Ausführungen – die Schenkung kraft gesetzlicher Anordnung des § 784 ABGB bei der Pflichtteilsermittlung nicht zu berücksichtigen wäre und es durch die Vereinbarung zu einer Begünstigung der Pflichtteilsberechtigten kommt.

4. Haftung für erhöhten Pflichtteil

Von der zuvor behandelten Frage, ob der Geschenknehmer, dessen Schenkung durch Vereinbarung der Hinzu- und Anrechnung unterworfen wurde, entsprechend der §§ 789 ff

²⁸³ So auch *Kogler*, Formvorschriften 88.

ABGB zur Haftung herangezogen werden kann, ist die Frage zu unterscheiden, ob die sich durch die vereinbarte Hinzurechnung ergebende Erhöhung der Pflichtteilsansprüche sämtlicher Pflichtteilsberechtigter grundsätzlich den Haftungsbestimmungen der §§ 789 ff ABGB unterliegt.

a) Meinungsstand

Nach *Kogler*²⁸⁴ handelt es sich bei einer derartigen Vereinbarung um eine Regelung der Erbfolge iW.S., weshalb nicht vom Bestehen einer Haftung nach §§ 789 ff ABGB auszugehen sei. Der infolge der Vereinbarung bestehende erhöhte Anspruch sei kein gesetzlicher Pflichtteil, sondern eine Mehrzuwendung, die bloß „über Pflichtteile“ erfolge. Materiell handle es sich nicht um eine Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils, denn kraft Gesetzes wäre die Schenkung bei der Pflichtteilsermittlung nicht zu berücksichtigen. Zudem führt er aus, eine gewillkürte Hinzurechnung sei vom Wortlaut des § 789 ABGB nicht umfasst. Es sei nach diesem weiters nicht ersichtlich, weshalb ein Beschenkter zur Haftung herangezogen werden kann, wenn der Verstorbene sein Vermögen „über Pflichtteile“ verteilt.

Demgegenüber meint *Umlauf*,²⁸⁵ unter Hinweis auf den Gesetzestext des § 789 Abs 1 ABGB, die Schenkung werde durch die Vereinbarung dem Hinzu- und Anrechnungsrecht unterworfen. Dadurch ergebe sich nach diesem eine Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils sowie eine Erhöhung des damit verbundenen Haftungsschutzes. Ebenso ist nach *Vaclavek*²⁸⁶ zunächst eine Auslegung der jeweiligen Hinzu- und Anrechnungsvereinbarung vorzunehmen. Gibt diese keinen Aufschluss über die Haftung, sei nach dieser die Aktivlegitimation des Pflichtteilsberechtigten sowie die Passivlegitimation des Beschenkten zu bejahen, dies mit der Begründung, der durch die Vereinbarung der Hinzurechnung einer grds nicht der Hinzurechnung unterliegenden Schenkung entstehende erhöhte Pflichtteil müsse auch durchsetzbar sein.

²⁸⁴ *Kogler*, Formvorschriften 88; *ders.*, Anrechnungsvereinbarungen, EF-Z 2018, 190 (192 FN 28) diesem folgend auch *Schamberger*, NZ 2017, 372.

²⁸⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 207 FN 486.

²⁸⁶ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 109.

b) Stellungnahme

Nimmt man wie *Umlauf*²⁸⁷ eine durch die Vereinbarung bewirkte Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils an, so muss daran anschließend auch eine Haftung der Geschenknehmer für die sich durch die Vereinbarung ergebende Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils bejaht werden, da § 789 ABGB eine Haftung der Geschenknehmer für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteile vorsieht. ME sind jedoch entgegen der Ausführungen *Vaclaveks*²⁸⁸ die Haftung des Empfängers der kraft Vereinbarung hinzuzurechnenden Schenkung und die Aktivlegitimation des Pflichtteilsberechtigten im Hinblick auf den sich durch die Hinzurechnung ergebenden erhöhten Anspruch getrennt voneinander zu betrachten.²⁸⁹ Zwar sind bei der Annahme, es handle sich um einen erhöhten Pflichtteil,²⁹⁰ auf diesen Anspruch auch die Haftungsfolgen der §§ 789 ff ABGB im Hinblick auf die übrigen Geschenknehmer anzuwenden, jedoch bedeutet diese Annahme nicht auch automatisch eine Begründung der Haftung des betreffenden Geschenknehmers. Ob eine Haftung des betreffenden Geschenknehmers zu bejahen ist, ist durch Auslegung der konkreten Vereinbarung zu beurteilen.²⁹¹ Hinsichtlich der Aktivlegitimation sollte es jedoch nicht wie von dieser ausgeführt primär auf eine Vereinbarung ankommen, da es nicht der Vereinbarung unterliegen kann, ob es sich hierbei um einen Pflichtteilsanspruch handelt oder nicht.

Betrachtet man die im ME²⁹² enthaltenen einschlägigen Bestimmungen, so kann festgestellt werden, dass im § 791 Abs 1 ABGB noch vorgesehen war, dass ein pflichtteilsberechtigter Geschenknehmer, der im Zeitpunkt der Schenkung allgemein zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörte, sowie dessen Rechtsnachfolger im Falle eines vorverstorbenen Geschenknehmers „für die nach §§ 781 bis 785 dem Nachlass hinzuzurechnenden Schenkungen“ haftet. Es ist erkennbar, dass auf die Bestimmung des § 784 ABGB Bezug genommen wurde, der die Ausnahmen von der Hinzu- und Anrechnung sowie die Möglichkeit einer Vereinbarung der Hinzu- und Anrechnung im Hinblick auf diese befreiten Schenkungen festlegt. Diese Bezugnahme könnte dahingehend ausgelegt werden, dass eine Haftung des Geschenknehmers auch für „Pflichtteilsansprüche“ bestehen sollte, die sich

²⁸⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 207 FN 486.

²⁸⁸ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 109.

²⁸⁹ Vgl hierzu bereits Kapitel G.II.3. wo ausgeführt wurde, dass die Vereinbarung der Hinzurechnung nicht zwingend mit einer Haftung des betreffenden Geschenknehmers verbunden ist.

²⁹⁰ Vgl dazu gleich unten Kapitel G.II.4.

²⁹¹ Vgl bereits Kapitel G.II.3.

²⁹² ME ErbRÄG 2015, 100/ME 25. GP 22.

aufgrund der Vereinbarung der Hinzurechnung von grundsätzlich nicht hinzu- und anrechenbaren Schenkungen ergeben.

An der Bestimmung des § 791 Abs 1 idF 100/ME 25. GP wurde im Begutachtungsverfahren Kritik geübt.²⁹³ Es wurde hierzu ausgeführt, es ergebe sich bereits aus § 789 Abs 1 ABGB, dass auch ein pflichtteilsberechtigter Geschenknahmer dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten haftet. Sofern der Bestimmung keine darüberhinausgehende eigenständige Bedeutung zukommt, könne sie daher entfallen.

Die Bestimmung wurde letztendlich gestrichen und nicht in den Gesetzestext übernommen. Ihr sollte vermutlich – mit Ausnahme der Feststellung, dass ein pflichtteilsberechtigter Geschenknahmer sowie dessen Gesamtrechtsnachfolger für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteile haften – keine weitergehende Bedeutung zukommen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Verweis im ME auf die §§ 781 bis 785 ABGB nicht auf eine Erhöhung der Haftung nach §§ 789 ff ABGB für „erhöhte Pflichtteilsansprüche“, die sich infolge der Vereinbarung der Hinzurechnung von Schenkungen ergeben, abzielte. So ist der Wegfall der Bestimmung offensichtlich auf die mangelnde eigenständige Bedeutung der Regelung zurückzuführen und der Verweis auf die §§ 781 bis 785 ABGB war daher nicht speziell auf Haftungsfragen zugeschnitten.

Gegen die Ansicht, es handle sich bei dem durch die Vereinbarung der Hinzurechnung bewirkten erhöhten Anspruch des Pflichtteilsberechtigten um eine Regelung der Erbfolge²⁹⁴ und nicht um einen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch spricht auch die mangelnde Einhaltung der Formvorschriften für letztwillige Verfügungen.²⁹⁵ Weiters ist nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber für die Erhöhung der Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten die Regelungen des Pflichtteilsrechts in Anspruch nehmen sollte, wenn es sich hierbei bloß um freiwillige Zuwendungen des Verstorbenen handeln würde.

²⁹³ SN Oberster Gerichtshof ME ErbRÄG 2015, 32/SN-100/ME 25. GP 15 f.

²⁹⁴ So *Kogler*, Formvorschriften 88; *ders*, EF-Z 2018, 192 FN 28; diesem folgend auch *Schamberger*, NZ 2017, 372.

²⁹⁵ So auch *Umlauf*, Hinzurechnung² 233 FN 569, iZm dem Erlass der Anrechnung gem § 785 ABGB.

§ 784 ABGB sieht im Gegensatz zu § 785 ABGB keine Regelung über die einzuhaltenden Formvorschriften vor,²⁹⁶ sodass aus einem allfälligen Formzwang kein Aufschluss über die pflichtteilsrechtlichen Konsequenzen von Vereinbarungen gem § 784 ABGB gegeben werden kann. Es ist jedoch – da es sich in beiden Fällen um eine gesetzlich vorgesehene Vereinbarung handelt, die zu einer Erhöhung des Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten führt – auch hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation des Anspruchs für beide Arten von Vereinbarungen dasselbe Ergebnis anzunehmen, dies auch im Hinblick auf die von Teilen der Lit²⁹⁷ geforderte Einhaltung der Formvorschriften des § 551 ABGB. Daher ist – unter Hinweis auf die nachfolgenden Ausführungen im Zusammenhang mit Vereinbarungen gem § 785 ABGB²⁹⁸ – der Meinung *Umlauts*²⁹⁹ zu folgen, sodass es sich bei den erhöhten Ansprüchen des Pflichtteilsberechtigten um Pflichtteilsansprüche iSd §§ 756 ff ABGB, für die gem §§ 789 ff ABGB gehaftet wird, handelt.

5. Vereinbarung der Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen

a) Gesetzliche Regelung

In diesem Zusammenhang sind weiters die Bestimmungen des § 782 Abs 1 und Abs 2 ABGB von Bedeutung. Nach § 782 Abs 1 ABGB sind Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen, die der Verstorbene innerhalb der letzten beiden Jahre vor seinem Tod wirklich gemacht hat, bei der Berechnung der Pflichtteile hinzuzurechnen. Wurden Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers wirklich gemacht, so sind diese daher bei der Berechnung der Pflichtteile nicht zu berücksichtigen. Von der Hinzurechnung ebenfalls ausgenommen sind Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen, in Bezug auf welche aufgrund der Einschränkung nach

²⁹⁶ Auf diese Problematik soll jedoch an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Ausführlicher dazu zB *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 784 ABGB Rz 13, welche sich bei Eingriff in das Pflichtteilsrecht, somit bei Vereinbarung der Anrechnung oder der Hinzu- und Anrechnung, nicht jedoch bei Vereinbarung nur der Hinzurechnung, für die Einhaltung der Formvorschriften des § 551 ABGB (Notariatsakt oder gerichtliches Protokoll) aussprechen. Nach *Umlauts*, Hinzu- und Anrechnung² 369, ist für eine Vereinbarung im Zusammenhang mit der Schenkung einfache Schriftform ausreichend. Wird die Vereinbarung erst nachträglich getroffen, sollen aufgrund des Eingriffes in den Pflichtteil die Formvorschriften des § 551 ABGB Anwendung finden. So zB auch *Musger* in KBB⁷ § 784 ABGB Rz 2; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 784 ABGB Rz 3; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 107 mwN; aA zB *Apathy*, ÖJZ 2016, 807, welcher unter Verweis auf *Rabl*, NZ 2015, 337 FN 167 Formfreiheit annimmt; ebenso für die Formfreiheit *Rucker*, NZ 2016, 88 sowie *Kogler*, Formvorschriften, 70 ff, 82.

²⁹⁷ Vgl dazu *Umlauts*, Hinzu- und Anrechnung² 368 ff mwN; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 181; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 784 ABGB Rz 3; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 784 ABGB Rz 9.

²⁹⁸ Vgl dazu Kapitel G.III.

²⁹⁹ *Umlauts*, Hinzu- und Anrechnung² 207 FN 486.

§ 782 Abs 2 ABGB kein Hinzurechnungsbegehren gestellt werden kann. So darf ein Nachkomme die Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigten Personen nur dann verlangen, wenn der Verstorbene im Zeitpunkt der Schenkung bereits ein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte. Dem Ehegatten oder eingetragenen Partner steht dieses Recht nur in Bezug auf Schenkungen zu, die während aufrechter Ehe oder eingetragenen Partnerschaft vom Verstorbenen gemacht worden sind.

b) Problemstellung

Wie bereits erläutert wurde,³⁰⁰ sind nach § 784 Schenkungen, die der Verstorbene aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstandes gemacht hat, weder hinzu- noch anzurechnen, sofern der Verstorbene und der Geschenknehmer nichts anderes vereinbart haben. Im Unterschied dazu sieht § 782 ABGB weder im Abs 1 noch im Abs 2 eine derartige Regelung vor, nach welcher die Hinzurechnung vereinbart oder letztwillig angeordnet werden kann. Fraglich ist, ob eine derartige Vereinbarung dennoch möglich ist und entgegen der gesetzlichen Anordnung eine Hinzurechnungspflicht begründet werden kann. Weiters stellt sich die Frage, wie sich eine derartige Vereinbarung auf die Haftung des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers sowie auf die Haftung der übrigen Pflichtteilsschuldner auswirkt.³⁰¹

c) Meinungsstand

Lt *Umlauf*³⁰² ist eine Begründung von Hinzurechnungspflichten über das gesetzliche Ausmaß hinaus denkbar. Da es dadurch zu einer Vergrößerung der Berechnungsgrundlage für die Pflichtteile kommt, werde auch der dem Pflichtteilsrecht zugrundeliegende zwingende Schutzgedanke zugunsten der Pflichtteilsberechtigten nicht vereitelt. Es kann daher lt *Umlauf*³⁰³ die Hinzurechnung einer Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer vereinbart werden, auch wenn diese gem § 782 Abs 1 ABGB nicht mehr hinzuzurechnen wäre, da die Schenkung schon länger als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers wirklich gemacht wurde. Weiters könne die Hinzurechnung

³⁰⁰ Vgl Kapitel G.II.

³⁰¹ Für weitere über die Vereinbarung der Hinzurechnung hinausgehende Problemstellungen iZm § 792 ABGB vgl Kapitel V.

³⁰² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 118.

³⁰³ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 371.

von Schenkungen vereinbart werden, deren Hinzurechnung gem § 782 Abs 2 ABGB nicht verlangt werden könnte. Unter Hinweis auf § 789 Abs 1 ABGB, nach welchem Geschenknehmer mit jenen Schenkungen, die hinzu- oder anzurechnen sind, haften, kommt es nach *Umlauf*³⁰⁴ bei Vorliegen einer derartigen Vereinbarung zu einer Erweiterung der Haftung des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers, da dieser durch die Vereinbarung haftbar gemacht werden könne, obwohl die Schenkung aufgrund des Ablaufes der Zweijahresfrist gem § 782 ABGB nicht mehr hinzuzurechnen wäre.

*Kogler*³⁰⁵ führt hierzu aus, dass nach dem Wortlaut des § 784 ABGB nur bei Schenkungen, die generell hinzurechnungsfrei sind, eine anderslautende Vereinbarung getroffen werden kann. Es sei jedoch nicht ganz einsichtig, weshalb dies bei Schenkungen an Nicht-Pflichtteilsberechtigte nur dann in Frage komme, wenn die Schenkung von vornherein hinzurechnungsfrei ist, nicht jedoch, wenn sie vor mehr als zwei Jahren vor dem Tod des Verstorbenen gemacht wurde. Weiters sei in § 784 ABGB nur vom „Geschenknehmer“ die Rede, mit dem etwas anderes vereinbart werden kann. Eine wörtliche Interpretation spreche daher gegen eine spezielle Qualität des Geschenknehmers.

Auch in den Mat³⁰⁶ zum ErbRÄG 2015 wird ausgeführt, Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen, die der Verstorbene früher als zwei Jahre vor seinem Tod wirklich gemacht hat, seien „vorbehaltlich anderer zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer abgeschlossener Vereinbarungen“ nicht hinzu- und anzurechnen.

d) Stellungnahme

Da in die Rechte der Pflichtteilsberechtigten nicht eingegriffen wird, ist diesen Ausführungen mE zT zu folgen und die Möglichkeit einer Vereinbarung oder letztwilligen Anordnung der Hinzurechnung trotz Ablaufes der Zweijahresfrist zu bejahen. Hinsichtlich der Haftung des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers ist entgegen der soeben angeführten Meinung *Umlauf*s³⁰⁷ auch auf § 792 ABGB Bedacht zu nehmen. § 792 ABGB schließt die Haftung eines nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers ausdrücklich aus, wenn die Schenkung an diesen mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers wirklich

³⁰⁴ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 371 f.

³⁰⁵ *Kogler*, Formvorschriften 77.

³⁰⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

³⁰⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 371 f.

gemacht wurde. Eine Haftung trotz Vereinbarung wäre daher aufgrund des Ablaufes der Zweijahresfrist zu verneinen. Demgegenüber kann ein Geschenknnehmer gem § 789 Abs 1 ABGB zur Haftung herangezogen werden, wenn die an ihn erfolgte Schenkung der Verlassenschaft hinzugerechnet wurde. Nach dieser Bestimmung wäre die Haftung auch nach Ablauf der Zweijahresfrist wiederum zu bejahen. Die beiden Bestimmungen führen in dem hier behandelten Fall daher zu unterschiedlichen Ergebnissen.

Da § 792 ABGB die Haftung des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmers behandelt und ausdrücklich auf die zeitliche Komponente abstellt, sollte trotz Berücksichtigung einer länger als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers wirklich gemachten Schenkung bei der Pflichtteilsberechnung kraft gesetzlicher Anordnung keine Erweiterung der Haftung des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmers angenommen werden.

Darüber hinaus spricht der Mangel einer gesetzlichen Grundlage gegen eine Erweiterung einer Haftung, da das Gesetz an keiner Stelle eine dem § 784 ABGB entsprechende Regelung für Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen vorsieht. Auch liegt den Regelungen im Pflichtteilsrecht vermehrt der Ausgleichsgedanke unter den Pflichtteilsberechtigten³⁰⁸ und nicht die Vergrößerung der Pflichtteilsansprüche zugrunde. Dafür spricht auch die unbefristete Berücksichtigung der Schenkungen an Pflichtteilsberechtigten³⁰⁹ und die dagegen bereits nach zwei Jahren unbeachtliche Schenkung an nicht pflichtteilsberechtigte Personen.³¹⁰ Dieser Umstand ist der Überlegung geschuldet, dass nur bei Schenkungen innerhalb der Familie keine Benachteiligungen zu Lasten anderer Familienmitglieder erfolgen sollen.³¹¹

All diese Erwägungen sprechen gegen die Begründung von erhöhten Pflichtteilsansprüchen gegen den nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmer aufgrund einer Vereinbarung der Hinzurechnung von Schenkungen gem § 782 ABGB, für die gemäß §§ 789 ff ABGB gehaftet wird.

³⁰⁸ Vgl zB den Hinweis auf die „Reziprozität“ in ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

³⁰⁹ Vgl § 783 ABGB.

³¹⁰ Vgl § 782 ABGB.

³¹¹ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 173 f; krit *Zankl* in Rabl/Zöchling-Jud 114 f.

III. Erlass der Anrechnung

1. Gesetzliche Regelung

§ 785 ABGB sieht die durch das ErbRÄG 2015 neu eingeführte Möglichkeit³¹² vor, die Anrechnung einer grds anrechnungspflichtigen Schenkung durch letztwillige Verfügung des Verstorbenen oder durch Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer zu erlassen. Dieser Anrechnungserlass führt dazu, dass die betreffende Schenkung bei der Ermittlung des Pflichtteils des beschenkten Pflichtteilsberechtigten außer Acht gelassen wird,³¹³ um eine nochmalige Begünstigung dieses Pflichtteilsberechtigten infolge der Hinzurechnung der Schenkung zu vermeiden.³¹⁴ Zum Zwecke der Ermittlung der Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten wird die betreffende Schenkung allerdings sehr wohl der Verlassenschaft hinzugerechnet.³¹⁵ Der Vertrag über den Erlass der Anrechnung bedarf der Schriftform. Die Aufhebung des Vertrages bedarf der Formvorschriften für einen Pflichtteilsverzicht.³¹⁶

2. Problemstellungen

Es soll im Folgenden untersucht werden, wie sich ein nach § 785 ABGB vereinbarter oder vom Geschenkgeber verfügter Erlass der Anrechnung auf die Haftung iSd §§ 789 ff ABGB auswirkt. Fraglich ist, in welcher Höhe dem beschenkten Pflichtteilsberechtigten ein Haftungsanspruch gegen die übrigen Geschenknehmer zusteht. So ist einerseits die Bejahung eines Haftungsanspruchs bloß in Höhe des ursprünglichen Pflichtteils denkbar,³¹⁷ andererseits kann auch ein Haftungsanspruch in Höhe des infolge des Anrechnungserlasses erhöhten Pflichtteils erwogen werden.³¹⁸ Ebenso stellt sich die Frage, ob die durch den Erlass der Anrechnung bewirkte Erhöhung des Pflichtteilsanspruchs des beschenkten Geschenknehmers

³¹² Vgl zB *Rucker*, NZ 2016, 88.

³¹³ Vgl § 785 Satz 2 ABGB; *Eccher*, Erbrecht – Bürgerliches Recht Band VI⁶ (2016) Rz 12/20; *ders.*, Erbrechtsreform Rz 182; *Kogler*, Formvorschriften 91; *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 106; *Musger* in KBB⁷ § 785 ABGB Rz 2; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 221; *Rucker*, NZ 2016, 88.

³¹⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

³¹⁵ *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 12/20; *ders.*, Erbrechtsreform Rz 182; *Kogler*, Formvorschriften 91; *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 106; *Musger* in KBB⁷ § 785 ABGB Rz 2; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 221; *Rucker*, NZ 2016, 88.

³¹⁶ Vgl § 785 ABGB.

³¹⁷ So *Schamberger*, NZ 2017, 373.

³¹⁸ Vgl *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 108 f und *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191 FN 398, jeweils in Bezug auf die Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft unter den Pflichtteilsberechtigten infolge eines Anrechnungserlasses. Vgl auch *Rabl*, NZ 2015, 337, der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass infolge einer Anrechnungsvereinbarung „die Pflichtteilsbelastung des Erblassers geradezu explodiert“.

zu einer Erhöhung seiner Haftungsfreistellung führt.³¹⁹ Finden die zu entrichtenden Pflichtteilsansprüche in der Verlassenschaft keine Deckung, so ist zunächst zu klären, wie die zu geringe Verlassenschaft bei Vorliegen eines Anrechnungserlasses unter einem verkürzten und einem haftenden Pflichtteilsberechtigten aufzuteilen ist.³²⁰

Da sich der Erlass der Anrechnung nur auf den Pflichtteil des beschenkten Pflichtteilsberechtigten, auf den sich der Anrechnungserlass bezieht, auswirkt und die Höhe der übrigen Pflichtteile dadurch nicht beeinflusst wird,³²¹ kann eine Untersuchung, welchen Einfluss der Erlass der Anrechnung auf die Höhe der Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten sowie auf deren Haftungsfreistellung hat, unterbleiben. Wurde ein Anrechnungserlass vereinbart oder letztwillig verfügt, so bedeutet dies nicht, dass zugleich auch ein Ausschluss der Haftung des beschenkten Pflichtteilsberechtigten nach §§ 789 ff ABGB besteht,³²² dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung und würde eine Schlechterstellung der übrigen Pflichtteilsberechtigten bedeuten.³²³ Die Haftungsansprüche weiterer Pflichtteilsberechtigter bleiben somit aufrecht und bestehen in derselben Höhe wie sie auch ohne Anrechnungserlass bestehen würden. Fraglich ist jedoch, in welcher Höhe diese gegen den pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer, dem die Anrechnung erlassen wurde, durchgesetzt werden können.³²⁴

3. Aufteilung unzureichender Verlassenschaft bei Anrechnungserlass

Es wurde bereits erörtert, wie die unzureichende Verlassenschaft unter mehreren Pflichtteilsberechtigten aufzuteilen ist.³²⁵ Unklar ist jedoch, ob die Methode der sukzessiven Gleichstellung auch bei Vorliegen eines Anrechnungserlasses zu einem sachgerechten Ergebnis führt. In Fällen unzureichender Verlassenschaft infolge eines Anrechnungserlasses muss zunächst geklärt werden, wer einen Betrag in welcher Höhe aus der Verlassenschaft erhält und mit welchem Anspruch sich die verkürzten Pflichtteilsberechtigten an die Geschenknehmer wenden müssen.

³¹⁹ Vgl dazu auch Kapitel H.IV.3.b.

³²⁰ Zur Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft ohne Anrechnungserlass vgl bereits oben Kapitel D.II.

³²¹ Dies im Vergleich zur Vereinbarung der Hinzurechnung gem § 784 ABGB mit der bereits oben in Kapitel G.II. dargestellten Frage eines dadurch bewirkten erhöhten Pflichtteilsanspruchs der übrigen Pflichtteilsberechtigten.

³²² *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 106; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 182; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 119.

³²³ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 106.

³²⁴ Zur Frage der Haftung des Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, vgl Kapitel H.IV.3.b.

³²⁵ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel D.II.

a) *Meinungsstand*

Nach *Kletečka*³²⁶ dürfe man die Verteilung der Verlassenschaft nicht vollkommen von der Haftung trennen. Dies führe lt diesem nämlich dazu, dass gegebenenfalls der beschenkte Pflichtteilsberechtigte seinen Pflichtteilsanspruch zur Gänze aus der Verlassenschaft erhalten würde und der nicht beschenkte Pflichtteilsberechtigte, dessen Pflichtteilsanspruch aufgrund der unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen höher ist, als jener des beschenkten Pflichtteilsberechtigten, wäre auf seine Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB gegen den beschenkten Pflichtteilsberechtigten und weitere Geschenknehmer verwiesen. Dieser Umstand sei im Falle der Insolvenz des beschenkten Pflichtteilsberechtigten problematisch, da der nicht beschenkte Pflichtteilsberechtigte so in seinem Pflichtteil verkürzt wäre, obwohl die Verlassenschaft zur Deckung seines Pflichtteils ausgereicht hätte.³²⁷ Dies kann anhand des folgenden Beispiels,³²⁸ bei Vereinbarung eines Anrechnungserlasses hinsichtlich der Schenkung an die Tochter, verdeutlicht werden.

Reine Verlassenschaft:	100
Schenkung an Tochter:	120
<u>Schenkung an Dritten:</u>	<u>60</u>
Bemessungsgrundlage:	280
Pflichtteil Sohn $\frac{1}{4}$	70
Pflichtteil Tochter $\frac{1}{4}$	40

Ohne Berücksichtigung der Haftung würde die Tochter 40 aus der Verlassenschaft erhalten und ihr Pflichtteilsanspruch wäre zur Gänze gedeckt. Der Sohn würde 60 aus der Verlassenschaft erhalten und wäre hinsichtlich des restlichen Anspruchs auf die Geschenknehmer (6,7 müssten von der Tochter und 3,3 vom Dritten eingefordert werden) verwiesen, obwohl sein Anspruch in der Verlassenschaft Deckung gefunden hätte. Es sollte daher lt. *Kletečka*³²⁹ der Anspruch der Tochter vorab um ihre Haftungsquote verringert werden. Sie würde daher von vornherein nur 33,3 aus der Verlassenschaft erhalten (40 abzüglich 6,7).

³²⁶ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 108 f; krit *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 88, aufgrund der Verschiedenbehandlung des Erlasses und Fällen, in denen kein Erlass stattgefunden hat und fordert daher eine allgemein anwendbare Lösung.

³²⁷ Zur Problematik des Ausfalls eines haftenden Geschenknehmers vgl Kapitel D.II.3.

³²⁸ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 108 f.

³²⁹ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 108 f; diesem folgend *Krausler*, Schenkungsanrechnung 228; krit dazu *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191 FN 398.

Der Sohn würde 66,7 aus der Verlassenschaft erhalten und müsste nur hinsichtlich der fehlenden 3,3 den Dritten in Anspruch nehmen.

Zu dieser Vorgehensweise äußert *Schamberger*³³⁰ Kritik. Nach diesem bestehe eine Gefahr der Benachteiligung eines Pflichtteilsberechtigten infolge eines Erlasses der Anrechnung nicht, da sich für die übrigen Pflichtteilsberechtigten nichts ändere und der Erlass somit lediglich zu Lasten der Erben gehe. Bei dem durch den Anrechnungserlass bewirkten erhöhten Anspruch des Pflichtteilsberechtigten handle es sich nach diesem nämlich nicht um einen Pflichtteilsanspruch iS sondern um eine gewillkürte Zuwendung. Dagegen führt *Umlauf*³³¹ aus, dass es sich bei der durch den Anrechnungserlass bewirkten Erhöhung des Pflichtteils um einen Pflichtteilsanspruch handelt, der sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Würde man darin eine gewillkürte letztwillige Anordnung erblicken, so müssten nach diesem dafür auch die gesetzlich vorgeschriebenen Formvorschriften für letztwillige Verfügungen eingehalten werden. Der Anrechnungserlass kann jedoch nach § 785 Abs 3 HS 2 ABGB letztwillig verfügt oder in einfacher Schriftform vereinbart werden.

Demgegenüber vertritt *Eccher*³³² die Ansicht, es solle zunächst der Anspruch des nicht beschenkten Pflichtteilsberechtigten erfüllt werden. Der beschenkte Pflichtteilsberechtigte wäre zur Erfüllung seines in der Verlassenschaft nicht gedeckten Pflichtteils an sich selbst und die übrigen Beschenkten proportional im Verhältnis der Schenkungen verwiesen. Diese Lösung wird damit begründet, dass sich der Anrechnungserlass weder auf die Haftung noch auf die Hinzurechnung beziehe.

*Apathy/Riss*³³³ sprechen sich für eine Ungültigkeit des Anrechnungserlasses aus, insoweit die Verlassenschaft nicht zur Deckung der Pflichtteilsansprüche einer anderen pflichtteilsberechtigten Person ausreicht. In diesem Fall sei dem beschenkten Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, kein erhöhter Pflichtteil zuzugestehen. Diese gehen daher grds davon aus, es handle sich bei dem durch den Erlass bewirkten erhöhten Anspruch um einen gesetzlichen Pflichtteil, welcher jedoch bei unzureichender Verlassenschaft nicht zusteht. Krit dazu äußert sich mE zutr *Vaclavek*,³³⁴ da die

³³⁰ *Schamberger*, NZ 2017, 373 FN 35.

³³¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 233 FN 569.

³³² *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191 FN 398.

³³³ *Apathy/Riss*, Zivilrecht VII - Erbrecht⁶ (2018) Rz 11/9.

³³⁴ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 91 f.

Tatsache der unzureichenden Verlassenschaft keine ausreichende Rechtfertigung für die Ungültigkeit des Anrechnungserlasses darstelle und dieses Ergebnis auch nicht dem Willen des letztwillig Verfügenden entspreche, der durch den Anrechnungserlass den beschenkten Pflichtteilsberechtigten begünstigen wollte.

*Vaclavek*³³⁵ schlägt vor, die Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft anhand einer „sukzessiven Gleichstellung iwS“ vorzunehmen. Nach dieser Ansicht müsse zunächst der am wenigsten Bedachte einen Betrag, der ihn am nächsten an die Zuwendung des bedachten Pflichtteilsberechtigten bringt, aus der Verlassenschaft erhalten. Dies könne auch dazu führen, dass der am wenigsten bedachte Pflichtteilsberechtigte die gesamte Verlassenschaft erhält. Hinsichtlich seines danach verbleibenden Pflichtteilsanspruchs wäre er – genauso wie der beschenkte Pflichtteilsberechtigte – auf Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB verwiesen. Diese Vorgehensweise führe zwar zu demselben Ergebnis, wie die bereits dargestellte Ansicht *Ecchers*,³³⁶ jedoch sei aufgrund der Berufung auf die Methode der sukzessiven Gleichstellung iwS im Gegenzug zu einer bloßen Privilegierung des am wenigsten bedachten Pflichtteilsberechtigten eine sachliche Rechtfertigung gegeben.

b) Stellungnahme

Der Anrechnungserlass kann Auswirkungen auf die übrigen Pflichtteilsberechtigten haben. Der aufgrund des Anrechnungserlasses errechnete Pflichtteil des beschenkten Pflichtteilsberechtigten ist höher als im Falle einer Anrechnung.³³⁷ Das Verlassenschaftsvermögen, das zur Deckung der Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten herangezogen werden kann, verringert sich daher. Je nachdem, wie die Frage der Haftung der übrigen Geschenknehmer für den Ausfall eines Geschenknehmers beantwortet wird,³³⁸ kann die Gefahr einer Verkürzung der Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten eintreten.

Der Ansicht *Ecchers*,³³⁹ nach welcher zunächst der Anspruch des nicht beschenkten Pflichtteilsberechtigten erfüllt werden sollte, kann mE entgegengehalten werden, dass die Zuwendung an den beschenkten Pflichtteilsberechtigten bei der Berechnung seines Pflichtteils

³³⁵ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 92.

³³⁶ *Eccher*, Erbrechtsreform, Rz 191 FN 398.

³³⁷ Zur Problematik, ob es sich dabei um einen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch handelt, sogleich unten.

³³⁸ Vgl Kapitel D.II.3.

³³⁹ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191 FN 398.

außer Acht gelassen wird. So wird der Wert der erhaltenen Schenkung zur Bemessungsgrundlage seines Pflichtteils nicht hinzugerechnet.³⁴⁰ Geht man davon aus, dass es sich bei dem für den beschenkten Pflichtteilsberechtigten errechneten Pflichtteil trotz Anrechnungserlasses zur Gänze um einen gesetzlichen Pflichtteil handelt,³⁴¹ und daher Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB bestehen, ist nicht ersichtlich, weshalb dieser einen Teil des Ausfalls zu Gunsten der weiteren Pflichtteilsberechtigten selbst tragen müsste. Der Pflichtteilsberechtigte, dessen gesetzlicher Pflichtteil aufgrund des gesetzlich vorgesehenen Erlasses der Anrechnung erhöht wurde, sollte hinsichtlich seines erhöhten Anspruchs nicht schlechter gestellt sein, als ein Pflichtteilsberechtigter hinsichtlich seines Pflichtteilsanspruchs, der sich nicht erhöht hat. Es ist daher mE der oben ausgeführten Ansicht *Kletečkas*³⁴² der Vorzug zu geben.

Weiters besteht die Möglichkeit – der Ansicht *Umlauf*s³⁴³ folgend – im Sinne der von diesem präferierten Aufteilung der Verlassenschaft nach der Methode der sukzessiven Gleichstellung zunächst dem nicht beschenkten Pflichtteilsberechtigten aus der Verlassenschaft einen Betrag in Höhe der an den beschenkten Pflichtteilsberechtigten erfolgten Schenkung zu gewähren.³⁴⁴ Die restlichen Pflichtteilsansprüche wären sodann verhältnismäßig durch die noch verbleibende Verlassenschaft und die Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB abzudecken. Dies würde jedoch je nach Höhe der Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten zu einer ungerechtfertigten Begünstigung des nicht beschenkten Pflichtteilsberechtigten führen. Erblickt man in der durch den Anrechnungserlass bewirkten Erhöhung des Pflichtteils einen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch, so würde die vom Verstorbenen durch den Anrechnungserlass verfügte Begünstigung des beschenkten Pflichtteilsberechtigten wieder rückgängig gemacht werden, zumal der nicht beschenkte Pflichtteilsberechtigte gegebenenfalls den gesamten Pflichtteil aus der Verlassenschaft erhalten würde und demgegenüber der beschenkte Pflichtteilsberechtigte hinsichtlich seines Anspruchs zur Gänze auf Haftungsansprüche gem §§ 789 ff ABGB verwiesen wäre. Dies könnte, wie bereits von

³⁴⁰ Vgl § 785 Satz 2 ABGB; *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 12/20; *ders.*, Erbrechtsreform Rz 182; *Kogler*, Formvorschriften 91; *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 106; *Musger* in KBB⁷ § 785 ABGB Rz 2; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 221; *Rucker*, NZ 2016, 88.

³⁴¹ Näher dazu im folgenden Kapitel.

³⁴² *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 108 f.

³⁴³ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 233 ff.

³⁴⁴ Ebenso *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 92, die im Wege einer „sukzessiven Gleichstellung iwS“ dem nicht oder am wenigsten Bedachten zunächst einen Betrag aus der Verlassenschaft gewähren möchte, der diesen am nächsten an die an den Beschenkten erfolgte Zuwendung heranbringt. Dies führe zwar zum selben Ergebnis wie die von *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191 FN 398, dargestellte Lösung, durch die Berufung auf die sukzessive Gleichstellung iwS könne dieses Ergebnis jedoch gerechtfertigt werden.

*Vaclavek*³⁴⁵ angemerkt, zu einem dem Vorschlag *Ecchers*³⁴⁶ nahekommenden Ergebnis führen, welches jedoch aufgrund der aus den oben bereits dargestellten Gründen abzulehnen ist. Aufgrund dieser Ausführungen ist mE der Ansicht *Kletečkas*³⁴⁷ zu folgen, da dieser die Schenkung, deren Anrechnung erlassen wurde, nur hinsichtlich der Haftungsquote des beschenkten Pflichtteilsberechtigten und nicht zur Gänze bei der Aufteilung der unzureichenden Verlassenschaft berücksichtigt.

4. Haftung für erhöhten Pflichtteil

a) Meinungsstand

Wie bereits erläutert wurde, muss sich der betreffende pflichtteilsberechtigte Geschenknnehmer im Falle eines Anrechnungserlasses den Wert der erhaltenen Schenkung nicht auf den errechneten Pflichtteil anrechnen lassen. Die von der Anrechnung befreite Schenkung ist zwar nach § 785 ABGB bei der Ermittlung des Pflichtteils des betreffenden Geschenknnehmers nicht zu berücksichtigen,³⁴⁸ dennoch führt der Anrechnungserlass zu einem höheren Pflichtteilsanspruch des beschenkten Pflichtteilsberechtigten als grundsätzlich gesetzlich vorgesehen, da die bereits erhaltene Schenkung nicht von dem errechneten Pflichtteil abgezogen wird. Es ist nunmehr zu klären, ob eine Haftung der Geschenknnehmer iSd §§ 789 ff ABGB für die sich durch den Erlass der Anrechnung ergebende Erhöhung des Pflichtteilsanspruchs des pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmers besteht.³⁴⁹ Nach *Nemeth/Niedermayr* ändert ein Anrechnungserlass nichts an der Haftung des von der Anrechnung befreiten Geschenknnehmers, da in § 789 ABGB keine Ausnahme normiert sei. Die Haftungsobergrenze ergebe sich wie bei allen pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmern aus § 791 ABGB, der in Abs 1 Satz 2 ausdrücklich die Hinzurechnung der befreiten Schenkung anordne.³⁵⁰

³⁴⁵ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknnehmers 92.

³⁴⁶ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191 FN 398.

³⁴⁷ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 108 f; diesem folgend *Krausler*, Schenkungsanrechnung 228; krit dazu *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191 FN 398.

³⁴⁸ Vgl hierzu bereits die obigen Ausführungen.

³⁴⁹ Zur Frage, in welcher Höhe dem beschenkten Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung seiner Schenkung auf den Pflichtteil erlassen wurde, nach § 791 Abs 1 ABGB eine Haftungsfreistellung zukommt, vgl Kapitel H.IV.3.b.

³⁵⁰ *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 785 ABGB Rz 8.

Aus den zuvor dargestellten Ausführungen von *Kletečka*³⁵¹ und *Eccher*³⁵² ist ersichtlich, dass diese von einer Haftung nach §§ 789 ff ABGB für den vollen Pflichtteilsanspruch des beschenkten Pflichtteilsberechtigten ausgehen.³⁵³ Ebenso meint *Rabl*,³⁵⁴ ein Anrechnungserlass führe vor allem bei Schenkungen an mehrere Pflichtteilsberechtigte dazu, dass „die Pflichtteilsbelastung des Erblassers geradezu explodiert“. Folgt man dieser Ansicht und nimmt man an, dass es sich bei dem errechneten Pflichtteil des beschenkten Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, um einen gesetzlichen Pflichtteil handelt, so wird wohl auch eine Haftung der übrigen Geschenknehmer nach §§ 789 ff ABGB für die sich ergebende gegebenenfalls nicht in der Verlassenschaft gedeckte Pflichtteilerhöhung zu bejahen sein.

Auch nach *Umlauf*³⁵⁵ ist der durch den Anrechnungserlass bewirkte erhöhte Anspruch des Pflichtteilsberechtigten als Pflichtteilsanspruch anzusehen, was unmittelbar aus dem Gesetz folge. Warum es sich dabei nicht um einen gesetzlichen Pflichtteilsanspruch handeln soll, sei nach diesem nicht erklärlich, denn wenn man die durch den Anrechnungserlass bewirkte geänderte Aufteilung der Verlassenschaft nicht als „im Gesetz wurzelnd“ sondern als letztwillige Aufteilung ansieht, müsste man annehmen, das Gesetz würde auch die Einhaltung der Formvorschriften für letztwillige Verfügungen vorsehen. Ebenso handelt es sich nach *Vaclavek*³⁵⁶ um einen (materiellen) Pflichtteilsanspruch ieS, unter Hinweis auf die – trotz der in den Mat³⁵⁷ nicht gewünschten „weiteren Begünstigung“ des beschenkten Pflichtteilsberechtigten – erfolgte Begünstigung durch die Berücksichtigung weiterer Schenkungen bei der Ermittlung dessen Pflichtteils. Nach dieser sei es auch unklar, in welchem Verhältnis der beschenkte Pflichtteilsberechtigte zu Erben oder Vermächtnisnehmern stehe, sofern man der Ansicht, es handle sich nicht um einen Pflichtteil, sondern um eine Regelung der Erbfolge iwS, folge.

³⁵¹ *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 108 f.

³⁵² *Eccher*, *Erbrechtsreform Rz* 191 FN 398.

³⁵³ Vgl. weiters *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 106, nach dem der Erlass nur die Anrechnung umfasse, nicht jedoch auch die Hinzurechnung oder die Haftung; ebenso spricht sich *Vaclavek*, *Die Haftung des Geschenknehmers* 109 – sofern man durch Auslegung der Vereinbarung zu keinen Informationen über die Haftung komme – für die Annahme eines gesetzlichen Pflichtteils und für die Anwendung der §§ 789 ff ABGB aus, da der Anspruch auch durchsetzbar sein müsse, vgl. hierzu ausführlicher bereits iZm Vereinbarungen der Hinzurechnung Kapitel G.II.4.

³⁵⁴ *Rabl*, *NZ* 2015, 337.

³⁵⁵ *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*² 233 FN 569.

³⁵⁶ *Vaclavek*, *Die Haftung des Geschenknehmers* 90 f.

³⁵⁷ *ErläutRV* 688 BlgNR 25. GP 35.

Demgegenüber handelt es sich nach *Kogler*³⁵⁸ bei dem Anspruch des beschenkten Pflichtteilsberechtigten um keinen gesetzlichen Pflichtteil, sondern um eine Mehrzuwendung infolge einer Vereinbarung oder letztwilligen Verfügung, die über den gesetzlichen Pflichtteil hinausgehe, sodass der Anspruch des beschenkten Pflichtteilsberechtigten nicht (zur Gänze) als Pflichtteil zu qualifizieren sei. Vielmehr handle es sich bei der Differenz zwischen dem ursprünglichen Pflichtteil und dem erhöhten Pflichtteil nach Erlass der Anrechnung um eine freiwillige Zuwendung des Verstorbenen, die daher materiell keinen Pflichtteil darstelle. Sobald der Verstorbene etwas vom Gesetz Abweichendes anordnet, handle es sich nach diesem um keinen gesetzlichen Pflichtteil. Diesen Ausführungen folgend, führt *Schamberger*³⁵⁹ aus, dass sich das Problem einer unzureichenden Verlassenschaft gar nicht erst stelle und daher auch nicht vom Bestehen von Haftungsansprüchen des beschenkten Pflichtteilsberechtigten gegen weitere Beschenkte auszugehen sei.

b) *Stellungnahme*

Aus der bereits im Zusammenhang mit der Vereinbarung der Hinzurechnung nach § 784 ABGB erwähnten Regelung des § 791 Abs 1 ABGB des ME,³⁶⁰ nach der eine Haftung „für die nach §§ 781 bis 785 dem Nachlass hinzuzurechnenden Schenkungen angenommen wurde, kann im Hinblick auf die Lösung der nun zu behandelnden Frage nichts gewonnen werden, da die anrechnungsfreie Schenkung bereits aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 781 ABGB der Hinzurechnung unterliegt – ausgenommen jedoch bei der Ermittlung des Pflichtteils des beschenkten Pflichtteilsberechtigten³⁶¹ – und daher auch Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB³⁶² im Hinblick auf die errechneten Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten gegen den beschenkten Pflichtteilsberechtigten bestehen.

§ 785 ABGB legt fest, dass die an den Pflichtteilsberechtigten erfolgte Schenkung im Falle eines Anrechnungserlasses, [...] auf dessen „Pflichtteil“ insoweit nicht anzurechnen ist [...]. Der ohne Berücksichtigung der Schenkung ermittelte Betrag wird daher im Gesetz

³⁵⁸ *Kogler*, Formvorschriften 91 ff; *ders*, EF-Z 2016, 63; *ders*, EF-Z 2018, 192 FN 30; diesem folgend *Schamberger*, NZ 2017, 373.

³⁵⁹ *Schamberger*, NZ 2017, 373.

³⁶⁰ ME ErbRÄG 2015, 100/ME 25. GP 22.

³⁶¹ *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 12/20; *ders*, Erbrechtsreform Rz 182; *Kogler*, Formvorschriften 91; *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud, 106; *Musger* in KBB⁷ § 785 ABGB Rz 2; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 221; *Rucker*, NZ 2016, 88; ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

³⁶² Vgl § 789 Abs 1 ABGB: „Wenn bei Bestimmung der Pflichtteile Schenkungen hinzu- oder angerechnet werden [...]“.

ausdrücklich als Pflichtteil bezeichnet. Dieser Umstand spricht mE dafür, dass man dem beschenkten Pflichtteilsberechtigten damit – unabhängig von der bereits erhaltenen Schenkung – in Höhe des vollen errechneten Betrages einen gesetzlichen Pflichtteil und somit auch einen unter Anwendung der Bestimmungen der §§ 789 ff ABGB durchsetzbaren Anspruch zugestehen wollte. Um eine Doppelbegünstigung zu vermeiden, ist lediglich die Nichtberücksichtigung der konkreten Schenkung bei der Berechnung des Pflichtteils des beschenkten Pflichtteilsberechtigten angeordnet.³⁶³ Dies ist nachvollziehbar, da es nicht gerechtfertigt wäre, den Pflichtteilsanspruch des Beschenkten aufgrund einer Schenkung, die sich bereits zur Gänze in seinem Eigentum befindet, zu erhöhen.

§ 785 ABGB legt – im Gegensatz zu § 784 ABGB – genau fest, in welcher Form die Vereinbarung über den Erlass der Anrechnung zu erfolgen hat. So kann dies durch einseitige Anordnung des Verstorbenen in Form einer letztwilligen Verfügung erfolgen oder aber auch durch Vereinbarung in einfacher Schriftform zwischen dem Geschenkgeber und dem Geschenknehmer. Für die Aufhebung des Vertrages sieht das Gesetz jedoch die Einhaltung der strengen Formvorschriften für einen Pflichtteilsverzicht vor. Die nachträgliche Anrechnungsvereinbarung kann daher als (partieller) Pflichtteilsverzicht angesehen werden.³⁶⁴ Demgegenüber ist nach *Kletečka*³⁶⁵ die Anordnung der Formvorschriften gem § 551 ABGB³⁶⁶ überzogen, da mit der Aufhebung des Anrechnungserlasses die gesetzlich vorgesehene Regelung herbeigeführt wird, welche mit einem Pflichtteilsverzicht nicht vergleichbar sei. Es sei daher ein *contrarius actus* als ausreichend anzusehen.

Die obigen Ausführungen, insb die strengen Formvorschriften (Notariatsakt oder gerichtliches Protokoll) für die Aufhebung des Anrechnungserlasses, sprechen dafür, dass die durch den vereinbarten Anrechnungserlass bewirkte Mehrzuwendung an den beschenkten Pflichtteilsberechtigten als gesetzlicher Pflichtteil anzusehen ist. Dies spricht dafür, dass der Gesetzgeber dem Geschenkgeber die Möglichkeit einräumen wollte, den gesetzlichen Pflichtteil des beschenkten Pflichtteilsberechtigten zu erhöhen. Das führt mE – auch im

³⁶³ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

³⁶⁴ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 352; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 785 ABGB Rz 9. zust auch *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 785 ABGB Rz 2; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 184; *ders*, Erbrecht⁶ Rz 12/21; vgl auch bereits *Damrau*, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall (1966) 56 f.

³⁶⁵ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 107; ebenso *Kogler*, Formvorschriften 95, 101.

³⁶⁶ § 551 Abs 1 ABGB lautet wie folgt: „Wer über sein Erbrecht gültig verfügen kann, kann auch durch Vertrag mit dem Verstorbenen im Voraus darauf verzichten. Der Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit der Aufnahme eines Notariatsakts oder der Beurkundung durch gerichtliches Protokoll; die Aufhebung des Vertrags bedarf der Schriftform.“

Hinblick auf die bereits von *Umlauf*³⁶⁷ aufgeworfene Problematik der mangelnden zwingenden Anordnung der Einhaltung der Formvorschriften für letztwillige Verfügungen – dazu, dass auf den durch den Erlass bewirkten erhöhten Pflichtteilsanspruch auch die diesbezüglichen Schutzvorschriften, daher auch die Haftungsregelungen der §§ 789 ff ABGB zur Durchsetzung des Anspruchs, Anwendung finden.

IV. Vereinbarungen im Zusammenhang mit einem Pflichtteilsverzicht

1. Problemstellungen

§ 758 Abs 2 Satz 2 ABGB sieht vor, dass sich ein Pflichtteilsverzicht und die Ausschlagung der Erbschaft „im Zweifel“ auch auf die Nachkommen erstrecken. Dadurch soll erreicht werden, dass der Verstorbene nicht zweimal pflichtteilsrechtlich belastet wird, da ein Pflichtteilsverzicht grds „gegen Abfindung“ erfolgt.³⁶⁸ In den Mat³⁶⁹ wird hierzu ausgeführt, dass vereinbart werden kann, dass der Verzicht nicht auf die Nachkommen des Verzichtenden wirkt. Ebenso tritt nach § 760 Abs 1 ABGB im Falle eines Pflichtteilsverzichts oder einer Ausschlagung der Erbschaft „im Zweifel“ keine Erhöhung des Pflichtteils der übrigen Pflichtteilsberechtigten ein. Mangels anderslautender Vereinbarung soll den Mat³⁷⁰ zufolge mit einem Pflichtteilsverzicht nämlich die Testierfreiheit erweitert werden, unabhängig davon, ob der Verzichtende eine Abfindung erhalten hat.

Zu untersuchen ist nunmehr, wie sich ein Pflichtteilsverzicht, der sich nicht auf die Nachkommen erstreckt, auf die Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB auswirkt. Ebenso soll an dieser Stelle erörtert werden, welchen Einfluss eine Vereinbarung einer Quotenerhöhung der übrigen Pflichtteilsberechtigten im Zusammenhang mit einem Pflichtteilsverzicht auf die Haftung des Geschenknehmers hat.³⁷¹ So stellt sich einerseits die Frage, ob der Nachkomme des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten, auf den die Quote des Verzichtenden übergegangen ist, oder der Pflichtteilsberechtigte, dessen Quote sich durch die Vereinbarung – mangels Vorhandensein von Nachkommen – erhöht hat, für die Erhöhung des Pflichtteils

³⁶⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 233 FN 569.

³⁶⁸ Vgl in Anlehnung an *Welser*, 17. ÖJT II/1, 30; ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 21.

³⁶⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 2.

³⁷⁰ Vgl in Anlehnung an *Welser*, 17. ÖJT II/1, 30; ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 21 f.

³⁷¹ Da die Ausschlagung der Erbschaft erst im Zuge des Verlassenschaftsverfahren erfolgt, ist in diesem Fall eine Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem sich entschlagenden Erben nicht möglich, sodass auf die Ausschlagung der Erbschaft hier nicht näher eingegangen wird.

Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB geltend machen können. Andererseits ist zu klären, in welchem Ausmaß eine Haftungsfreistellung dieser Personen besteht.³⁷²

2. Vereinbarung einer Quotenerhöhung der übrigen Pflichtteilsberechtigten

a) Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015

Nach § 760 Abs 1 ABGB bewirken ein Pflichtteilsverzicht und die Ausschlagung der Erbschaft „im Zweifel“ keine Erhöhung des Pflichtteils der anderen Pflichtteilsberechtigten. Dies stellt eine Neuerung im Vergleich zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 dar. Nach alter Rechtslage führte ein bloßer Pflichtteilsverzicht zu einer Erhöhung der Testierfreiheit und somit nicht zu einer Erhöhung der Quoten der anderen Pflichtteilsberechtigten. Im Falle eines Verzichts auf das Erb- und Pflichtteilsrecht war jedoch eine Quotenerhöhung der anderen Pflichtteilsberechtigten anzunehmen.³⁷³ Der beim Erb- und Pflichtteilsverzicht eintretenden Pflichtteilserhöhung der übrigen Pflichtteilsberechtigten lag wohl der Gedanke des Gesetzgebers, dass ein Verzicht gewöhnlich gegen Abfindung geschlossen wird, zugrunde. Die Erhöhung der Pflichtteilsquoten sollte einen Ausgleich für die durch die Abfindung erfolgte Verminderung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage darstellen.³⁷⁴

b) Zulässigkeit der Vereinbarung einer Quotenerhöhung

Die in der Bestimmung des § 760 Abs 1 ABGB enthaltene Wortfolge „im Zweifel“ ist wohl im Hinblick auf die diesbezüglichen Ausführungen in den Gesetzesmaterialien³⁷⁵ im Sinne „sofern keine anderslautende Vereinbarung getroffen wurde“ zu verstehen. Ausweislich der Mat³⁷⁶ soll der Pflichtteilsverzicht sowie auch ein Erb- und Pflichtteilsverzicht mangels anderer Vereinbarung die Testierfreiheit des letztwillig Verfügenden erweitern, unabhängig davon, ob der Verzichtende eine Abfindung für seinen Pflichtteilsverzicht erhalten hat. Auch

³⁷² Zur Frage der Haftungsfreistellung vgl Kapitel H.IV.5.

³⁷³ Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 760 ABGB Rz 2; Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 767 ABGB Rz 3; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar III⁴ § 767 ABGB Rz 1 f.

³⁷⁴ Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar III⁴ § 767 ABGB Rz 2.

³⁷⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 25.

³⁷⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 25.

in der Lit³⁷⁷ wird die Bestimmung größtenteils dahingehend ausgelegt, dass eine Erhöhung der Pflichtteilsquote im Falle einer Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten stattfinden soll.

Krit zu der dem Verstorbenen und dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten eröffneten Möglichkeit, eine Erhöhung der Quoten der übrigen Pflichtteilsberechtigten zu vereinbaren, äußert sich *Zöchling-Jud*,³⁷⁸ da die Höhe des Pflichtteils eines Pflichtteilsberechtigten nunmehr von der Vereinbarung eines anderen Pflichtteilsberechtigten mit dem Verstorbenen abhängen solle. Zudem sei ein diesbezügliches rechtspolitisches Anliegen nicht ersichtlich.³⁷⁹

ME könnte die Wortfolge „im Zweifel“ in § 760 Abs 2 ABGB nicht nur im Sinne von „sofern keine anderslautende Vereinbarung getroffen wurde“, sondern auch im Sinne von „sofern keine abweichende Anordnung getroffen wurde“ zu verstehen sein. In diesem Fall könnte ein Pflichtteilsberechtigter keinen Einfluss auf die Pflichtteilsquote der anderen Pflichtteilsberechtigten nehmen, da der Zuwachs der Quote nicht auf eine Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Pflichtteilsberechtigten zurückzuführen ist, sondern auf eine letztwillige Anordnung des Verstorbenen, welche anlässlich des Pflichtteilsverzichts erfolgte. Weiters ist ausweislich der Mat³⁸⁰ der Sinn und Zweck der Nichterhöhung der Quoten der andern Pflichtteilsberechtigten die Erhöhung der Testierfreiheit des letztwillig Verfügenden, sodass es ihm freistehen sollte, mittels letztwilliger Verfügung eine von der gesetzlich festgelegten Regelung abweichende Anordnung zu treffen. Dieses Ergebnis widerspricht jedoch den Ausführungen in den Gesetzesmaterialien.³⁸¹

Nach *Kogler*³⁸² ist eine derartige Vereinbarung, mit der im Wege eines Erb- oder Pflichtteilsverzichts eine Veränderung der Pflichtteilsquoten herbeigeführt wird, nicht

³⁷⁷ *Umlauft*, Hinzu- und Anrechnung² 222; *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 11/10; *ders*, Erbrechtsreform Rz 118; *Barth* in *Barth/Pesendorfer* 172; *Rabl*, Der Pflichtteilsverzicht als anrechenbare Schenkung, NZ 2016, 201; *ders*, Das neue Pflichtteilsrecht des Ehegatten, EF-Z 2016, 284 (287); *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 760 ABGB Rz 2; *Musger* in *KBB*⁷ § 760 ABGB Rz 1; ebenso jedoch krit *Zöchling-Jud*, Die Neuordnung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015 in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hg), Das neue Erbrecht – Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (2015) 71 (75).

³⁷⁸ *Zöchling-Jud* in *Rabl/Zöchling-Jud* 75.

³⁷⁹ Dagegen *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 118 FN 151, nach dem eine derartige Vereinbarung im Falle der Wiederverhehlung eines Elternteils denkbar ist, um den Nachkommen die ursprüngliche Pflichtteilsquote, die sich durch die Verhehlung vermindert hat, zu sichern.

³⁸⁰ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 25.

³⁸¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 25.

³⁸² *Kogler*, Der Erbverzicht nach dem Erbrechts-Änderungsgesetz, JBl 2015, 613 (619 ff); *ders*, Formvorschriften 28 f.

möglich.³⁸³ Der Hinweis in den Mat auf eine Vereinbarung einer Quotenerhöhung beziehe sich nach diesem auf den Fall, dass der Verzicht nur auf den Verzichtenden selbst beschränkt ist und an dessen Stelle keine Nachkommen treten. Unter diesen Voraussetzungen komme es zu einer Quotenerhöhung der anderen Pflichtteilsberechtigten.

c) Einfluss einer Vereinbarung gem § 760 Abs 1 ABGB auf die Haftung des Geschenkenehmers

Geht man von einer Zulässigkeit einer Vereinbarung der Quotenerhöhung der anderen Pflichtteilsberechtigten aus, ist im Folgenden deren Einfluss auf die Haftung nach §§ 789 ff ABGB zu untersuchen. Zunächst ist festzustellen, ob es sich bei der Differenz zwischen der ursprünglichen Pflichtteilsquote und der erhöhten Quote um einen gesetzlichen Pflichtteil handelt, bei dessen Nichterfüllung Haftungsansprüche des Pflichtteilsberechtigten nach §§ 789 ff ABGB ausgelöst werden.³⁸⁴ In der Lit wird überwiegend eine Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils der anderen Pflichtteilsberechtigten infolge einer Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten angenommen.³⁸⁵ So kann nach *Rabl*³⁸⁶ neben einer gleichmäßigen Erhöhung der Pflichtteilsquoten der anderen Pflichtteilsberechtigten der Übergang der Quote auf die anderen Pflichtteilsberechtigten frei vereinbart werden, sodass der Verstorbene über das Pflichtteilsrecht frei verfügen kann. Auch nach *Barth*³⁸⁷ soll durch die Möglichkeit einer derartigen Vereinbarung der Gestaltungsspielraum des Verstorbenen³⁸⁸ vergrößert werden. Ebenso soll nach *Zöchling-Jud*³⁸⁹ die Vereinbarung des Verstorbenen mit dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten bewirken, dass die Pflichtteilsquote der übrigen Pflichtteilsberechtigten vergrößert wird.³⁹⁰

³⁸³ Dagegen *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 118 FN 151 aufgrund der Formulierung des § 551 ABGB. Hierzu ist anzumerken, dass es sich bei der Regelung des § 551 ABGB zwar um eine Vereinbarung im Zusammenhang mit einem Erbverzicht handelt und der Verstorbene ohnehin frei über die Erbquoten verfügen kann. Da jedoch nach § 551 Abs 2 ABGB ein Erbverzicht mangels anderer Vereinbarung auch einen Verzicht auf den Pflichtteil in sich schließt, ist nach dem Gesetzeswortlaut eine Vereinbarung auch im Hinblick auf eine Veränderung der Pflichtteilsquoten möglich.

³⁸⁴ Zur Frage des Haftungsumfanges des Pflichtteilsberechtigten, dessen Quote erhöht wurde, im Fall einer an diesen erfolgen Zuwendung vgl Kapitel H.IV.5.

³⁸⁵ AA *Kogler*, JBl 2015, 619 ff; *ders*, Formvorschriften 28 f, nach dem eine derartige Vereinbarung nicht möglich ist.

³⁸⁶ *Rabl*, NZ 2016, 205; *ders* bereits EF-Z 2016, 287.

³⁸⁷ *Barth* in *Barth/Pesendorfer* 172.

³⁸⁸ Wohl im Hinblick auf die Gestaltung der Pflichtteilsquoten; jedoch lt *Kogler*, Formvorschriften 29 FN 126 unklar.

³⁸⁹ *Zöchling-Jud* in *Rabl/Zöchling-Jud* 75.

³⁹⁰ Jedoch krit mangels eines Bedürfnisses nach einer derartigen Möglichkeit der Vereinbarung sowie im Hinblick auf die Systemwidrigkeit einer Einflussnahme eines Pflichtteilsberechtigten auf die Höhe der Pflichtteilsquote der anderen Pflichtteilsberechtigten.

d) *Stellungnahme*

In diesem Zusammenhang kann erneut auf die Ausführungen *Koglers*³⁹¹ und *Schambergers*³⁹² im Hinblick auf die Erhöhung des Pflichtteils infolge Vereinbarung der Hinzurechnung oder Erlass der Anrechnung Bezug genommen werden, denn auch im Fall einer Vereinbarung nach § 760 Abs 1 ABGB handelt es sich um eine Erhöhung des Pflichtteils, die auf eine auf Freiwilligkeit des Verstorbenen beruhende Vereinbarung³⁹³ zurückzuführen ist und welche somit nicht aufgrund des Gesetzes eintritt.³⁹⁴ So könnte angenommen werden – wie bereits oben dargelegt³⁹⁵ – die Differenz zwischen dem ursprünglich bereits bestehenden Pflichtteil und dem infolge der Vereinbarung erhöhten Pflichtteil stelle eine auf Freiwilligkeit des Verstorbenen beruhende Zuwendung dar, die keinen gesetzlichen Pflichtteil darstelle und somit nicht zur Anwendung der Bestimmungen der §§ 789 ff ABGB führe. Demgegenüber ist auch an dieser Stelle auf die bereits dargestellte Lit³⁹⁶ hinzuweisen, welche im Falle einer Vereinbarung der Hinzurechnung von einer Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils und einer damit einhergehenden Anwendung der Haftungsbestimmungen der §§ 789 ff ABGB ausgeht.

Für eine Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils samt Anwendbarkeit der Haftungsfolgen der §§ 789 ff ABGB spricht der Wortlaut des § 760 Abs 1 ABGB, da ein Pflichtteilsverzicht im Zweifel „die Pflichtteile“ der anderen Pflichtteilsberechtigten nicht erhöht. Sofern daher eine davon abweichende Vereinbarung getroffen wird, ist davon auszugehen, dass diese eine Erhöhung der gesetzlichen Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten bewirkt und nicht bloß eine vom Verstorbenen herbeigeführte freiwillige Zuwendung, die im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsverzicht angeordnet wird. Für eine Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils der anderen Pflichtteilsberechtigten sprechen zudem die Ausführungen in den Mat,³⁹⁷ in denen von einer „Anwachsung der freiwerdenden Quote“ die Rede ist.

Im Hinblick auf die Lösung der Frage, ob der Pflichtteilsberechtigte, dem die Quote des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten zugekommen ist, bloß in Höhe seines ursprünglichen

³⁹¹ *Kogler*, Formvorschriften 88 und 93; *ders*, EF-Z 2016, 63.

³⁹² *Schamberger*, NZ 2017, 372;

³⁹³ Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 21; *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 11/10; *Barth* in Barth/Pesendorfer 172; *Rabl*, NZ 2016, 201; *ders*, Das neue Pflichtteilsrecht des Ehegatten (Eingetragenen Partners) EF-Z 2016, 284 (287); *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 760 ABGB Rz 2; *Musger* in KBB⁷ § 760 ABGB Rz 1; ebenso jedoch krit *Zöchling-Jud* in *Rabl/Zöchling-Jud* 75.

³⁹⁴ AA jedoch *Kogler*, Formvorschriften, 28 f.

³⁹⁵ Vgl hierzu Kapitel G.II. sowie Kapitel G.III.

³⁹⁶ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 207 FN 486; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 109.

³⁹⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 25.

Pflichtteils Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB geltend machen kann, oder ob sich sein Haftungsanspruch um die auf ihn übergegangene Quote erhöht, kann darauf Bedacht genommen werden, ob der verzichtende Pflichtteilsberechtigte vom Verstorbenen für seinen Verzicht eine Abfindung oder andere Zuwendungen erhalten hat. Hat der verzichtende Pflichtteilsberechtigte nämlich eine Zuwendung erhalten, so kann er, sofern er nach §§ 789 ff ABGB zur Haftung herangezogen wird, gem § 791 Abs 2 ABGB eine Haftungsbeschränkung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils geltend machen. Das führt dazu, dass ihm eine Zuwendung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils – sofern der Wert der Zuwendung nicht niedriger als der Pflichtteil ist – trotz Verzichts jedenfalls erhalten bleibt. Zweck dieser Regelung ist es, einen vermögensmäßigen Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten zu schaffen.³⁹⁸

Könnte nun der Pflichtteilsberechtigte, dem die Quote des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten angewachsen ist, Haftungsansprüche nicht nur in Höhe seines ursprünglichen Pflichtteils, sondern in Höhe des erhöhten Pflichtteils geltend machen, so hätte das eine doppelte Begünstigung im Hinblick auf die übergehende Quote zur Folge, und zwar einerseits als Haftungsfreistellung nach § 791 Abs 2 ABGB für den verzichtenden Pflichtteilsberechtigten und andererseits als Haftungsanspruch nach §§ 789 ff ABGB für den Pflichtteilsberechtigten, dem die infolge des Verzichts freiwerdende Quote zugekommen ist.³⁹⁹ Steht dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten also eine Haftungsbeschränkung iSd § 791 Abs 2 ABGB zu, ist dem Pflichtteilsberechtigten, der die freiwerdende Quote erhält, daher ein Haftungsanspruch nur in Höhe seines ursprünglichen Pflichtteils zuzugestehen, und zwar unabhängig davon, ob der verzichtende Pflichtteilsberechtigte die ihm zustehende Haftungsbeschränkung bereits geltend gemacht hat oder nicht. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Bestimmung des § 791 Abs 3 ABGB, nach der eine Person, der der Pflichtteil anstelle eines Pflichtteilsberechtigten zufällt oder deren Pflichtteil durch den Wegfall eines Pflichtteilsberechtigten erhöht wird, eine Haftungsbeschränkung nicht geltend machen kann,

³⁹⁸ ErläutRV 688 BgNR 25. GP 24 in Anlehnung an *Welser* in FS Kralik 588 ff.

³⁹⁹ Gegen die doppelte Berücksichtigung einer Pflichtteilsquote im Zusammenhang mit der Haftungsfreistellung von Repräsentations- und Anwachsungsberechtigten vgl zB bereits oben *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222; *Musger* in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 3.

soweit der Geschenknnehmer oder dessen Erbe eine Haftungsbeschränkung „bereits geltend gemacht hat.“⁴⁰⁰

Weiters kann auf die Bestimmung des § 758 Abs 2 Satz 2 ABGB, nach der ein Pflichtteilsverzicht im Zweifel auch auf die Nachkommen wirkt, Bezug genommen werden. Den Mat⁴⁰¹ zufolge wurde diese Regelung eingeführt, da der Verzicht in aller Regel „gegen Abfindung“ erfolgt und der Verstorbene grundsätzlich nicht zweimal pflichtteilsrechtlich belastet werden soll. Daraus ist ersichtlich, dass eine doppelte Berücksichtigung einer Pflichtteilquote nicht gewünscht ist.

Zudem ist § 783 ABGB zu beachten, der eine Anrechnung von Schenkungen nicht nur auf den Pflichtteil der beschenkten Person, sondern auch auf den Pflichtteil der Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigten, bei denen es aufgrund des Wegfalls des Geschenknnehmers durch Tod oder aus einem anderen Grund unmittelbar zum Entstehen des Pflichtteilsrechts oder zur Erhöhung der Pflichtteilsquote kommt, vorsieht⁴⁰². Ausweislich der Mat⁴⁰³ muss sich der anwachsungsberechtigte Pflichtteilsberechtigte die Schenkung des ausgeschiedenen Pflichtteilsberechtigten jedoch nicht uneingeschränkt anrechnen lassen. Die übergelende Anrechnungspflicht betrifft nur die durch die Anwachsung eintretende Erhöhung der Pflichtteilsquote, nicht jedoch den ursprünglichen Pflichtteil des Anwachsungsberechtigten. Bei gegenständlicher Problematik handelt es sich jedoch nicht um eine unmittelbare Erhöhung der Pflichtteilsquote kraft gesetzlicher Anordnung, sondern um eine Erhöhung der Pflichtteilsquote aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenkgeber.

Anderes ergibt sich allerdings, wenn der verzichtende Pflichtteilsberechtigte weder eine Abfindung noch eine andere Zuwendung, die gegen ihn durchsetzbare Haftungsansprüche der verkürzten Pflichtteilsberechtigten begründet, vom Verstorbenen erhalten hat. Da die vormalig dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten zustehende Quote nun bei diesem selbst und seinen

⁴⁰⁰ Nach *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222, ist – entgegen dem Gesetzeswortlaut – nicht darauf abzustellen, ob die Haftungsbeschränkung bereits geltend gemacht wurde. Es kommt nach diesem vielmehr darauf an, ob dem Geschenknnehmer bzw. seinen Erben eine Haftungsfreistellung zusteht. Das deckt sich auch mit den Ausführungen in den Gesetzesmaterialien, vgl. ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37. Für nähere Ausführungen zur Bestimmung des § 791 Abs 3 ABGB vgl. Kapitel H.IV.5.

⁴⁰¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 24 in Anlehnung an *Welser*, 17. ÖJT II/1, 30.

⁴⁰² ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34; dies soll ausweislich der Mat durch die Wendung „Person, die an deren Stelle tritt“ deutlich gemacht werden.

⁴⁰³ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

Erben keine Berücksichtigung findet, auch nicht im Wege einer Haftungsbeschränkung nach § 791 Abs 2 ABGB, bestehen gegen einen Haftungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, der die Quote des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten erhalten hat, in Höhe des vollen erhöhten Pflichtteils keine Einwände.

Es kann hier eine Ungleichbehandlung von Vereinbarungen der Hinzurechnung und Erlass der Anrechnung einerseits sowie von Vereinbarungen im Zusammenhang mit einem Pflichtteilsverzicht – sofern an den Verzichtenden eine Abfindung oder andere Zuwendung geleistet wurde – andererseits festgestellt werden, da es nur im letzteren Fall trotz Vorliegens einer Vereinbarung zu keiner Begründung von Haftungsansprüchen nach §§ 789 ff ABGB führt. Dies kann jedoch damit begründet werden, dass es sich bei Vereinbarungen iSd § 760 Abs 1 ABGB und § 785 Abs 2 Satz 2 ABGB bloß um eine Verschiebung der Pflichtteilsquote handelt, welche iSd § 791 Abs 3 ABGB nicht doppelt berücksichtigt werden darf. Im Gegensatz dazu wird bei der Vereinbarung der Hinzurechnung sowie bei einem Erlass der Anrechnung ein (zusätzlicher) erhöhter Pflichtteilsanspruch geschaffen. Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht den Ausführungen in den Mat,⁴⁰⁴ nach welchen die Zweifelsregelung des § 785 Abs 2 Satz 2 ABGB aus Gründen der Rechtssicherheit nicht an den Nachweis einer Abfindung geknüpft werden kann, zumal sich diese Ausführungen in den Mat lediglich auf den gesetzlichen Regelfall beziehen und nicht auf eine anderslautende Vereinbarung.

3. Einfluss einer Vereinbarung gem § 758 Abs 2 Satz 2 ABGB auf die Haftung des Geschenknehmers

a) Allgemeines

Die im obigen Kapitel behandelte Problematik des Einflusses einer Vereinbarung einer Quotenerhöhung der anderen Pflichtteilsberechtigten anlässlich eines Pflichtteilsverzichts ergibt sich auch im Zusammenhang mit der Regelung des § 758 Abs 2 Satz 2 ABGB. Diese Bestimmung legt fest, dass sich ein Pflichtteilsverzicht „im Zweifel“ auch auf die Nachkommen erstreckt. Den Mat⁴⁰⁵ zufolge liegt der Grund für diese Zweifelsregelung darin, dass ein Verzicht grds gegen Abfindung erfolgt und den Verstorbenen nicht eine doppelte Pflichtteilsbelastung treffen soll. Die Wirkungserstreckung auf die Nachkommen ist allerdings aus Gründen der Rechtsklarheit nicht vom Nachweis einer Abfindung abhängig. Nachkommen

⁴⁰⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 24.

⁴⁰⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 24, unter Hinweis auf *Welser*, 17. ÖJT II/1, 30.

eines pflichtteilsberechtigten Kindes können daher begünstigt sein, wenn vereinbart ist, dass die Verzichtleistung nicht auf sie wirken soll und sie daher ihren Elternteil trotzdem repräsentieren können.⁴⁰⁶ Die Wortfolge „im Zweifel“ ist daher auch hier wieder im Sinne von „sofern keine anderslautende Vereinbarung getroffen wurde“, zu verstehen.⁴⁰⁷

Demgegenüber erstreckt sich nach § 551 Abs 2 ABGB ein Erbverzicht „soweit nichts anderes vereinbart ist“ auch auf den Pflichtteil und auf die Nachkommen. Es ist daher eine Vereinbarung des Übergangs der Pflichtteilsquote auf die Nachkommen nach dem Gesetzeswortlaut ausdrücklich zulässig.

b) Stellungnahme

Es stellt sich nun wieder die Frage, ob die Nachkommen des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten, denen die Pflichtteilsquote des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten zukommt, bei unzureichender Verlassenschaft Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB geltend machen können. Da der Übergang der Pflichtteilsquote aufgrund einer Vereinbarung stattfindet,⁴⁰⁸ kann auch in diesem Zusammenhang wieder argumentiert werden, dass es sich um eine freiwillige Zuwendung des Verstorbenen handelt und der den Nachkommen zustehende Anspruch keinen gesetzlichen Pflichtteil darstellt.⁴⁰⁹ Der Gesetzeswortlaut des § 758 Abs 2 Satz 2 ABGB sowie des § 551 Abs 2 ABGB und die Ausführungen in den Gesetzesmaterialien⁴¹⁰ und in der bereits dargestellten Lit sprechen jedoch für das Vorliegen eines gesetzlichen Pflichtteils.

Im Hinblick auf die Haftung für die auf die Nachkommen des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten übergehende Pflichtteilsquote kann wieder auf den Erhalt einer Abfindung oder anderen Zuwendung des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten abgestellt

⁴⁰⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 24.

⁴⁰⁷ Vgl Barth in Barth/Pesendorfer 170 f; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 758 ABGB Rz 4; Musger in KBB⁷ § 758 ABGB Rz 5; Eccher, Erbrecht⁶ Rz 11/10; nach Pesendorfer, Entstehung des Erbrechts, Erbverzicht, Erbschaftserwerb und Verjährung in Barth/Pesendorfer (Hg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 17 (32) „greift die Zweifelsregel sofern sich kein Parteiwille ermitteln lässt“; krit zur Formulierung als Zweifelsregel unter Hinweis auf die Dispositivnorm des § 551 ABGB äußert sich Kogler, JBl 2016, 613 ff; ebenso Zöchling-Jud in Rabl/Zöchling-Jud 75.

⁴⁰⁸ Vgl Barth in Barth/Pesendorfer 170 f; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 758 ABGB Rz 4; Musger in KBB⁷ § 758 ABGB Rz 5; Eccher, Erbrecht⁶ Rz 11/10; Pesendorfer in Barth/Pesendorfer 32; krit Kogler, JBl 2016, 613 ff; ebenso Zöchling-Jud in Rabl/Zöchling-Jud 75.

⁴⁰⁹ So Kogler, Formvorschriften 88 und 93; ders, EF-Z 2016, 63; Schamberger, NZ 2017, 372 im Hinblick auf die sich durch die Vereinbarung der Hinzurechnung nach § 784 ABGB und den Erlass der Anrechnung nach § 785 ABGB ergebende Erhöhung des Pflichtteilsanspruchs.

⁴¹⁰ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 24.

werden. Hat der Pflichtteilsberechtigte den Verzicht gegen Abfindung abgegeben, oder vom Verstorbenen eine andere hinzu- und anrechenbare Zuwendung erhalten, so kommt ihm nach § 791 Abs 2 ABGB das Recht zu, eine Haftungsbeschränkung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils zu begehren, sofern gegen ihn Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB geltend gemacht werden. Bejaht man nun Haftungsansprüche der an seine Stelle tretenden Nachkommen, so führt das dazu, dass der Stamm des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten im Hinblick auf die auf die Nachkommen übergehende Quote doppelt begünstigt wird.⁴¹¹ Das kann zu Lasten der anderen Pflichtteilsberechtigten gehen, wenn sich bspw der Haftungsumfang der haftenden Geschenknahmer aufgrund einer nicht unredlich herbeigeführten Wertminderung des Geschenks reduziert.

Auch an dieser Stelle kann wieder § 791 Abs 3 ABGB ins Treffen geführt werden, der eine doppelte Geltendmachung von Haftungsbeschränkungen ausschließt, was deutlich macht, dass es aufgrund einer einzigen Pflichtteilsquote nicht zu einer doppelten Begünstigung oder doppelten Belastung kommen soll. Hierfür spricht weiters die bereits oben erwähnte in den Mat⁴¹² enthaltene Äußerung, eine Wirkungserstreckung des Pflichtteilsverzichts auf die Nachkommen ist im Zweifel anzunehmen, zumal der Verzicht in aller Regel „gegen Abfindung“ erfolgt und eine doppelte Belastung des Verstorbenen vermieden werden soll. Steht dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten daher eine Haftungsbeschränkung nach § 791 Abs 2 ABGB zu, so wird man den an seine Stelle tretenden Nachkommen keine Haftungsansprüche nach §§ 789 ff ABGB zugestehen können. Hat er jedoch keine Zuwendung erhalten und kommt für ihn daher eine Geltendmachung einer Haftungsbeschränkung nicht in Frage, steht einer Geltendmachung von Haftungsansprüchen der Nachkommen nichts entgegen. In diesem Fall kann die Pflichtteilsquote des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten entsprechend der vorgesehenen Vereinbarung in vollem Umfang und daher auch mit den damit verbundenen Haftungsansprüchen gem §§ 789 ff ABGB auf die Nachkommen übergehen.⁴¹³

⁴¹¹ Gegen die doppelte Berücksichtigung einer Pflichtteilsquote im Zusammenhang mit der Haftungsfreistellung von Repräsentations- und Anwachsungsberechtigten vgl zB bereits oben *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222; *Musger* in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 3.

⁴¹² ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 24.

⁴¹³ Zur Frage, wie sich ein Pflichtteilsverzicht ohne Wirkung auf die Nachkommen im Hinblick auf die Möglichkeit der Nachkommen Haftungsfreistellungen iSd § 791 Abs 1 ABGB geltend zu machen, auswirkt vgl Kapitel H.IV.5.

H. HAFTUNGSFREISTELLUNGEN UND HAFTUNGSBESCHRÄNKUNGEN

I. Allgemeines

Nachdem bereits dargestellt wurde, mit welchen Bestandteilen seines Vermögens der Geschenknehmer zur Haftung herangezogen werden kann und mit welchem Betrag er grds haftet, sollen in einem weiteren Schritt gesetzlich vorgesehene Haftungsfreistellungen und Haftungsbeschränkungen erörtert werden. Das Gesetz sieht in vielen Fällen Haftungsbeschränkungen oder Haftungsfreistellungen des Geschenknehmers vor. So ist der Empfänger einer Ausstattung gem § 789 Abs 1 Satz 2 ABGB mit dem Wert der Ausstattung ausdrücklich von der Haftung befreit, sofern er auf die Ausstattung nach § 1220 ABGB einen Rechtsanspruch hatte.⁴¹⁴ Weiters haftet der Geschenknehmer gem § 790 Abs 1 ABGB nur mit dem noch vorhandenen Wert der Zuwendung, sofern er den Verlust oder die Wertminderung nicht unredlich zugelassen hat.⁴¹⁵ § 791 ABGB sieht eine Haftungsbeschränkung für den (vorverstorbenen, verzichtenden, ausschlagenden) pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer sowie dessen Erben in Höhe des (hypothetischen) Pflichtteils vor.⁴¹⁶ Die Haftung eines im Zeitpunkt der Schenkung nicht abstrakt pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers ist nach § 792 ABGB ausgeschlossen, wenn der Verstorbene die Schenkung mehr als zwei Jahre vor seinem Tod wirklich gemacht hat.⁴¹⁷ Im Zusammenhang mit diesen festgelegten Haftungsbeschränkungen ergeben sich einige Problemstellungen, die im Folgenden erörtert werden sollen.

II. Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung

1. Gesetzliche Regelungen

a) Haftungsfreistellung nach § 789 Abs 1 Satz 2 ABGB

Gem § 781 Abs 2 Z 1 ABGB ist die Ausstattung eines Kindes den Schenkungen iSd § 781 Abs 1 ABGB gleichgestellt,⁴¹⁸ sodass die Ausstattung ebenfalls den Regelungen über die

⁴¹⁴ Schauer in Barth/Pesendorfer 223; Musger in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; K. Müller/Melzer in Deixler-Hübner/Schauer 90; Rucker, NZ 2016, 90.

⁴¹⁵ Schauer in Barth/Pesendorfer 224; Musger in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 1

⁴¹⁶ Eccher, Erbrechtsreform Rz 195 f; Schauer in Barth/Pesendorfer 225; Musger in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 1 f; K. Müller/Melzer in Deixler-Hübner/Schauer 91.

⁴¹⁷ Musger in KBB⁷ § 792 ABGB Rz 1; K. Müller/Melzer in Deixler-Hübner/Schauer 90.

⁴¹⁸ Schauer in Barth/Pesendorfer 198; krit Zankl in Rabl/Zöchling-Jud 111.

Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil unterliegt und in der Pflichtteilsbemessungsgrundlage enthalten ist. Nach § 789 Abs 1 Satz 2 ABGB ist der Empfänger einer Ausstattung jedoch ausdrücklich von der Haftung für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteile ausgenommen, sofern er darauf einen Anspruch nach § 1220 ABGB hatte.⁴¹⁹ Diese Regelung trägt dem Versorgungscharakter der Ausstattung Rechnung. Zudem soll niemand eine Leistung, auf die er einen Rechtsanspruch hat, ohne damit rechnen zu müssen, wieder herausgeben müssen.⁴²⁰ Es wäre nicht nachvollziehbar, eine Zuwendung, die man aufgrund einer Rechtspflicht erhalten hat, zur Deckung nicht erfüllter Pflichtteilsansprüche wieder herausgeben zu müssen.⁴²¹

Den Mat⁴²² zufolge soll – unter Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 785 und 788 ABGB aF – die bisherige Regelung beibehalten werden. Da die Ausstattung nach der Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 als Vorempfang qualifiziert wurde,⁴²³ haftete der Empfänger der Ausstattung auch nach alter Rechtslage nicht für verkürzte Pflichtteilsansprüche.⁴²⁴ Eine Haftung besteht auch nach neuer Rechtslage nur mit dem Wert der Zuwendung, der den Ausstattungsanspruch übersteigt.⁴²⁵ Krit zu der Aufnahme der Ausstattung in den Katalog der hinzu- und anrechenbaren Zuwendungen gem § 781 ABGB äußert sich *Zankl*.⁴²⁶ Aufgrund der bestehenden Rechtspflicht stelle es einen Systembruch dar, da das Erbrecht etwas rückgängig mache, was familienrechtlich gerechtfertigt wäre. Die Ausstattung solle daher ebenso wenig der Anrechnung unterliegen, wie der Unterhalt,⁴²⁷ da beides bedarfsabhängig sei.

b) Ausstattungsanspruch nach § 1220 ABGB

Gem § 1220 ABGB haben Kinder und Enkelkinder, sofern sie bei ihrer Verheiratung über kein eigenes zu einer angemessenen Ausstattung hinlängliches Vermögen verfügen, einen

⁴¹⁹ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 223; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 90; *Rucker*, NZ 2016, 90; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 213.

⁴²⁰ *Rucker*, NZ 2016, 90. *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 213.

⁴²¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 213.

⁴²² ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 26.

⁴²³ *K. Müller/Melzer*, Erbrechtliche und pflichtteilsrechtliche Konsequenzen der vorweggenommenen Erbfolge in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018) Rz 21; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 198.

⁴²⁴ *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 788 f ABGB Rz 6; *ders*, NZ 1998, 41; *Umlauf*, NZ 1998, 52; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 297 f; *Jud*, AnwBl 2000, 722; *Fischer-Czermak*, NZ 1998, 4; *Rabl*, NZ 1999, 295; *ders*, NZ 2005, 342; *Schauer*, JBl 1980, 454; *Samek*, Pflichtteilsrecht 160.

⁴²⁵ *K. Müller/Melzer* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer² Rz 21; *Rucker*, NZ 2016, 84.

⁴²⁶ *Zankl* in Rabl/Zöchling-Jud 111; ebenso *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 5.

⁴²⁷ Nach *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 163, ist die Ausstattung aufgrund der Einmaligkeit der Leistung eher mit einer Schenkung, die in der Praxis ebenso oftmals eine Versorgungsfunktion erfüllt, als mit wiederkehrenden Unterhaltszahlungen vergleichbar.

Ausstattungsanspruch entsprechend der unterhaltsrechtlichen Grundsätze gegen Eltern oder Großeltern. Ein Bedarf des ausstattungsberechtigten Nachkommen ist gegeben, wenn eigenes nennenswertes Vermögen fehlt. Dabei sind die Lebensverhältnisse der Eltern maßgeblich. Eigenvermögen des Nachkommen ist angemessen zu berücksichtigen.⁴²⁸ Bei der Ermittlung der Höhe des Ausstattungsanspruchs ist auf die Umstände des Einzelfalls Bedacht zu nehmen, wobei von der Rspr ein Ausstattungsanspruch von etwa 20 bis 30 Prozent des Jahresnettoeinkommens des Verpflichteten angenommen wird.⁴²⁹ Da es sich bei der Ausstattung also um eine Rechtspflicht handelt und nicht um eine freiwillige Zuwendung, war es erforderlich, diese ausdrücklich in den Katalog der hinzu- und anrechenbaren Zuwendungen gem § 781 ABGB aufzunehmen, um sie dem Hinzu- und Anrechnungsrecht zu unterwerfen.⁴³⁰

2. Problemstellungen

Die soeben dargestellte Regelung kann als problematisch angesehen werden, da es aufgrund der Haftungsfreistellung womöglich zu einer Ungleichbehandlung bei mehreren pflichtteilsberechtigten Nachkommen des Verstorbenen kommen kann, sofern nicht sämtliche Nachkommen ihren Ausstattungsanspruch geltend gemacht haben.⁴³¹ Es ist daher fraglich, ob eine analoge Anwendung der Bestimmung über die Haftungsfreistellung auf Kinder des Verstorbenen, die keine Ausstattung erhalten haben, angenommen werden kann.

Bejaht man eine analoge Anwendung, so kann weiters die Frage aufgeworfen werden, in welchen Fällen diese zulässig ist. Es kann einerseits im Sinne einer Gleichbehandlung sämtlicher Nachkommen des Verstorbenen eine analoge Anwendung der Haftungsfreistellung nur in Fällen, in denen einer von mehreren Nachkommen eine Ausstattung erhalten hat, angedacht werden, sodass die Haftungsfreistellung allen beschenkten Nachkommen zusteht. Andererseits kann erwogen werden, jedem beschenkten Nachkommen – unabhängig davon, ob einzelne von mehreren Nachkommen des Verstorbenen eine Ausstattung erhalten haben – jedenfalls eine Haftungsfreistellung in Höhe der (fiktiven) Ausstattung zuzugestehen. Bejaht man die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Haftungsfreistellung, stellt sich in diesen

⁴²⁸ *Fucik* in Kletečka/Schauer (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.06} (2022) § 1220 ABGB Rz 10.

⁴²⁹ *Fucik* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.06} § 1220 ABGB Rz 10.

⁴³⁰ *Umlauft*, Hinzu- und Anrechnung² 258.

⁴³¹ *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 12/7; krit zu dieser Ungleichbehandlung *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 95, vgl dazu sogleich unten.

Fällen die Frage in welcher Höhe eine Haftungsfreistellung angenommen werden kann und zu welchem Zeitpunkt der fiktive Ausstattungsanspruch zu berechnen ist.

3. Erweiterung der Haftungsfreistellung

a) *Meinungsstand*

Die bereits dargestellte Problematik stellt nach *Kletečka*⁴³² ein unbefriedigendes Ergebnis dar, da durch diese Regelung ein Kind schlechter behandelt wird, das seinen Ausstattungsanspruch nicht geltend gemacht hat. Hat das Kind den Ausstattungsanspruch nicht geltend gemacht, weil es bereits vor der Verheiratung eine Zuwendung erhalten hat, so kann es nämlich bei unzureichender Verlassenschaft für nicht gedeckte Pflichtteilsansprüche zur Haftung herangezogen werden, während den Geschwistern die Haftungsfreistellung zukommt. Es wird daher von *Kletečka*⁴³³ eine analoge Anwendung der Haftungsbefreiung auf Kinder, die anstelle einer Ausstattung eine Schenkung erhalten haben, vorgeschlagen, was zu einer Art Freibetrag für alle verheirateten oder verpartnerten Kinder führen würde. Zwar seien Schenkungen nicht auf den Ausstattungsanspruch anzurechnen, jedoch werden aufgrund der Schenkung die Bedürfnisse des ausstattungsberechtigten Kindes gemindert.⁴³⁴ Zust zu einer analogen Anwendung der Bestimmung äußert sich *Umlauf*,⁴³⁵ nach dem der Anwendungsbereich der Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung jedoch gering ist, da im Regelfall der (hypothetische) Pflichtteil, in dessen Höhe ebenfalls eine Haftungsfreistellung besteht, höher sein wird als der Ausstattungsanspruch. In Fällen, in denen der Ausstattungsanspruch den Pflichtteilsanspruch übersteigt, könne jedoch lt *Umlauf*⁴³⁶ die von *Kletečka*⁴³⁷ vorgeschlagene analoge Anwendung angenommen werden, sodass auch Kinder, die anstelle der Ausstattung eine Schenkung erhalten haben, die Haftungsfreistellung geltend machen können, was im Ergebnis eine Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung für alle verheirateten und verpartnerten Kinder bedeute.⁴³⁸ Ebenso ist nach *Vaclavek*⁴³⁹ eine analoge

⁴³² *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 95 f.

⁴³³ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 95 f.

⁴³⁴ Vgl dazu auch *Fucik* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1220 ABGB Rz 17; OGH 18.11.2003, 1 Ob 3/04z = EFSlg 104.698.

⁴³⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 214 f.

⁴³⁶ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 214 f.

⁴³⁷ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 95; diesem folgend *Krausler*, Schenkungsanrechnung 229, nach welchem eine Analogie möglich ist, wenn bewiesen werden kann, dass ein Kind den ihm zustehenden Ausstattungsanspruch nicht geltend gemacht, jedoch trotzdem eine Zuwendung vom Verstorbenen erhalten hat.

⁴³⁸ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 214 f.

⁴³⁹ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 129; *dies*, Ausstattung und Pflichtteilsrecht – Die Haftungsbefreiung des Empfängers einer Ausstattung gem § 789 Abs 1 S 2 ABGB, EF-Z 2020, 250 (253).

Anwendung zu bejahen, sofern ohne die erfolgte Schenkung ein Ausstattungsanspruch bestanden hätte.

Hat der Empfänger der Ausstattung auch eine Schenkung erhalten, so ist nach *Umlauf*⁴⁴⁰ eine kumulative Inanspruchnahme beider Haftungsfreistellungen nicht anzunehmen. Vielmehr müsse die Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung auf jene in Höhe des Pflichtteils angerechnet werden. Dieses Ergebnis decke sich auch mit der in § 781 Abs 2 Z 1 ABGB angeordneten Anrechnung der Ausstattung auf den Pflichtteil, die ein Bestehen beider Ansprüche nebeneinander ausschließe. Diesem folgend ist nach *Vaclavek*⁴⁴¹ die jeweils umfassendere Haftungsbeschränkung anzuwenden.

b) Stellungnahme

Diesen Ausführungen im Hinblick auf die Möglichkeit einer analogen Anwendung der Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung ist zu folgen, zumal dadurch der mit dem Hinzu- und Anrechnungsrecht verfolgte Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten verwirklicht wird und dieses Ergebnis wohl auch dem Willen des Verstorbenen entspricht.⁴⁴² Fraglich ist jedoch welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um eine analoge Anwendung bejahen zu können.

4. Anwendungsbereich der analogen Erweiterung der Haftungsfreistellung

a) Allgemeines

Wie bereits dargelegt wurde, wird die Höhe der Ausstattung in den meisten Fällen hinter dem ohnehin dem Zugriff der verkürzten Pflichtteilsberechtigten entzogenen (hypothetischen) Pflichtteil zurückbleiben, sodass die Haftungsbeschränkung in Höhe der Ausstattung nur in seltenen Fallkonstellationen zum Tragen kommen wird. Dies kann mE unter Umständen von Bedeutung sein, wenn der Verstorbene eine Pflichtteilsminderung oder Enterbung angeordnet hat. Aufgrund der Erweiterung der Enterbungsgründe und der Möglichkeit der Pflichtteilsminderung im Zuge des ErbRÄG 2015⁴⁴³ und der damit einhergehenden Erhöhung der Testierfreiheit kann von diesen Möglichkeiten der Entziehung des Pflichtteils nunmehr

⁴⁴⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 214.

⁴⁴¹ *Vaclavek*, EF-Z 2020, 251 f.

⁴⁴² So *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 95.

⁴⁴³ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 2.

vermehrt Gebrauch gemacht werden. Zu beachten ist allerdings, dass bei Vorliegen von Enterbungsgründen bei entsprechend schwerem Fehlverhalten eine Minderung des Ausstattungsanspruchs in Betracht kommt, da in einem solchen Fall auch der Unterhaltsanspruch auf das notdürftige Maß beschränkt werden kann,⁴⁴⁴ was sodann auch zu einer Minderung der Haftungsfreistellung führen würde.

b) Stellungnahme

Es soll nun im Folgenden untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen eine analoge Anwendung angedacht werden kann. Um die Frage, ob eine analoge Anwendung der Haftungsfreistellung nur in Betracht kommt, wenn bloß einem oder einzelnen von mehreren Nachkommen die Haftungsfreistellung zukommt, oder ob von einer generellen analogen Anwendung der Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung auszugehen ist, unabhängig davon, ob diese einem oder einzelnen Nachkommen unter direkter Anwendung des § 789 Abs 1 Satz 1 ABGB zukommt, beantworten zu können, ist zunächst die Frage zu untersuchen, welcher Zweck mit der analogen Anwendung der Bestimmung verfolgt werden soll.

Liegt der analogen Anwendung der Gedanke des Ausgleichs unter den Pflichtteilsberechtigten zugrunde und soll daher eine Gleichbehandlung der Pflichtteilsberechtigten erzielt werden, spricht dieser Umstand dafür, nicht von einer generellen analogen Anwendung der Haftungsfreistellung auszugehen, sondern diese nur anzunehmen, wenn sie einem oder einzelnen von mehreren Nachkommen zukommt, um den entsprechenden Ausgleich zwischen den Nachkommen zu erzielen. Dafür spricht auch die von *Kletečka*⁴⁴⁵ vorgebrachte Kritik, durch diese Regelung werde ein Kind, das seinen Ausstattungsanspruch nicht geltend gemacht hat, im Vergleich zu seinen Geschwistern schlechter behandelt.

Bereits zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 wurde ausgeführt, die Herausgabe eines Vorempfangs, worunter nach § 788 ABGB aF auch die Ausstattung zu subsumieren war, sei aufgrund der in Bezug auf diese Zuwendung bestehenden Verpflichtung des Verstorbenen nicht gerechtfertigt.⁴⁴⁶ Stellt man in Bezug auf die Frage der analogen Anwendung der Haftungsfreistellung auf den Gedanken der bestehenden Rechtspflicht des Verstorbenen ab, so

⁴⁴⁴ Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 1220 ABGB Rz 3.

⁴⁴⁵ Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud 95 f.

⁴⁴⁶ Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 785 ABGB Rz 33.

kann die von *Kletečka*⁴⁴⁷ vorgeschlagene Möglichkeit, eine Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung auch dann zuzulassen, wenn aufgrund einer vom Verstorbenen erhaltenen Schenkung kein Ausstattungsanspruch mehr besteht, gefolgt werden. Dies allerdings nicht nur zum Zwecke des Ausgleichs unter den Pflichtteilsberechtigten in Fällen, in denen einem oder einzelnen von mehreren Nachkommen die Haftungsfreistellung zukommt, sondern immer, wenn aufgrund einer bereits erhaltenen Schenkung kein Ausstattungsanspruch mehr besteht, unabhängig davon, ob andere Pflichtteilsberechtigte eine Haftungsfreistellung aufgrund des geltend gemachten Ausstattungsanspruchs zusteht. In diesen Fällen scheint eine analoge Anwendung angemessen, da gerade aufgrund der Schenkung kein Ausstattungsanspruch besteht. Würde man dem Nachkommen daher, mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 1220 ABGB, die erhaltene Schenkung wieder – bis zur Höhe des (hypothetischen) Pflichtteils – entziehen, wäre das nicht gerechtfertigt. Hat der beschenkte Nachkomme allerdings im Zeitpunkt der Verheleichung oder Verpartnerung bereits eigenes, das Bestehen eines Ausstattungsanspruchs ausschließendes Vermögen erwirtschaftet, soll eine analoge Anwendung der Haftungsfreistellung nicht in Betracht kommen. In diesen Fällen ist nämlich nicht die vor Verheleichung oder Verpartnerung vom Verstorbenen erhaltene Schenkung der Grund für das Nichtbestehen des Ausstattungsanspruchs, sondern das vom Nachkommen selbst erwirtschaftete Vermögen. Die Annahme einer Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung für sämtliche verhelichte und verpartnernde Kinder des Verstorbenen⁴⁴⁸ würde daher zu weit gehen.

Dies führt allerdings wiederum zu einer Ungleichbehandlung von Nachkommen, je nachdem zu welchem Zeitpunkt die Ehe oder eingetragene Partnerschaft eingegangen wurde und ob der Nachkomme zu diesem Zeitpunkt bereits eigenes Vermögen erwirtschaftet hatte. Zudem kommen auch nicht verhelichte oder verpartnernde Nachkommen des Verstorbenen nicht in den Genuss der Haftungsfreistellung. Dieses Ergebnis ist allerdings dem Wesen und Zweck der Ausstattung geschuldet und soll an dieser Stelle nicht näher erörtert werden. Da das Rechtsinstitut der Ausstattung trotz Diskussion über deren Abschaffung im Zuge des FamRÄG 2009 beibehalten wurde,⁴⁴⁹ ist diese Ungleichbehandlung hinzunehmen. Wie bereits dargelegt, wird dieses Problem jedoch in der Praxis kaum Bedeutung haben, da zumeist der Pflichtteil die

⁴⁴⁷ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 95.

⁴⁴⁸ So wie des von *Umlauft*, Hinzu- und Anrechnung² 214 gefordert wird.

⁴⁴⁹ Näher dazu zB *Fucik* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1220 ABGB Rz 18.

Höhe des Ausstattungsanspruchs übersteigen wird und daher ohnehin gem § 791 Abs 1 und 2 ABGB eine Haftungsfreistellung in Höhe des (hypothetischen) Pflichtteils besteht.⁴⁵⁰

5. Höhe der Haftungsfreistellung bei analoger Anwendung

a) Allgemeines

Bejaht man eine analoge Anwendung der Haftungsfreistellung des § 789 Abs 1 Satz 2 ABGB, so kann weiters die Frage aufgeworfen werden, in welcher Höhe diese Haftungsfreistellung besteht. Besteht ein Ausstattungsanspruch, ist eine Leistung erfolgt und diese für die Berechnung der Haftungsfreistellung maßgeblich. In Fällen der analogen Anwendung der Haftungsfreistellung ist eine derartige Zuwendung gerade nicht erfolgt und für die Beurteilung der Höhe der Haftungsfreistellung ein fiktiver Ausstattungsanspruch zu berechnen.

b) Stellungnahme

Eine Berechnung entsprechend der Regelung des § 791 Abs 2 ABGB, welche für die Festlegung der Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils im Falle von vorverstorbenen, verzichtenden oder sich entschlagenden Pflichtteilsberechtigten auf den Todeszeitpunkt abstellt, kommt nicht in Frage, da der Ausstattungsanspruch keine Bezugspunkte zum Todeszeitpunkt aufweist. Auch die Heranziehung einer allfälligen Haftungsfreistellung eines weiteren Pflichtteilsberechtigten scheidet aus, da die jeweiligen Ausstattungsansprüche mehrerer Kinder aufgrund von Änderungen des Einkommens des Verpflichteten sowie der unterschiedlichen Vermögenssituationen der Ausstattungsberechtigten unterschiedlich hoch sein können. Es kann daher ein fiktiver Ausstattungsanspruch des beschenkten Pflichtteilsberechtigten im Zeitpunkt der Verehelichung unter Berücksichtigung des damaligen Jahresnettoeinkommens des Verstorbenen und unter Berücksichtigung seiner eigenen Vermögenssituation – wobei hierbei die vom Verstorbenen erhaltene Schenkung nicht zu berücksichtigen ist – berechnet werden. Diese Vorgehensweise wird jedoch mitunter zu praktischen Schwierigkeiten führen, da die Feststellung der damaligen Vermögens- und Einkommenssituationen oft nur schwer möglich sein wird.

⁴⁵⁰ Zur Anrechnung der Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung auf die Haftungsfreistellung in Höhe des Pflichtteils vgl *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 214; ebenso *Vaclavek*, EF-Z 2020, 251 f.

III. Haftungsinderung bei Verlust oder Wertminderung

1. Gesetzliche Regelung und allgemeine Ausführungen

Eine weitere Regelung, welche auf den Haftungsumfang des Geschenknehmers Einfluss nimmt, ist jene des § 790 Abs 1 ABGB, die Folgendes festlegt:

„Besitzt der Geschenknehmer die zugewendete Sache oder ihren Wert nicht mehr oder hat sich ihr Wert vermindert, so haftet er mit seinem gesamten Vermögen, wenn er diesen Verlust unredlich zugelassen hat.“

Diese Regelung entspricht – mit Ausnahme von sprachlichen Anpassungen – dem § 952 ABGB aF, sodass Lehre und Rspr zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 weiterhin relevant sind.⁴⁵¹ Die Haftung des Beschenkten ist auf die im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs noch vorhandene Bereicherung beschränkt,⁴⁵² wobei jedoch nur die Bereicherung aus der Sache und nicht die Bereicherung aus den Erträgen gemeint ist.⁴⁵³ Hat sich der Wert der Sache verringert, so haftet sie mit dem verbliebenen Wert weiter.⁴⁵⁴ Nach dem Surrogationsprinzip ist die Haftung jedoch nicht nur auf die Höhe des Wertes der zugewendeten Sache beschränkt, sondern besteht auch in Höhe der aus dieser erzielten Bereicherung.⁴⁵⁵ Wird mit der zugewendeten Geldsumme eine Sache angeschafft, die sich noch im Besitz des Geschenknehmers befindet, ist dieser insoweit bereichert, als er sich bei der Anschaffung eigenes Geld ersparte.⁴⁵⁶ Dasselbe muss gelten, wenn der Beschenkte die zugewendete Sache veräußert und aus dem Veräußerungserlös eine Sache anschafft, die sich noch in seinem Besitz befindet.⁴⁵⁷ Besitzt der Geschenknehmer die geschenkte Sache oder den Wert nicht mehr, geht der Anspruch des verkürzten Pflichtteilsberechtigten ins Leere bzw ist im Ausmaß der Wertminderung verkürzt.⁴⁵⁸ Ist der Geschenknehmer als redlich zu qualifizieren, ist daher im

⁴⁵¹ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 224; Eccher, Erbrechtsreform Rz 193.

⁴⁵² Vgl Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 224 mwN; Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 790 ABGB FN 46.

⁴⁵³ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 224.

⁴⁵⁴ Welser, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 2.

⁴⁵⁵ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 224, unter Hinweis auf die Wendung in § 790 ABGB „[...] die geschenkte Sache oder ihren Wert [...]“.

⁴⁵⁶ Parapatits in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁴ §§ 951 f ABGB Rz 14; OGH 29.10.2009, 9 Ob 48/09p = JBl 2010, 235 (Holzner) = EF-Z 2010, 180 (Jaksch-Ratajczak) = iFamZ 2010, 110 = NZ 2010, 307. RIS-Justiz RS0018841, zuletzt OGH 28.04.2010, 3 Ob 240/09d = ÖBA 2010/1641 = RdW 2010, 553 (Info aktuell).

⁴⁵⁷ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 224.

⁴⁵⁸ Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 790 ABGB Rz 11.

Falle der Weggabe der geschenkten Sache kein Haftungsfonds vorhanden. Bei Wertminderung ist ein Haftungsfonds in Höhe des geminderten Wertes der Sache vorhanden.⁴⁵⁹

Sind der Verlust des Geschenks bzw dessen Wertes oder die Wertminderung auf Unredlichkeit des Geschenknehmers zurückzuführen, kann dieser trotz fehlender Bereicherung dennoch zur Haftung herangezogen werden und haftet gem § 790 Abs 1 ABGB in diesem Fall mit seinem gesamten Vermögen. Eine Haftung mit der geschenkten Sache ist im Fall des Verlustes nicht vorgesehen, da sie nicht mehr im Vermögen des Beschenkten vorhanden ist. Im Falle einer Wertminderung haftet der Beschenkte weiterhin mit der geschenkten Sache und für den Differenzbetrag greift die persönliche Haftung.⁴⁶⁰ Der Beschenkte haftet also grds nur mit der geschenkten Sache. Geht die geschenkte Sache jedoch verloren, besteht keine Sachhaftung mehr. Im Falle einer Wertminderung verringert sich der Haftungsfonds. Ist der Verlust oder die Wertminderung auf Unredlichkeit des Geschenknehmers zurückzuführen, so tritt an die Stelle der „verlorenen Sachhaftung“ die persönliche Haftung des Beschenkten.⁴⁶¹ Eine Haftungsfreistellung ist anzunehmen, soweit die zugewendete Sache verbraucht, vernichtet, dem Geschenknehmer entzogen, von ihm unentgeltlich oder entgeltlich, bei nachfolgendem Verbrauch des dafür erhaltenen Erlöses, veräußert wurde oder in sonstiger Weise übertragen wurde. Voraussetzung ist jedoch jedenfalls, dass der Geschenknehmer im Zeitpunkt der Weitergabe bzw des Verbrauchs der Sache redlich war.⁴⁶²

Es ist klar zwischen der vorhandenen Bereicherung im Falle des Vorhandenseins des Geschenks einerseits sowie Unredlichkeit bei Verlust (Wegfall der Bereicherung) zu differenzieren. Ist die geschenkte Sache noch vorhanden, greift die Haftung nach § 789 Abs 3 ABGB unabhängig davon, ob Gutgläubigkeit zu bejahen ist. Ein Abstellen auf § 791 ABGB ist in diesem Fall nicht erforderlich. Erst im Falle des Sachverlustes bzw einer Wertminderung stellt sich die Frage der Gutgläubigkeit.⁴⁶³ Eine Haftung des Dritten, an den das Geschenk weitergegeben wurde, ist jedoch zu verneinen. Gegen diesen steht dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten das Instrument der Schenkungsanfechtung zur Verfügung.⁴⁶⁴

⁴⁵⁹ *Walch*, NZ 2022, 38.

⁴⁶⁰ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 2; *Walch*, NZ 2022, 38.

⁴⁶¹ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 6.

⁴⁶² *Umlauft*, Hinzu- und Anrechnung² 227; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 34; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 7.

⁴⁶³ *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 12.

⁴⁶⁴ *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 7; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 90.

2. Problemstellungen

Aufgrund der obigen Ausführungen wird deutlich, dass es bei Verlust oder Wertminderung der geschenkten Sache für die Beurteilung, ob eine persönliche Haftung des Beschenkten anzunehmen ist, oder ob ihm die Haftungsbeschränkung des § 790 Abs 1 ABGB zugutekommt, von entscheidender Bedeutung ist, ob dem Beschenkten Unredlichkeit vorgeworfen werden kann. An dieser Stelle ist daher die Frage zu behandeln, in welchen Fällen von Unredlichkeit des Beschenkten auszugehen ist. Nach bisheriger Rspr und Lit zur alten Rechtslage ist Unredlichkeit anzunehmen, wenn man mit einer Verkürzung der Pflichtteilsberechtigten rechnen musste, wobei schon leichte Fahrlässigkeit schadet.⁴⁶⁵ Unredlichkeit wird jedenfalls dann angenommen, wenn die Veräußerung dem Zweck der Verletzung von Pflichtteilsansprüchen dient⁴⁶⁶ oder wenn die Weitergabe nach Zustellung der Klage erfolgt.⁴⁶⁷

Nach den Gesetzesmaterialien zum ErbRÄG 2015⁴⁶⁸ soll nunmehr zur Beurteilung der Redlichkeit eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Redlichkeit wird ausweislich der Mat⁴⁶⁹ etwa dann anzunehmen sein, wenn der Geschenknnehmer die Sache veräußern musste, um mit dem Erlös sein Unternehmen zu sanieren. Diese Annahme wurde in der Lit⁴⁷⁰ jedoch häufig kritisiert, was im Folgenden näher erläutert wird. Zudem stellt sich die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Haftungsfonds eines unredlichen Geschenknnehmers zu ermitteln ist. Weiters ist zu prüfen, inwieweit das Ersparen von Aufwendungen aus eigenem Vermögen aufgrund eines zugewendeten Geldbetrages eine Haftung des redlichen Geschenknnehmers begründen kann.

⁴⁶⁵ Vgl zB OGH 29.10.2009, 9 Ob 48/09p = JBl 2010, 235 (Holzner) = EF-Z 2010, 180 (Jaksch-Ratajczak) = iFamZ 2010, 110 = NZ 2010, 307; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 308; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 32; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 12; *Musger* in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 Rz 7; jeweils mwN.

⁴⁶⁶ Vgl zB *Parapatits* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁴ §§ 951 f ABGB Rz 16; vgl auch *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225 mwN; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 3; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 12; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 7; jeweils mwN.

⁴⁶⁷ Vgl zB *Parapatits* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁴ §§ 951 f ABGB Rz 16; vgl auch *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225 mwN; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 32; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 12; jeweils mwN.

⁴⁶⁸ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

⁴⁶⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

⁴⁷⁰ zB *Rabl*, NZ 2015, 342 f; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 3; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 33; *Musger* in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 7; *Rucker*, NZ 2016, 90; nach *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225, stellt die Verwendung der geschenkten Sache zur Sanierung eines Unternehmens eine unredliche Umschichtung des Vermögens dar.

3. Vorliegen von Unredlichkeit

a) Meinungsstand

Zu den soeben dargestellten Ausführungen in den Mat,⁴⁷¹ wonach von Redlichkeit auszugehen ist, wenn der Geschenknehmer die Sache veräußern musste, um mit dem Erlös sein Unternehmen zu sanieren, hat sich ua *Rabl*⁴⁷² krit geäußert. Nach diesem ist den Ausführungen in den Mat zufolge eine Billigkeitsprüfung der Dispositionen des Geschenknehmers durchzuführen, für die im Gesetz keine Fundierung bestehe. In der Lit⁴⁷³ wird entgegen der soeben zitierten Ausführungen in den Mat⁴⁷⁴ die Ansicht vertreten, der Geschenknehmer sei nicht als redlich anzusehen, wenn er mit der Inanspruchnahme rechnen musste und die geschenkte Sache zur Sanierung seines Unternehmens verwendet hat. Nach *Musger*⁴⁷⁵ soll nun ausweislich der Mat eine Interessenabwägung stattfinden. Dies ergebe sich jedoch nicht aus dem gleich gebliebenen Gesetzeswortlaut. Gegen eine Änderung der Beurteilung der Redlichkeit im Vergleich zur alten Rechtslage spreche auch die mit einer Interessenabwägung einhergehende erhebliche Rechtsunsicherheit.

b) Stellungnahme

Der hA folgend soll Unredlichkeit – und somit eine persönliche Haftung des Geschenknehmers – immer dann angenommen werden, wenn dieser im Zeitpunkt des Verbrauchs oder der Weitergabe der geschenkten Sache mit der Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen und damit einhergehend mit einer Haftung gem §§ 789 ff ABGB rechnen musste.⁴⁷⁶ Der Beweggrund des Geschenknehmers, der dazu geführt hat, dass sich die geschenkte Sache nicht mehr in seinem Besitz befindet, ist entsprechend den obigen Ausführungen unbeachtlich, sodass es bei der Beurteilung, ob Unredlichkeit gegeben ist, nicht zu einer Interessenabwägung kommen soll.

⁴⁷¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36 unter Hinweis auf *Umlauf*, 17. ÖJT II/2, 142, der noch zwischen „Unredlichkeit“ und „mit Pflichtteilsansprüchen rechnen müssen“ unterscheidet.

⁴⁷² *Rabl*, NZ 2015, 342 f.

⁴⁷³ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 3; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkileh, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 33; *Musger* in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 7; *Rucker*, NZ 2016, 90; nach *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225, stellt die Verwendung der geschenkten Sache zur Sanierung eines Unternehmens eine unredliche Umschichtung des Vermögens dar.

⁴⁷⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

⁴⁷⁵ *Musger* in KBB⁷ § 790 Rz 1.

⁴⁷⁶ Der hA folgend auch *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 143, die eine Haftung auch im Falle des zufälligen Untergangs der geschenkten Sache bejaht, da der Beschenkte nach dieser als unredlich anzusehen ist, wenn er mit einer Inanspruchnahme durch Pflichtteilsberechtigte rechnen musste.

Dass Unredlichkeit nur anzunehmen ist, wenn der Geschenknnehmer mit einer Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen rechnen musste, wird auch aufgrund der nachfolgend angeführten Entscheidung des OGH deutlich. In einer kürzlich ergangenen Entscheidung hat der OGH⁴⁷⁷ ausgesprochen, der Geschenknnehmer sei bei der Weitergabe der Liegenschaften redlich gewesen, wenn dieser aufgrund der Auskünfte des Verstorbenen und der Beurteilung der bei den jeweiligen Schenkungen involvierten Notare darauf vertrauen habe können, dass die Pflichtteilsansprüche des Pflichtteilsberechtigten bereits durch zu Lebzeiten des Verstorbenen erhaltene Schenkungen gedeckt seien. Er hätte daher nicht mit einer erfolgversprechenden Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen rechnen müssen.⁴⁷⁸ Es wird daher deutlich, dass der Geschenknnehmer bei der Weitergabe der geschenkten Sache als redlich anzusehen ist, wenn er nicht mit Pflichtteilsansprüchen rechnen musste.⁴⁷⁹

In Anlehnung an diese Rspr kann auch auf den Fall Bedacht genommen werden, dass der Geschenknnehmer das Geschenk vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 weitergegeben hat. Hat der Verstorbene nach der betreffenden Schenkung noch weitere Schenkungen gemacht, so musste der zuvor Beschenkte in Kenntnis der nachfolgenden Schenkungen und im Vertrauen auf die im Zeitpunkt der Weitergabe noch geltende alte Rechtslage, nach welcher noch eine primäre Haftung des zuletzt Beschenkten vorgesehen war,⁴⁸⁰ unter Umständen – abhängig von den Werten der jeweiligen Schenkungen – nicht mit einer Haftung für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteilsansprüche rechnen. Es kann daher mE erwogen werden, im Fall des Vertrauens auf die alte Rechtslage und einer dahingehend erfolgten Beratung in bestimmten Fällen eine redliche Weitergabe des Geschenks anzunehmen und somit eine persönliche Haftung des Geschenknnehmers abzulehnen.

⁴⁷⁷ OGH 27.06.2023, 2 Ob 105/23i = NZ 2023, 401.

⁴⁷⁸ Vgl jedoch auch *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 3, wonach die (irrtümliche) Meinung des Beschenkten, dass die Pflichtteilerhöhung im Nachlass Deckung finden würde, die Unredlichkeit nicht ausschließt.

⁴⁷⁹ Vgl hierzu auch die Ansicht des OGH, wonach der Beschenkte etwa dann unredlich ist, wenn er das Geschenk an einen Dritten weitergegeben hat, obwohl er nach den Umständen mit einer künftigen Schenkungsanfechtung eines Pflichtteilsberechtigten hätte rechnen müssen, RIS-Justiz RS0012958, zuletzt OGH 27.06.2023, 2 Ob 105/23i = NZ 2023, 401.

⁴⁸⁰ Siehe hierzu die Ausführungen in Kapitel E.II.

4. Zeitpunkt der Wertermittlung bei Unredlichkeit

a) *Meinungsstand*

Nachdem behandelt wurde, wann von Unredlichkeit des Geschenknehmers auszugehen ist, stellt sich weiters die Frage, zu welchem Zeitpunkt der Haftungsfonds eines unredlichen Geschenknehmers zu ermitteln ist. Nach der überwiegenden Ansicht in der Lit⁴⁸¹ haftet der Geschenknehmer in diesem Fall mit dem vollen Wert, den die Sache jetzt hätte, wenn sie noch in seinem Besitz wäre. Da, solange die Sache vorhanden ist, nur mit dieser gehaftet wird, kann damit höchstens Exekution in die Sache und somit der Verlust ihres Wertes drohen, sodass auch bei Verlust der Sache kein besonderer Vorteil für den Pflichtteilsberechtigten bzw kein besonderer Nachteil für den Beschenkten eintreten darf.⁴⁸² Dies gilt auch dann, wenn der Geschenknehmer in unredlicher Weise den Wert der geschenkten Sache über die gewöhnliche Abnutzung hinaus verschlechtert hat oder den Wert durch rechtliche Verfügungen (wie zB durch Verpfändung oder Belastung mit einer Dienstbarkeit) gemindert hat.⁴⁸³

AA ist jedoch *Walch*.⁴⁸⁴ Nach diesem ist für die Ermittlung der Haftungsgrenze des Geschenknehmers bei unredlicher Weggabe der Sache ohne Gegenleistung, bzw bei Nichtvorhandensein eines an die Stelle der geschenkten Sache tretenden Wertes, die Haftung mit dem Wert der Sache begrenzt, den sie im Zeitpunkt der Weggabe hatte. Auf nachfolgende Wertentwicklungen sei nicht Bedacht zu nehmen. Wurde der Wert der geschenkten Sache lediglich gemindert, komme es auf die tatsächliche Wertminderung an.

b) *Stellungnahme*

In diesem Zusammenhang ist mE insb auf die Ausführungen *Welsers* Bedacht zu nehmen. Nach diesem soll der Verlust der Sache bei Unredlichkeit für den Geschenknehmer kein besonderer Nachteil und für den Pflichtteilsberechtigten kein besonderer Vorteil sein.⁴⁸⁵ Der unredliche Verlust der geschenkten Sache sowie deren unredliche Wertminderung sollte

⁴⁸¹ *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 307 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 224 f; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 7; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 12; *Musger* in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 7; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 136.

⁴⁸² *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 7.

⁴⁸³ *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 308; *Parapatits* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁴ §§ 951 f ABGB Rz 16; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225.

⁴⁸⁴ *Walch*, NZ 2022, 33.

⁴⁸⁵ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 7.

daher auf die Höhe des dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten zur Verfügung stehenden Haftungsfonds keinen Einfluss haben, denn auch bei Vorhandensein der geschenkten Sache im Vermögen des Geschenknehmers wird bei der Wertermittlung auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs abgestellt.⁴⁸⁶ Aufgrund der obigen Ausführungen ist mE der Ansicht zu folgen, nach welcher auf den Wert der Sache abzustellen ist, den diese im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs gegen den Geschenknehmer hätte.⁴⁸⁷

5. Verwendung des Geschenks zur Schuldentilgung

a) Meinungsstand

Eine weitere Problematik in diesem Zusammenhang ist jene, dass der Beschenkte die geschenkte Sache zur Schuldentilgung verwendet und dieser jedoch nach Verwendung der geschenkten Sache zur Schuldentilgung zur Deckung von Pflichtteilsansprüchen herangezogen werden soll. Die Frage, inwieweit das Ersparen von Aufwendungen aus eigenem Vermögen aufgrund eines zugewendeten Geldbetrages eine Haftung des redlichen Geschenknehmers begründen kann, ist nicht eindeutig geklärt.⁴⁸⁸ Der OGH hat in einer Entscheidung⁴⁸⁹ die Verwendung der geschenkten Sache zur Schuldentilgung einem Verbrauch der Sache gleichgestellt. Diese Entscheidung wird von *Jaksch-Ratajczak*⁴⁹⁰ kritisiert, da nach diesem bei der Verwendung des geschenkten Geldbetrages zur Schuldentilgung das Vermögen des Beschenkten nicht verringert wird, zumal sich das Aktivvermögen und der Schuldenstand des Beschenkten im selben Ausmaß verringern und somit der Vermögensstand unverändert bleibt. Es ist somit noch eine Bereicherung vorhanden. Eine Haftung ist insb dann gegeben, wenn der Geschenknehmer eigenes Vermögen zur Schuldentilgung gehabt hätte.⁴⁹¹ Nach *Holzner*⁴⁹² ist eine Haftung abzulehnen, wenn die mit dem Kredit angeschaffte Sache nicht mehr im

⁴⁸⁶ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel F.IV.

⁴⁸⁷ Vgl *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 307 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 224 f; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 7, *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 12; *Musger* in KBB⁷ § 790 Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 7; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 136.

⁴⁸⁸ *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 2.

⁴⁸⁹ OGH 29.10.2009, 9 Ob 48/09p = JBl 2010, 235 (Holzner) = EF-Z 2010, 180 (Jaksch-Ratajczak) = iFamZ 2010, 110 = NZ 2010, 307.

⁴⁹⁰ *Jaksch-Ratajczak*, Pflichtteilsverkürzung durch Schuldentilgung mit Geldgeschenken? Anmerkungen zu OGH 9 Ob 48/09p, EF-Z 2010, 180 (181 ff); diesem folgend *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 224; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 11; einschränkend *Holzner*, Kein Pflichtteilsergänzungsanspruch bei redlicher Verwendung des Geschenks zur Schuldentilgung, OGH 29.10.2009, 9 Ob 48/09p, JBl 2010, 235 (236 f); offenlassend *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 2.

⁴⁹¹ *Holzner*, JBl 2010, 236; zust *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 137.

⁴⁹² *Holzner*, JBl 2010, 236.

Vermögen des Geschenknehmers vorhanden ist. *Vaclavek*⁴⁹³ geht noch etwas weiter und bejaht eine Bereicherung und eine damit einhergehende Haftung des Geschenknehmers selbst dann, wenn die belastete Sache nicht mehr im Vermögen des Beschenkten vorhanden ist. IE besteht in diesem Fall immer noch ein Vermögensvorteil des Beschenkten, da sich dieser bei der Schuldentilgung eigenes Vermögen bzw die Aufnahme eines Kredites ersparte.

Nach *Umlauf*⁴⁹⁴ ist im Fall der Verwendung des Geschenks zur Sanierung eines Unternehmens, unter Hinweis auf die oben dargestellte Ansicht von *Jaksch-Ratajczak*,⁴⁹⁵ eine Umschichtung des Vermögens des Geschenknehmers anzunehmen. Durch die Schenkung einer Liegenschaft findet nach *Umlauf*⁴⁹⁶ eine Vermehrung der Aktivseite des Vermögens des Geschenknehmers statt. Im Falle des Verkaufs der geschenkten Liegenschaft wird die Liegenschaft durch das Surrogat, nämlich den Verkaufserlös, ersetzt. Wird dieser nun zur Tilgung von Schulden eines Unternehmens verwendet, werde der Vermögensstand nicht verändert, da sich die Aktiv- und Passivseite im Vermögen des Geschenknehmers im selben Umfang reduzieren. Es ist daher nach *Umlauf*⁴⁹⁷ nicht von einem Verbrauch der Sache auszugehen, da sich der Wert der Schenkung rechnerisch noch im Vermögen des Geschenknehmers befinde. Auch wenn der Geschenknehmer mit Pflichtteilsansprüchen rechnen musste, sei er im Falle des Scheiterns der Unternehmenssanierung nicht als unredlich anzusehen, zumal er lediglich von einer Umschichtung des Vermögens ausgegangen sei.

b) Stellungnahme

Folgt man der soeben dargestellten Ansicht *Jaksch-Ratajczaks*⁴⁹⁸ und *Umlaufs*,⁴⁹⁹ nach der bei Verwendung des Geschenks zur Schuldentilgung nicht von einem Verbrauch der Sache auszugehen ist, hat das zur Folge, dass die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 790 Abs 1 ABGB nicht vorliegen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass sich die Sache bzw das Surrogat noch in voller Höhe im Vermögen des Geschenknehmers befindet und kein Fall des Verlustes oder der Wertminderung vorliegt. Es greift daher die Bestimmung des § 789 ABGB, nach der bei Vorhandensein des Geschenks im Vermögen des Beschenkten die Haftung des betreffenden Geschenknehmers jedenfalls zu bejahen ist. Die Frage, ob der Geschenknehmer

⁴⁹³ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 138.

⁴⁹⁴ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225 f.

⁴⁹⁵ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2010, 181.

⁴⁹⁶ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225 f.

⁴⁹⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225 f.

⁴⁹⁸ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2010, 181 ff.

⁴⁹⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225 f.

bei der Verwendung des Geschenks zur Schuldentilgung redlich oder unredlich war, stellt sich in diesem Fall nicht, da diese Unterscheidung nur bei Anwendbarkeit des § 790 Abs 1 ABGB relevant ist, sodass nunmehr auch bei redlicher Verwendung des Geschenks zur Schuldentilgung die Haftung nach § 789 ABGB zu bejahen ist.

Zwar befindet sich nach dieser Ansicht der Wert des Geschenks in Form der Verringerung der Schulden noch im Vermögen des Geschenknehmers, was keine Verringerung des Gesamtvermögens bedeutet, mangels Vorliegens eines entsprechenden Aktivums ist jedoch kein Haftungsfonds im Vermögen des Geschenknehmers vorhanden, sodass auch bei Redlichkeit des Geschenknehmers eine persönliche Haftung angenommen werden müsste, denn weder die geschenkte Sache selbst noch der an diese Stelle tretende Wert stehen dem Geschenknehmer als Haftungsfonds zur Deckung der gegen ihn bestehenden Pflichtteilsansprüche zur Verfügung. Es sollte mE daher die Verwendung der geschenkten Sache zur Schuldentilgung einem Verbrauch der Sache gleichgestellt werden und die Anwendbarkeit des § 791 Abs 1 ABGB begründen. Dies hätte eine persönliche Haftung des Geschenknehmers nur bei Unredlichkeit zur Folge.

IV. Haftungsfreistellung für pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer

1. Gesetzliche Regelung

Nachdem in den obigen Ausführungen die Haftungsbeschränkung des redlichen Geschenknehmers im Falle des Verlustes oder der Wertminderung der geschenkten Sache bzw des an deren Stelle tretenden Wertes gem § 790 Abs 1 ABGB und weiters die Haftungsfolgen bei Vorliegen von Unredlichkeit des Geschenknehmers erörtert wurden, sollen in einem weiteren Schritt Haftungsfreistellungen bzw Haftungsbeschränkungen von pflichtteilsberechtigten Geschenknehmern dargestellt werden.

In § 791 ABGB finden sich Haftungsfreistellungen bzw Haftungsbeschränkungen für pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer. So haftet der pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer nach Abs 1 nur mit dem Betrag, der über den ihm bei Berücksichtigung der hinzuzurechnenden Schenkung zustehenden Pflichtteil hinausgeht. Abs 2 ordnet eine Haftungsfreistellung in der Höhe des hypothetischen Pflichtteils im Falle von Vorversterben des Geschenknehmers, eines Pflichtteilsverzichts oder einer Ausschlagung der Erbschaft an. In Abs 2 wird weiters festgelegt, dass die Schenkung selbst dann hinzuzurechnen ist, wenn die Anrechnung auf den Pflichtteil

erlassen wurde. § 791 Abs 3 ABGB verhindert die doppelte Berücksichtigung einer Pflichtteilsquote indem festgelegt wird, dass ein Anwachsungs- oder Repräsentationsberechtigter eine Haftungsbeschränkung nicht geltend machen kann, sofern der Geschenknehmer oder dessen Erbe eine Haftungsbeschränkung bereits geltend gemacht hat.⁵⁰⁰

2. Problemstellungen

Bei genauerer Untersuchung der in § 791 ABGB enthaltenen Bestimmungen ergeben sich einige Fragestellungen, die im Folgenden erörtert werden. Zunächst stellt sich die Frage, wie sich Vereinbarungen zwischen dem Verstorbenen und dem pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer auf den Haftungsumfang auswirken. So kann nach § 784 ABGB die Hinzurechnung einer grds von der Hinzu- und Anrechnung ausgenommenen Schenkung oder nach § 785 ABGB der Erlass der Anrechnung einer Schenkung vereinbart werden. Gem § 758 Abs 2 Satz 2 ABGB⁵⁰¹ kann bei Abschluss eines Pflichtteilsverzichts vereinbart werden, dass sich dieser nicht auf die Nachkommen des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten erstreckt. Weiters kann ein Pflichtteilsverzicht gem § 760 Abs 1 ABGB⁵⁰² aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung zwischen dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten und dem Verstorbenen eine Quotenerhöhung der übrigen Pflichtteilsberechtigten zur Folge haben. Fraglich ist, welchen Einfluss diese Vereinbarungen auf die Haftungsfreistellung des pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers haben. Weiters ist der Einfluss der in § 778 Abs 2 Satz 2 ABGB gesetzlich festgelegten Verzinsung des Pflichtteils auf die Haftungsfreistellung zu behandeln.

Hinsichtlich der Haftungsfreistellung für den verzichtenden Pflichtteilsberechtigten in Höhe des hypothetischen Pflichtteils ist zu untersuchen, zu welchem Zeitpunkt dieser zu berechnen ist. Eine weitere Frage, die an dieser Stelle erörtert werden soll, ist der genaue

⁵⁰⁰ *Musger* in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 3; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 91; nach *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222 ist die Bestimmung dahingehend zu verstehen, dass es nicht darauf ankommt, dass der Geschenknehmer bzw dessen Erbe die Haftungsbeschränkung bereits geltend gemacht hat. Vielmehr sei darauf abzustellen, ob ihnen eine Haftungsbeschränkung zusteht. Dies ist auch den Ausführungen in den Gesetzesmaterialien zu entnehmen: „[...] als dieses Recht nicht vom Geschenknehmer selbst oder von seinem Erben konsumiert wurde bzw wird.“ Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵⁰¹ § 785 Abs 2 S 2 ABGB sieht vor, dass sich ein Pflichtteilsverzicht „im Zweifel“ nicht auf die Nachkommen des Verzichtenden erstreckt. Die Wortfolge „im Zweifel“ ist jedoch im Sinne von „sofern keine anderslautende Vereinbarung getroffen wurde“ zu verstehen, vgl hierzu zB die Ausführungen in ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 24, sowie für weitere Literaturnachweise Kapitel G.IV.3.

⁵⁰² § 760 Abs 1 ABGB sieht vor, dass ein Pflichtteilsverzicht im Zweifel nicht die Pflichtteile der übrigen Pflichtteilsberechtigten erhöht. Die Wortfolge „im Zweifel“ ist auch in diesem Zusammenhang im Sinne von „sofern keine anderslautende Vereinbarung getroffen wurde“ zu verstehen, vgl hierzu zB die Ausführungen in ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 25, sowie für weitere Literaturnachweise Kapitel G.IV.2.

Regelungsgehalt des § 791 Abs 2 ABGB, der festlegt, dass die Schenkung selbst dann hinzuzurechnen ist, wenn die Anrechnung auf den Pflichtteil erlassen wurde. Weiters kann die Frage aufgeworfen werden, weshalb eine derartige Bestimmung in Abs 1, der die Haftungsfreistellung für den konkret Pflichtteilsberechtigten regelt, keinen Niederschlag gefunden hat. Im Hinblick auf § 791 Abs 3 ABGB soll weiters untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen ein Anwachsungs- oder Repräsentationsberechtigter eine Haftungsfreistellung geltend machen kann.

3. Haftungsfreistellung für konkret Pflichtteilsberechtigte nach § 791 Abs 1 ABGB

a) Allgemeines

Zunächst sollen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Haftungsfreistellung für konkret Pflichtteilsberechtigte erörtert werden. § 791 Abs 1 ABGB legt Folgendes fest:

„Ein pflichtteilsberechtigter Geschenknnehmer (§ 758) haftet einem anderen verkürzten Pflichtteilsberechtigten nur insoweit, als er infolge der Schenkung mehr als den ihm bei Berücksichtigung der hinzuzurechnenden Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten hat.“

Durch diese Bestimmung soll daher sichergestellt werden, dass der beschenkte Pflichtteilsberechtigte trotz der bestehenden Haftung jedenfalls seinen Pflichtteil erhält und durch die Schenkung nicht schlechter gestellt wird, als ohne Schenkung.⁵⁰³ Zu berechnen ist der erhöhte Pflichtteil, der sich unter Hinzurechnung aller zu berücksichtigenden Schenkungen ergibt.⁵⁰⁴ Es wird dadurch ein vermögensrechtlicher Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten erzielt.⁵⁰⁵ Um die Haftungsfreistellung ermitteln zu können, ist zu berechnen, wie hoch der Pflichtteil des Beschenkten wäre, wobei kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 791 Abs 1 ABGB hinzuzurechnende Schenkungen zu berücksichtigen sind. Die Schenkung an den betreffenden Pflichtteilsberechtigten ist jedenfalls dann hinzuzurechnen, wenn ihm die Anrechnung auf den Pflichtteil nicht erlassen wurde.⁵⁰⁶ Die Haftung des Beschenkten besteht nur in jener Höhe, in der die erhaltene Schenkung den

⁵⁰³ Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud 109.

⁵⁰⁴ Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 791 ABGB Rz 2.

⁵⁰⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37 unter Hinweis auf Welser in FS Kralik 588 ff; Musger in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 1.

⁵⁰⁶ Musger in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 1; zur Frage der Berücksichtigung von Schenkungen an den betreffenden Pflichtteilsberechtigten, wenn ihm die Anrechnung auf den Pflichtteil erlassen wurde, vgl sogleich unten.

ihm zustehenden Pflichtteil übersteigt.⁵⁰⁷ Die Haftungsfreistellung in Höhe des Pflichtteils besteht unabhängig von einer Redlichkeit des Beschenkten.⁵⁰⁸

Es wurde bereits an anderer Stelle der Einfluss verschiedener Vereinbarungen zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer auf die Haftung des Geschenknehmers behandelt.⁵⁰⁹ Es ging hierbei um die Frage, in welchem Ausmaß der Geschenknehmer für durch derartige Vereinbarungen erhöhte Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten zur Haftung herangezogen werden kann, somit ob es sich bei den durch die Vereinbarungen bewirkten erhöhten Ansprüchen um Pflichtteilsansprüche handelt, die eine Haftung des Geschenknehmers begründen. In diesem Kapitel soll nun der umgekehrte Fall dargestellt werden, nämlich in welchem Ausmaß der pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer, dessen Anspruch sich aufgrund der soeben genannten Vereinbarungen erhöht hat, von einer Haftung für die Pflichtteilsansprüche anderer Pflichtteilsberechtigter befreit ist, wenn die erhaltene Schenkung höher ist, als der erhöhte Anspruch.

Die in § 784 ABGB vorgesehene Möglichkeit der Vereinbarung einer Hinzurechnung einer grds von der Hinzu- und Anrechnung ausgenommenen Schenkung führt zu einer Erhöhung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage und somit zu einer Erhöhung der Pflichtteilsansprüche.⁵¹⁰ Ähnlich verhält es sich im Hinblick auf § 785 ABGB, der den Erlass der Anrechnung einer grds anrechenbaren Schenkung vorsieht.⁵¹¹ Da sich der Geschenknehmer die erhaltene Schenkung auf seinen Pflichtteil nicht anrechnen lassen muss, kann er den gesamten Pflichtteil im Verlassenschaftsverfahren geltend machen, obwohl er bereits eine Zuwendung vom Verstorbenen erhalten hat. Eine Einschränkung ist lediglich in § 785 Satz 2 ABGB vorgesehen, indem festgelegt wird, dass im Fall des Erlasses der Anrechnung die betreffende Schenkung bei der Ermittlung des Pflichtteils des beschenkten Pflichtteilsberechtigten nicht hinzuzurechnen ist.

⁵⁰⁷ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 109; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 195; *Schamberger*, NZ 2017, 374; *Musger* in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 1; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 791 ABGB Rz 1; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 91; *dies* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer² Rz 67.

⁵⁰⁸ *Musger* in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 1; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 781 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 791 ABGB Rz 2.

⁵⁰⁹ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel G.

⁵¹⁰ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel G.II; nach aA handelt es sich bei der durch die Vereinbarung bewirkten Erhöhung des Anspruchs um keinen gesetzlichen Pflichtteil, vgl *Kogler*, Formvorschriften 88; *ders*, EF-Z 2018, 192 FN 28; diesem folgend auch *Schamberger*, NZ 2017, 372.

⁵¹¹ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel G.III; nach aA handelt es sich bei der durch die Vereinbarung bewirkten Erhöhung des Anspruchs um keinen gesetzlichen Pflichtteil vgl *Kogler*, Formvorschriften, 91 ff; *ders*, EF-Z 2016, 63; *ders*, EF-Z 2018, 192 FN 30; diesem folgend *Schamberger*, NZ 2017, 373.

Weiters ordnet § 758 Abs 2 Satz 2 ABGB an, dass sich ein Pflichtteilsverzicht im Zweifel auch auf die Nachkommen des Verzichtenden erstreckt. Dies gilt jedoch nur dann, wenn zwischen dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten und dem Verstorbenen nicht etwas anderes vereinbart wurde.⁵¹² Gem § 760 Abs 1 ABGB erhöht ein Pflichtteilsverzicht im Zweifel auch nicht die Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten. Ausweislich der Mat⁵¹³ ist die Wortfolge „im Zweifel“ auch in diesem Zusammenhang im Sinne von „sofern keine anderslautende Vereinbarung“ getroffen wurde, zu verstehen.⁵¹⁴

In weiterer Folge soll untersucht werden, welchen Einfluss derartige Vereinbarungen auf die Höhe der Haftungsfreistellung des pflichtteilsberechtigten Geschenknemers haben.⁵¹⁵

b) Erlass der Anrechnung

aa) Allgemeine Ausführungen und Problemstellung

§ 791 Abs 2 regelt unter anderem die Haftungsfreistellung für nicht (mehr) konkret Pflichtteilsberechtigte. Weiters wird in Satz 2 der Bestimmung festgelegt, dass die Schenkung selbst dann hinzuzurechnen ist, wenn die Anrechnung auf den Pflichtteil erlassen wurde. Nach den Erläuterungen zum ErbRÄG 2015⁵¹⁶ führt dies zu einer Erhöhung des Pflichtteils und zu einer Erhöhung der Haftungsbefreiung.⁵¹⁷ Eine entsprechende Anordnung ist in § 791 Abs 1 ABGB, der die Haftungsfreistellung des konkret Pflichtteilsberechtigten regelt, nicht vorgesehen, was die Frage einer analogen Anwendung aufwirft. § 785 ABGB, der die Ermittlung des Pflichtteils bei der aktiven Pflichtteilsverfolgung regelt, schließt die Berücksichtigung der Schenkung bei der Ermittlung des Pflichtteils des beschenkten

⁵¹² Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 24; *Barth* in Barth/Pesendorfer 170 f; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 758 ABGB Rz 4; *Musger* in KBB⁷ § 758 ABGB Rz 5; *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 11/10; nach *Pesendorfer* in Barth/Pesendorfer 32 „greift die Zweifelsregel sofern sich kein Parteiwille ermitteln lässt“; krit zur Formulierung als Zweifelsregel unter Hinweis auf die Dispositivnorm des § 551 ABGB *Kogler*, JBl 2016, 613 ff; ebenso *Zöchling-Jud* in Rabl/Zöchling-Jud 75.

⁵¹³ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 25.

⁵¹⁴ Ebenso *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222; *Eccher*, Erbrecht⁶ Rz 11/10; *ders*, Erbrechtsreform Rz 118; *Barth* in Barth/Pesendorfer 172; *Rabl*, NZ 2016, 201; *ders*, Das neue Pflichtteilsrecht des Ehegatten, EF-Z 2016, 284 (287); *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 760 ABGB Rz 2; *Musger* in KBB⁷ § 760 ABGB Rz 1; ebenso jedoch krit *Zöchling-Jud* in Rabl/Zöchling-Jud 75.

⁵¹⁵ Zur Frage, ob es sich hierbei um eine Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils des beschenkten Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, handelt, welche in weiterer Folge zu einer Erhöhung der Haftung der übrigen Geschenknemer führt, vgl die Ausführungen in Kapitel G.IV. Diese Fragestellung soll daher an dieser Stelle nicht näher erörtert werden.

⁵¹⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵¹⁷ *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 14; *Rucker*, NZ 2016, 90.

Pflichtteilsberechtigten ausdrücklich aus. Es müsste daher die Hinzurechnung der befreiten Schenkung gem § 785 ABGB unterbleiben.⁵¹⁸

Aufgrund der systematischen Stellung des § 791 Abs 2 Satz 2 ABGB könnte darauf geschlossen werden, dass bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung eines konkret Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung auf den Pflichtteil erlassen wurde, die an ihn erfolgte Schenkung nicht hinzuzurechnen sei.⁵¹⁹ Fraglich ist, weshalb in Abs 1 des § 791 ABGB keine dem Abs 2 entsprechende Regelung Niederschlag gefunden hat sowie ob demzufolge die Haftungsfreistellung des konkret Pflichtteilsberechtigten einerseits sowie die Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils andererseits unter Zugrundelegung verschiedener Berechnungsmethoden zu ermitteln ist oder ob eine analoge Anwendung der in Abs 2 enthaltenen Regelung im Hinblick auf die Ermittlung der Haftungsfreistellung des konkret Pflichtteilsberechtigten angenommen werden kann.

bb) Meinungsstand

Den Ausführungen *Kletečkas*⁵²⁰ zufolge ist die Anordnung in § 791 Abs 2 Satz 2 ABGB, nach welcher bei Berechnung des hypothetischen Pflichtteils die Schenkung an den haftenden Geschenknehmer auch dann hinzuzurechnen ist, wenn die Anrechnung erlassen wurde, darauf zurückzuführen, dass mangels konkreter Pflichtteilsberechtigung auch bei der befreiten Schenkung ein Unterschreiten des Pflichtteils möglich sei.⁵²¹ Da der (hypothetische) Pflichtteil die Untergrenze bilde, der dem Beschenkten ohne Schenkung zustünde, sei die Schenkung entgegen § 785 Satz 2 ABGB der Verlassenschaft auch bei Erlass der Anrechnung hinzuzurechnen. Dass eine derartige Regelung in Abs 1, der die Haftungsfreistellung für konkret Pflichtteilsberechtigte regelt, keinen Niederschlag gefunden hat, ist nach *Kletečka*⁵²² darauf zurückzuführen, dass es bei der befreiten Schenkung dann nicht zu einem Unterschreiten

⁵¹⁸ *Musger* in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 2.

⁵¹⁹ *Umlauft*, Hinzu- und Anrechnung² 216 f.

⁵²⁰ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 110; dagegen *Umlauft*, Hinzu und Anrechnung² 217 sowie *Schamberger*, NZ 2017, 372, mit dem Hinweis, dass es sich bei der durch den Erlass der Anrechnung bewirkten Mehrzuwendung nicht um einen gesetzlichen Pflichtteil handelt. ME ist diese Beurteilung für die gegenständliche Frage jedoch nicht von Bedeutung, da es durch die analoge Anwendung lediglich darum geht, dem Beschenkten den gesetzlichen Pflichtteil zu sichern, der ihm auch ohne Erhalt der Schenkung zustehen würde und somit ein Unterschreiten des gesetzlichen Pflichtteils aufgrund von gegen ihn bestehenden Haftungsansprüchen vermieden werden soll.

⁵²¹ Ebenso *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 14.

⁵²² *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 110.

des Pflichtteils kommen kann, wenn dem befreit Beschenkten *in concreto* ein Pflichtteil zusteht.⁵²³

Dagegen führt *Umlauf*⁵²⁴ aus, dass eine anrechnungsfreie Schenkung nicht nur bei der Ermittlung des Haftungsschutzes in Höhe des hypothetischen Pflichtteils nach § 791 Abs 2 ABGB, sondern auch bei der Ermittlung des Haftungsschutzes des konkret Pflichtteilsberechtigten gem § 791 Abs 1 ABGB zu berücksichtigen sei, sodass auch die eigene anrechnungsfreie Schenkung in der Pflichtteilsbemessungsgrundlage enthalten ist.⁵²⁵ Dies wird damit begründet, dass es verfehlt wäre die an den konkret Pflichtteilsberechtigten erfolgte Schenkung nicht hinzuzurechnen, da es nicht darum geht, was der beschenkte Pflichtteilsberechtigte noch fordern kann, sondern was er in Höhe seines Pflichtteils behalten kann, in welcher Höhe er somit eine Haftungsfreistellung genießt. Davon ist die Berechnung des Pflichtteils bei der aktiven Pflichtteilsverfolgung des beschenkten konkret Pflichtteilsberechtigten zu unterscheiden, bei der zu ermitteln ist, was der Beschenkte neben der bereits erhaltenen Schenkung noch fordern kann. Er soll in diesem Fall nicht von der bereits erhaltenen Schenkung noch zusätzlich einen Pflichtteil fordern können. Ebenso ist nach *Eccher*⁵²⁶ die an den konkret Pflichtteilsberechtigten erfolgte Schenkung bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung zu berücksichtigen. Dies ergebe sich klar aus dem Wortlaut des § 791 Abs 2 Satz 2 ABGB. Die Haftungsfreistellung sollte nach diesem gleich bleiben, so als ob die Schenkung an eine andere Person erfolgt wäre oder als ob der Betrag noch in der Verlassenschaft vorhanden wäre.⁵²⁷

Nach *Schamberger*⁵²⁸ geht es bei der gegenständlichen Regelung um die Frage, ob man dem von der Anrechnung befreiten Pflichtteilsberechtigten infolge der erhaltenen Mehrzuwendung eine erhöhte Haftungsfreistellung zukommen lassen wolle.⁵²⁹ Gründe für eine

⁵²³ Dagegen führt *Vaclavek* aus, es existieren sehr wohl Fälle, in denen der Pflichtteilsberechtigte, dem die Anrechnung erlassen wurde, ohne Hinzurechnung der eigenen Schenkung weniger erhält, als er ohne Anrechnungserlass erhalten hätte. Der Pflichtteilsberechtigte könne zwar nicht unter den konkreten Pflichtteil fallen, im Sinne eines Ausgleichsgedanken sei jedoch auf den „allgemeinen Pflichtteil abzustellen, der dem Pflichtteilsberechtigten ohne Anrechnungserlass zustehen würde. Vgl *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 155, unter Berufung auf *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 217 FN 514.

⁵²⁴ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 217.

⁵²⁵ Ebenso *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 20.

⁵²⁶ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 195.

⁵²⁷ Für eine Berücksichtigung der von der Anrechnung befreiten Schenkung bei der Ermittlung des Haftungsschutzes ebenfalls *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht 91; *dies* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer² Rz 68.

⁵²⁸ *Schamberger*, NZ 2017, 374.

⁵²⁹ Zur Frage des Einflusses von Vereinbarungen zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer auf die Haftung nach §§ 789 ff ABGB vgl Kapitel G.

unterschiedliche Behandlung des konkret Pflichtteilsberechtigten einerseits und des nur abstrakt Pflichtteilsberechtigten andererseits seien nicht ersichtlich, weshalb eine analoge Anwendung diskussionswürdig erscheine.

*Vaclavek*⁵³⁰ spricht sich gegen eine analoge Anwendung der Vorgehensweise nach § 791 Abs 2 ABGB auf die Ermittlung der Haftungsfreistellung eines konkret pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers bei Vorliegen eines Anrechnungserlasses aus, da dies vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sei. Dies sei daraus zu schließen, dass auch der Pflichtteilsanspruch nach § 785 ABGB vom Regelfall abweicht. Eine Hinzurechnung der eigenen Schenkung hätte daher nicht zu erfolgen. Es sei eine Mittellösung anzustreben, nach der dem Pflichtteilsberechtigten jedenfalls der „allgemeine“ Pflichtteil, der ihm ohne Anrechnungserlass zustehen würde, zukomme, ohne andere Pflichtteilsberechtigte dadurch zu benachteiligen.

cc) Stellungnahme

Es wurde bereits behandelt, dass der beschenkte Pflichtteilsberechtigte, dem die Anrechnung der erhaltenen Schenkung auf den Pflichtteil erlassen wurde, unabhängig vom Wert Schenkung, den vollen Pflichtteil – gem § 785 ABGB jedoch ohne Hinzurechnung der von ihm selbst erhaltenen Schenkung – nach §§ 789 ff ABGB von den übrigen Geschenknehmern fordern kann.⁵³¹ Anders verhält es sich allerdings, wenn der betreffende Pflichtteilsberechtigte selbst zur Haftung herangezogen werden soll. In diesem Fall verbleibt ihm bloß die errechnete Pflichtteilsquote, die so zu berechnen ist, als hätte die Schenkung nicht stattgefunden und wäre diese noch in der Verlassenschaft vorhanden⁵³² Andernfalls hätte dies zur Folge, dass dem konkret pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer bei Geltendmachung seines Haftungsschutzes ein geringerer Betrag verbleiben würde, als im Falle eines Unterbleibens der Schenkung und Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs. Dies wäre mit einer Ungleichbehandlung von Pflichtteilsberechtigten, die bereits eine Schenkung erhalten haben und auf ihren Pflichtteil verzichtet haben und jenen, die mangels Erhalts einer Schenkung ihren Pflichtteilsanspruch nach dem Tod des Verstorbenen geltend machen, verbunden. Genau

⁵³⁰ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 157 ff.

⁵³¹ Vgl Kapitel G.III.

⁵³² *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 110.

dieser Umstand soll jedoch durch Einführung des § 791 Abs 1 ABGB vermieden werden.⁵³³ Zudem würde dies weiters zu einer Ungleichbehandlung des konkret Pflichtteilsberechtigten einerseits und des abstrakt Pflichtteilsberechtigten andererseits führen, wofür ebenso keine ersichtlichen Gründe bestehen.⁵³⁴ Die Ungleichbehandlung kann anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden.

Sachverhalt: Der Verstorbene (V) macht zu Lebzeiten eine Schenkung an den Sohn (K), der im Gegenzug keinen Pflichtteilsverzicht abgibt und somit konkret pflichtteilsberechtigt ist in Höhe von 150, sowie weiters eine Schenkung an den Sohn (H), der im Gegenzug einen Pflichtteilsverzicht abgibt und somit eine Haftungsfreistellung in Höhe seines hypothetischen Pflichtteils genießt, ebenfalls in Höhe von 150. Weiters erfolgte eine Schenkung an die nicht pflichtteilsberechtigte Lebensgefährtin (L) innerhalb von zwei Jahren vor dem Tod des Verstorbenen in Höhe von 400. Die reine Verlassenschaft beträgt 20. Es gibt einen weiteren Sohn, der pflichtteilsberechtigt ist und keine Schenkung erhalten hat (P).

Berechnung der Pflichtteile und Haftungsbeschränkungen: Bei der Ermittlung des Pflichtteils des (P) sind gem § 782 f ABGB zur reinen Verlassenschaft alle Schenkungen hinzuzurechnen. Dies ergibt eine Pflichtteilsbemessungsgrundlage von 720 und einen Pflichtteil (1/6) in Höhe von 120, der gegen die Verlassenschaft und subsidiär gegen die Geschenknnehmer geltend zu machen ist. Einen Betrag von 20 erhält (P) daher aus der Verlassenschaft. Die fehlenden 100 sind gegen die Geschenknnehmer durchzusetzen. Bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung nach § 791 Abs 2 ABGB für (H) sind alle Schenkungen, auch die an ihn selbst erfolgte – zu berücksichtigen, sodass der Pflichtteil bzw die Haftungsfreistellung des (H) dem Pflichtteilsanspruch des (P) entspricht. Gegen (H) können daher Haftungsansprüche in Höhe von 30 (Schenkungen in Höhe von 150 abzüglich Haftungsfreistellung in Höhe von 120) durchgesetzt werden. Berechnet man die Haftungsfreistellung des (K) entsprechend der Anordnung in § 785 ABGB und somit ohne Berücksichtigung der an ihn selbst erfolgten Schenkung, so führt dies zu einer Pflichtteilsbemessungsgrundlage von 570 und zu einem Pflichtteil bzw einer Haftungsfreistellung (1/6) von 95. Gegen (H) können Haftungsansprüche in Höhe von 55

⁵³³ Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37, nach denen der konkret Pflichtteilsberechtigte in Höhe seines eigenen Pflichtteils von der Herausgabe der Zuwendung befreit ist. Weiters soll ein vermögensrechtlicher Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten geschaffen werden.

⁵³⁴ Vgl Schamberger, NZ 2017, 374.

(Schenkung in Höhe von 150 abzüglich Haftungsfreistellung in Höhe von 95) durchgesetzt werden.

Anhand dieses Beispiels wurde nochmals verdeutlicht, dass es zu einer Schlechterstellung des konkret Pflichtteilsberechtigten kommt, wenn die an ihn erfolgte Schenkung bei der Berechnung seiner Haftungsfreistellung nicht berücksichtigt wird. Zwar konnte er ab dem Zeitpunkt der Schenkung die Früchte aus dieser ziehen, doch unterliegt er mit diesen nicht der Haftung nach §§ 789 ff ABGB.⁵³⁵

Die Berücksichtigung der Schenkung trotz Erlasses der Anrechnung bei der Ermittlung des Haftungsschutzes kann auch durch eine Untersuchung der Ausführungen in den Mat begründet werden. In den Mat⁵³⁶ finden sich zu der gegenständlichen Problematik die folgenden Ausführungen: *„Ist dem Pflichtteilsberechtigten die Anrechnung auf den Erbteil vom Verstorbenen erlassen worden, so ist die Schenkung nach Abs. 2 zweiter Satz bei der Ermittlung des (hypothetischen) Pflichtteils dennoch hinzuzurechnen, was dazu führt, dass sich der Pflichtteil erhöht und der Pflichtteilsberechtigte in noch größerem Ausmaß von der Herausgabepflicht befreit ist.“* Die Formulierung „[...] des (hypothetischen) Pflichtteils [...]“ kann dahingehend verstanden werden, dass damit sowohl die Ermittlung des Pflichtteils als auch die Ermittlung des hypothetischen Pflichtteils gemeint ist und somit die befreite Schenkung sowohl bei der Berechnung der Haftungsfreistellung nach Abs 1 als auch bei der Berechnung der Haftungsfreistellung nach Abs 2 des § 791 ABGB zu berücksichtigen ist.⁵³⁷ Der Hinweis, dass sich der Pflichtteil erhöht und der Pflichtteilsberechtigte in noch größerem Ausmaß von der Herausgabepflicht befreit ist, muss nicht bedeuten, dass der abstrakt Pflichtteilsberechtigte in größerem Ausmaß von der Herausgabepflicht befreit ist, als der konkret Pflichtteilsberechtigte. Dies kann auch dahingehend verstanden werden, dass durch die gesetzlich festgelegte Berechnungsmethode der Haftungsschutz höher ist, als der vom beschenkten Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, noch zu fordernde gem § 785 ABGB zu berechnende Pflichtteilsanspruch,⁵³⁸ sodass aus dieser Formulierung nicht

⁵³⁵ Vgl *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 218.

⁵³⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵³⁷ Vgl auch *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 152.

⁵³⁸ Nach *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 153, wollte der Gesetzgeber darauf hinweisen, dass es durch die Hinzurechnung und die damit einhergehende Erhöhung des hypothetischen Pflichtteils zu einer höheren Haftungsfreistellung kommt, als wenn – wie bei der Ermittlung des konkreten Pflichtteils gem § 785 ABGB – keine Hinzurechnung vorzunehmen wäre.

auf eine Nichtberücksichtigung der befreiten Schenkung bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung geschlossen werden kann.

§ 791 Abs 2 ABGB legt unter anderem eine Haftungsfreistellung bei Vorversterben des Geschenknehmers für dessen Erben in Höhe des hypothetischen Pflichtteils fest. Würde sich die Anordnung in Abs 2, nach welcher die Schenkung auch bei Erlass der Anrechnung zu berücksichtigen ist, nur auf Fälle des Abs 2 beziehen, nicht jedoch auf den konkret Pflichtteilsberechtigten nach Abs 1, so hätte dies zur Folge, dass die Haftungsfreistellung des konkret pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers geringer ausfallen würde, als die seines Erben, dessen Haftungsfreistellung sich nach Abs 2 berechnet. Für diese Ungleichbehandlung besteht kein ersichtlicher Grund.

Eine Lösung des Problems kann mE bereits aus dem Wortlaut des § 791 Abs 1 ABGB abgeleitet werden. Dieser legt fest, dass die Haftungsfreistellung des konkret Pflichtteilsberechtigten unter Berücksichtigung „der hinzuzurechnenden Schenkungen“ zu ermitteln ist. Da kein Verweis auf § 785 ABGB enthalten ist, der die Berücksichtigung der an den konkret Pflichtteilsberechtigten erfolgten Schenkung bei der Pflichtteilsermittlung ausschließt, könnten unter diesen Begriff alle hinzuzurechnenden Schenkungen subsumiert werden, also auch jene, die an den konkret Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, selbst erfolgten und nicht nur Schenkungen an andere Geschenknehmer, die gem § 785 ABGB bei der Ermittlung des Pflichtteils des konkret Pflichtteilsberechtigten zu berücksichtigen sind. Eine analoge Anwendung des Abs 2 bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung nach Abs 1 ist dann nicht erforderlich, da sich die Berücksichtigung der Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, unmittelbar aus dem Wortlaut des § 791 Abs 1 ABGB ergibt.

Den obigen Ausführungen zufolge handelt es sich bei gegenständlicher Problematik um eine unglücklich gewählte systematische Stellung der einzelnen Bestimmungen, die keine Ungleichbehandlung der jeweiligen Haftenden zur Folge haben soll. Es ist daher der Ansicht⁵³⁹ zu folgen, nach der – anders als bei der Ermittlung des aktiven Pflichtteilsanspruchs nach § 785 ABGB – die erhaltene Schenkung bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung des konkret Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, zu berücksichtigen ist.

⁵³⁹ Vgl *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 217; *ders* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 20; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 195; *Schamberger*, NZ 2017, 374.

c) Vereinbarung der Hinzurechnung

aa) Allgemeine Ausführungen und Problemstellung

§ 784 ABGB legt Ausnahmen von der Hinzu- und Anrechnung fest, indem angeordnet wird, welche Zuwendungen der Pflichtteilsbemessung nicht zugrunde zu legen sind. Nach dieser Bestimmung können der Verstorbene und der Geschenknnehmer jedoch eine davon abweichende Vereinbarung treffen. Es wurde bereits ausgeführt, dass der sich durch die Vereinbarung der Hinzurechnung ergebende erhöhte Pflichtteil einen gesetzlichen Pflichtteil, für dessen Erfüllung gem §§ 789 ff ABGB gehaftet wird, darstellt.⁵⁴⁰ An dieser Stelle ist nun fraglich, ob durch die getroffene Vereinbarung nicht nur der Pflichtteilsanspruch der übrigen Pflichtteilsberechtigten erhöht wird, sondern ob diese auch zu einer Erhöhung deren Haftungsfreistellung führt, sofern diese ebenfalls eine Schenkung erhalten haben.

bb) Stellungnahme

Der dem Pflichtteilsberechtigten zustehende Betrag sollte jedenfalls in gleicher Höhe bestehen, unabhängig davon, ob ihm dieser aufgrund des zurückbehaltenen Anteils einer bereits erhaltenen Schenkung oder aufgrund des Rechts, den nicht gedeckten Pflichtteil von der Verlassenschaft bzw den Erben oder subsidiär vom Geschenknnehmer zu fordern, zukommt. Demgegenüber wurde jedoch soeben ausgeführt, dass im Fall des Erlasses der Anrechnung die Haftungsfreistellung nicht dem § 785 ABGB entsprechend zu ermitteln ist. Somit unterscheiden sich die Höhe des Pflichtteilsanspruchs einerseits und die Höhe der Haftungsfreistellung andererseits bei Erlass der Anrechnung. Dies jedoch nur, um dem pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmer eine Haftungsfreistellung zu gewähren, die jedenfalls seinem Pflichtteil entspricht⁵⁴¹ und ein Unterschreiten des Pflichtteils zu verhindern. Zudem kann auf den Wortlaut des § 791 Abs 1 ABGB verwiesen werden. Dieser legt fest, dass die Haftungsfreistellung unter Berücksichtigung der hinzuzurechnenden Schenkungen zu ermitteln ist. Wurde zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknnehmer vereinbart, dass eine grds nicht hinzu- und anrechenbare Schenkung der Hinzu- und Anrechnung unterliegen soll, so handelt es sich zwar nicht um eine kraft Gesetzes hinzuzurechnenden Schenkung, jedoch ist diese aufgrund einer Vereinbarung hinzuzurechnen und somit ebenfalls unter den Begriff der

⁵⁴⁰ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel G.II; nach aA handelt es sich bei der durch die Vereinbarung bewirkten Erhöhung des Anspruchs um keinen gesetzlichen Pflichtteil, vgl *Kogler*, Formvorschriften 88; *ders*, EF-Z 2018, 192 FN 28; diesem folgend auch *Schamberger*, NZ 2017, 372.

⁵⁴¹ Vgl § 791 Abs 1 ABGB; ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

hinzuzurechnenden Schenkungen zu subsumieren. Die durch die Vereinbarung bewirkte Erhöhung des Pflichtteils hat demnach auch eine Erhöhung der Haftungsfreistellung zur Folge.

d) Verzinsung

aa) Meinungsstand

§ 778 Abs 2 ABGB legt fest, dass der Pflichtteil bei der aktiven Pflichtteilsverfolgung zum Todestag zu ermitteln ist. Weiters stehen dem Pflichtteilsberechtigten gem § 778 Abs 1 ABGB ab dem Todestag bis zur Erfüllung die gesetzlichen Zinsen zu. Fraglich ist, ob bei der Ermittlung des Haftungsschutzes gemäß § 791 ABGB für den beschenkten Pflichtteilsberechtigten die gesetzlichen Zinsen ebenfalls zu berücksichtigen sind, sodass dem Beschenkten eine um die gesetzlichen Zinsen erhöhte Haftungsfreistellung zukommt. IS einer Gleichstellung des verkürzten Pflichtteilsberechtigten und des haftenden Pflichtteilsberechtigten könnte angenommen werden, die gesetzlichen Zinsen bis zur mündlichen Verhandlung 1. Instanz seien bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung zu berücksichtigen.⁵⁴² Den Ausführungen *Umlauf*s⁵⁴³ zufolge sind jedoch bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung die gesetzlichen Zinsen nicht zu berücksichtigen. Da der beschenkte Pflichtteilsberechtigte die Früchte der Schenkung, mit denen er jedoch nicht haftet, bereits jedenfalls seit dem Tod des Geschenkgebers lukrieren konnte, wäre es überschießend, ihm eine erweiterte Haftungsfreistellung in Höhe der gesetzlichen Zinsen zuzugestehen. Dies hätte eine doppelte Begünstigung des pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers zur Folge, einerseits in Höhe der Früchte, die er nicht herausgeben muss, und andererseits in Höhe der gesetzlichen Zinsen.⁵⁴⁴ Es stehe dem Beschenkten daher eine Haftungsfreistellung in Höhe des Pflichtteils einschließlich der aus der Schenkung entstehenden Erträge zu. Weiters wird auf § 791 Abs 2 ABGB hingewiesen, der bei der Ermittlung des hypothetischen Pflichtteils auf den Todeszeitpunkt abstellt.

bb) Stellungnahme

ME ist der Ansicht *Umlauf*s⁵⁴⁵ zu folgen und eine Haftungsfreistellung lediglich in Höhe des Pflichtteils ohne gesetzliche Zinsen anzunehmen. Mit der durch das ErbRÄG 2015

⁵⁴² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 218.

⁵⁴³ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 218; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 22.

⁵⁴⁴ *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 22.

⁵⁴⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 218; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 22.

neu eingeführten Verzinsung des Pflichtteils sollte die bis dahin geltende systemwidrige „Rechtsgemeinschaft“ zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten bis zur „wirklichen Zuteilung“ abgeschafft werden. Stattdessen sollte durch die Verzinsung eine Partizipation des Pflichtteilsberechtigten an der Wertentwicklung der Verlassenschaft bis zu der erst ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen möglichen Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs⁵⁴⁶ ermöglicht werden.⁵⁴⁷ Das ist jedoch bei der Ermittlung des Haftungsschutzes des pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers nicht erforderlich, da dieser bereits vor dem Tod des Geschenkgebers in den Genuss der pflichtteilsdeckenden Schenkung gekommen ist. Würden dem pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer die gesetzlichen Zinsen bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung 1. Instanz zustehen, hätte dies zudem praktische Schwierigkeiten zur Folge. So könnte man das Haftungsverhältnis bei mehreren Geschenknehmern – bei Berechnung des Haftungsverhältnisses nicht nach dem Wert der Schenkung, sondern nach dem zur Verfügung stehenden Haftungsumfang⁵⁴⁸ – nicht ermitteln, da der zur Verfügung stehende Haftungsumfang erst zum Schluss der mündlichen Verhandlung feststehen würde.

4. Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils nach § 791 Abs 2 ABGB

a) Allgemeine Ausführungen

Im Vergleich zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 stellt Abs 2 des § 791 ABGB eine Neuerung dar. Nach alter Rechtslage war unklar, ob ein nicht konkret pflichtteilsberechtigter Geschenknehmer eine Haftungsfreistellung in Höhe des Pflichtteils geltend machen kann.⁵⁴⁹ § 791 Abs 2 ABGB legt eine Haftungsfreistellung in Höhe des (hypothetischen) Pflichtteils fest. Das Geschenk bleibt daher jedenfalls in Höhe des hypothetischen Pflichtteils erhalten.⁵⁵⁰ Weiters wird festgelegt, dass die Schenkung selbst dann hinzuzurechnen ist, wenn der Verstorbene die Anrechnung auf den Pflichtteil erlassen hat. Die Mat⁵⁵¹ führen hierzu aus, dass bei Erlass der Anrechnung die Schenkung nach Abs 2 zweiter Satz bei der Ermittlung des (hypothetischen) Pflichtteils dennoch hinzuzurechnen ist,⁵⁵² was dazu führt, dass sich der

⁵⁴⁶ Vgl § 765 Abs 2 ABGB.

⁵⁴⁷ Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 31 f.

⁵⁴⁸ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel E.II.4.

⁵⁴⁹ Vgl zB *Umlauf*, Anrechnung 318 ff; *F. Müller*, NZ 2005, 77 ff.

⁵⁵⁰ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 110; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 791 ABGB Rz 3.

⁵⁵¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵⁵² In derselben Weise erfolgt die Berechnung der Haftungsfreistellung für konkret pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer, vgl hierzu Kapitel H.IV.3.b.

Pflichtteil erhöht und der Pflichtteilsberechtigte in noch größerem Ausmaß von der Herausgabepflicht befreit ist,⁵⁵³ da nach § 785 ABGB die von der Anrechnung befreite Schenkung nicht hinzuzurechnen wäre.⁵⁵⁴ Der für die Haftung des Geschenknehmers ausschlaggebende hypothetische Pflichtteil ist somit höher als sein tatsächlicher Pflichtteil wäre.⁵⁵⁵ Ausweislich der Mat⁵⁵⁶ wäre es unbillig, wenn eine Person, die für einen Verzicht oder eine Ausschlagung eine Zuwendung erhalten hat, diese sodann wieder herausgeben müsste. In § 791 Abs 2 ABGB wird nunmehr Folgendes festgelegt:

„Ist der Geschenknehmer vorverstorben, hat er auf seinen Pflichtteil verzichtet oder die Erbschaft ausgeschlagen, so steht ihm oder seinen Erben die Haftungsfreistellung in Höhe seines hypothetischen Pflichtteils, der zum Todeszeitpunkt des Verstorbenen zu berechnen ist, zu. Die Schenkung ist selbst dann hinzuzurechnen, wenn der Verstorbene die Anrechnung auf den Pflichtteil erlassen hat.“

Es sollen daher der verzichtende und der sich entschlagende Pflichtteilsberechtigte ebenfalls in den Genuss einer Haftungsfreistellung kommen. Da aufgrund des Verzichts oder der Entschlagung kein konkreter Pflichtteil zusteht, ist für die Ermittlung der Haftungsfreistellung der hypothetische Pflichtteil zu berechnen, der sich ohne Verzicht oder Entschlagung ergeben würde.⁵⁵⁷ Bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung ist daher zu fingieren, dass der Geschenknehmer, der vorverstorben ist, auf seinen Pflichtteil verzichtet hat oder die Erbschaft ausgeschlagen hat, noch pflichtteilsberechtigt ist.⁵⁵⁸

Weiters ist ausdrücklich festgehalten, dass den als Gesamtrechtsnachfolger haftenden Erben⁵⁵⁹ eines pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers die dem vorverstorbenen Geschenknehmer zustehende Haftungsfreistellung zukommt. Nach alter Rechtslage war ein

⁵⁵³ Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 14; Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 135;

⁵⁵⁴ Schamberger, NZ 2017, 374.

⁵⁵⁵ Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 791 ABGB Rz 3.

⁵⁵⁶ Vgl ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37 unter Hinweis auf Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer (Hg), Erbrecht – Ein Handbuch für die Praxis (2007) 418.

⁵⁵⁷ Eccher, Erbrechtsreform Rz 196.

⁵⁵⁸ Umlauf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 24.

⁵⁵⁹ Musger in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 2.

Übergang der Haftungsfreistellung nicht gesetzlich vorgesehen.⁵⁶⁰ Auch in den Mat⁵⁶¹ wird klargestellt, dass der Gesamtrechtsnachfolger des Beschenkten die Haftungsfreistellung in gleichem Umfang geltend machen kann wie der Beschenkte selbst. Da der Erbe in sämtliche Rechte und Verbindlichkeiten des Beschenkten eintritt, somit auch die Haftung nach §§ 789 ff ABGB auf ihn übergeht, soll ihm nach den Mat⁵⁶² auch die Haftungsfreistellung im selben Ausmaß zukommen, wie dies für den verstorbenen pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmer möglich gewesen wäre. Dies ist konsequent, denn wenn den nach dem Verstorbenen nicht pflichtteilsberechtigten Erben des vorverstorbenen pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmers aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge eine unbefristete Haftung trifft, soll ihm auch die dem vorverstorbenen Geschenknnehmer zustehende Haftungsfreistellung zugutekommen.⁵⁶³ Wenn ein pflichtteilsberechtigter Geschenknnehmer gleichzeitig mit dem Geschenkgeber verstirbt, ist die Bestimmung des § 791 Abs 2 ABGB analog anzuwenden.⁵⁶⁴

b) Für die Ermittlung des hypothetischen Pflichtteils maßgeblicher Zeitpunkt

aa) Gesetzliche Regelung

§ 791 Abs 2 ABGB legt fest, dass bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils auf den Todeszeitpunkt abzustellen ist.⁵⁶⁵ Die Mat⁵⁶⁶ führen dazu aus, dass bei einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse zwischen Zuwendungs- und Todeszeitpunkt beim Verstorbenen die Höhe des Anfechtungsschutzes im Vergleich zum Zuwendungszeitpunkt reduziert wird. Demgegenüber kommt es bei einer Verbesserung der Vermögensverhältnisse zu einer Erhöhung des Anfechtungsschutzes. Der verzichtende Geschenknnehmer partizipiert daher in Bezug auf den Anfechtungsschutz an der Entwicklung der Vermögensverhältnisse des Verstorbenen bis zum Todeszeitpunkt. Jede andere Regelung

⁵⁶⁰ Ob es zu einem Übergang der Haftungsfreistellung auf nicht pflichtteilsberechtigte Gesamtrechtsnachfolger des Geschenknnehmers kam, war daher nach alter Rechtslage fraglich. Vgl dazu ausführlich *F. Müller*, NZ 2005, 77 ff, der einen Übergang der Haftungsfreistellung auf einen nach dem verstorbenen Geschenkgeber nicht selbst pflichtteilsberechtigten Erben des vorverstorbenen Geschenknnehmers ablehnte. Da der Pflichtteilsanspruch erst vererblich ist, wenn er angefallen ist, dh wenn der Pflichtteilsberechtigte den Tod des verstorbenen Geschenknnehmers erlebt hat, sei die Situation nicht anders zu beurteilen, als wenn die Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person erfolgt wäre. Auch diese Person könne sich keinen Pflichtteil zurückhalten, weshalb die Haftungsbeschränkung nicht mit der Herausgabepflicht durch Gesamtrechtsnachfolge übergehe. AA *Umlauf*, Anrechnung 320 f, der einen Übergang der Haftungsfreistellung bejahte.

⁵⁶¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵⁶² ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37 unter Hinweis auf *Umlauf*, Anrechnung 320 f.

⁵⁶³ Vgl bereits zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 *Umlauf*, Anrechnung 320 f.

⁵⁶⁴ *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 23.

⁵⁶⁵ Es bedarf daher keiner Aufwertung, vgl dazu *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 135; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 791 ABGB Rz 2.

⁵⁶⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

hätte eine Ermittlung des hypothetischen Pflichtteils im Zeitpunkt der Schenkung erforderlich gemacht.⁵⁶⁷ Die Ermittlung des hypothetischen Pflichtteils im jeweiligen Schenkungszeitpunkt würde den Verfahrensaufwand erheblich erhöhen und mitunter zu zufälligen Ergebnissen führen.⁵⁶⁸ Im ME⁵⁶⁹ war noch eine Haftungsfreistellung lediglich für abstrakt Pflichtteilsberechtigte, die auf den Pflichtteil verzichtet haben, in Höhe des hypothetischen Pflichtteils im Zeitpunkt des Verzichts vorgesehen.

bb) Kritik an der gesetzlichen Regelung

Das Abstellen auf den Todeszeitpunkt bei der Ermittlung der Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils wird von *Eccher*⁵⁷⁰ kritisiert. Dieser führt aus, um dem abstrakt Pflichtteilsberechtigten im Falle einer Verminderung des Vermögens die für den Verzicht erhaltene Abfindung zu sichern, wäre es richtig gewesen, den hypothetischen Pflichtteil im Zeitpunkt des Verzichts heranzuziehen, denn bei einem Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung würde der Verzichtende auch nicht von einem Vermögenszuwachs zwischen Schenkungs- und Todeszeitpunkt profitieren. Ein Abstellen auf den Todeszeitpunkt sei nicht mit der glücksvertraglichen Natur des Verzichts gegen Abfindung vereinbar, bei der der Verzichtende die Chance auf einen höheren Pflichtteil wegen einer künftigen Vermehrung des Vermögens des Geschenkgebers aufgibt. Im Falle einer Entschlagung stellt sich diese Problematik nicht, da im Zeitpunkt der Entschlagung die für die Haftungsfreistellung maßgeblichen Vermögensverhältnisse des verstorbenen Geschenkgebers bereits bekannt sind.⁵⁷¹ Dagegen vertritt *Umlauf*⁵⁷² die Auffassung, dass aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes und der dazu in den Mat enthaltenen Ausführungen der hypothetische Pflichtteil zum Todeszeitpunkt zu berechnen sein wird. Ebenso ist nach *Vaclavek*⁵⁷³ auf den Todeszeitpunkt abzustellen. Diese führt aus, eine Pflichtteilsberechnung könne erst zum Todeszeitpunkt erfolgen, da erst zu diesem Zeitpunkt ein Pflichtteil existiere. Auf eine aleatorische Komponente sei keine Rücksicht zu nehmen, da eine Differenzierung zwischen dem Verzichtsvertrag als Glücksvertrag einerseits und der Haftung andererseits zu erfolgen habe. Zudem solle keine Privilegierung von beschenkten Kindern gegenüber nicht beschenkten

⁵⁶⁷ K. Müller/Melzer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer² Rz 69.

⁵⁶⁸ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵⁶⁹ Vgl § 791 Abs 3 ABGB idF 100/ME 25. GP.

⁵⁷⁰ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 197; vgl auch *Eccher/Umlauf*, Erbrecht – Bürgerliches Recht Band VI⁷ (2020) Rz 12/35.

⁵⁷¹ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 197.

⁵⁷² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 219 FN 518.

⁵⁷³ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 168 f.

Kindern erfolgen und sich der „allgemeine“ Pflichtteil nicht vom hypothetischen Pflichtteil unterscheiden. Die Haftungsfreistellung solle zudem nicht vom Bestehen eines Pflichtteilsverzichts abhängig gemacht werden.

cc) Stellungnahme

Nach den Mat⁵⁷⁴ wäre es unbillig, wenn eine Person, die für einen Verzicht oder für eine Ausschlagung eine Zuwendung erhalten hat, diese sodann wieder herausgeben müsste. Zu diesem Ergebnis kommt es jedoch teilweise im Falle einer Vermögensminderung zwischen Zuwendungs- und Todeszeitpunkt, da in diesem Fall der hypothetische Pflichtteil im Todeszeitpunkt niedriger ist, als der gegebenenfalls für den Verzicht und die Höhe der Abfindung maßgebliche fiktive Pflichtteil im Zeitpunkt des Verzichts. Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes ist jedoch bereits im Schenkungszeitpunkt bzw im Zeitpunkt des Verzichts bekannt, dass die Haftungsfreistellung geringer oder höher ausfallen kann, als der dem Verzicht und der Abfindung zugrunde gelegte fiktive Pflichtteil im Zeitpunkt der Schenkung. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb die Haftungsfreistellung eines beschenkten Pflichtteilsberechtigten, der auf seinen Pflichtteil verzichtet hat, einerseits und einem beschenkten Pflichtteilsberechtigten, der keinen Verzicht abgegeben hat, andererseits in unterschiedlicher Höhe bestehen sollte,⁵⁷⁵ zumal ausweislich der Mat⁵⁷⁶ durch die gesetzliche Verankerung der Haftungsfreistellung in Höhe des (hypothetischen) Pflichtteils ein vermögensrechtlicher Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten geschaffen werden soll. Aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes ist die Berechnung des hypothetischen Pflichtteils daher zum Todeszeitpunkt vorzunehmen.⁵⁷⁷

5. Haftungsfreistellung für Repräsentations- und Anwachsungsberechtigte nach § 791 Abs 3 ABGB

a) Gesetzliche Regelung und Problemstellung

§ 791 Abs 3 ABGB legt fest, in welchem Umfang Repräsentations- und Anwachsungsberechtigten, denen ein Pflichtteil anstelle des Pflichtteilsberechtigten zufällt,

⁵⁷⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵⁷⁵ Ebenso *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknähmers 169.

⁵⁷⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵⁷⁷ Vgl bereits *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 219 FN 518.

oder deren Pflichtteil durch Wegfall eines Pflichtteilsberechtigten erhöht wird, eine Haftungsfreistellung zukommt. Die gesetzliche Regelung lautet wie folgt:

„Soweit der Geschenknehmer oder dessen Erbe eine Haftungsbeschränkung bereits geltend gemacht hat, kann eine Person, der der Pflichtteil anstelle des Pflichtteilsberechtigten zufällt oder deren Pflichtteil durch den Wegfall des Pflichtteilsberechtigten erhöht wird, keine weitere solche Haftungsbeschränkung geltend machen.“

Die Mat⁵⁷⁸ führen hierzu aus, dass dem Repräsentations- bzw Anwachsungsberechtigten die Haftungsfreistellung in Bezug auf die auf ihn übergegangene Pflichtteilsquote nur insoweit zusteht, als dieses Recht nicht vom Geschenknehmer selbst oder von seinem Erben konsumiert wurde bzw wird. In Höhe seiner ursprünglichen Pflichtteilsquote behält der Anwachsungsberechtigte (ohne Berücksichtigung der durch die Anwachsung bewirkten Quotenerhöhung) seine Haftungsfreistellung.

Die Regelung zielt darauf ab, dass Haftungsfreistellungen nur einmal geltend gemacht werden können.⁵⁷⁹ Im Folgenden soll der genaue Regelungsgehalt der gegenständlichen Bestimmung erörtert werden, zumal die nach dem Geschenknehmer Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigten keine Haftung für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteilsansprüche trifft.

b) Meinungsstand

Die Regelung des § 791 Abs 3 ABGB wird von *Schamberger*⁵⁸⁰ als krit angesehen. Nach diesem sei der genaue Regelungsgehalt der Bestimmung unklar. Da nur der Geschenknehmer selbst und dessen Gesamtrechtsnachfolger, nicht jedoch Repräsentations- oder Akkreszenzberechtigte zur Haftung herangezogen werden können, sei unklar, welchen Fall der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung regeln wollte. Es sei nicht ersichtlich, weshalb man bei Vorliegen von Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigten eine Haftungsfreistellung braucht, da diese nur haften, wenn sie Gesamtrechtsnachfolger des Geschenknehmers sind. In diesem Fall stehe ihnen jedoch ihre eigene Haftungsfreistellung gem

⁵⁷⁸ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵⁷⁹ *Umlauft* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 28; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 791 ABGB Rz 4.

⁵⁸⁰ Vgl *Schamberger*, NZ 2017, 375.

§ 791 Abs 1 oder Abs 2 ABGB zu,⁵⁸¹ was jedoch nichts mit Akkreszenz oder Repräsentation zu tun habe. Für die Bestimmung des § 791 Abs 3 ABGB bleibe daher kein Anwendungsbereich. Nach *Welser*⁵⁸² sei unklar, wie es möglich sein soll, dass ein Pflichtteilsberechtigter, der weggefallen ist, bereits eine Haftungsfreistellung „geltend gemacht hat“. Weiters haftet nach diesem⁵⁸³ ein Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigter wie der Beschenkte selbst gehaftet hätte, sodass auch dieser den hypothetischen Pflichtteil zurückbehalten könne.

*Musger*⁵⁸⁴ weist zutr darauf hin, dass sich § 791 Abs 3 ABGB auf Haftungsfreistellungen im Hinblick auf an Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigte selbst erfolgte Zuwendungen, die Haftungsansprüche nach den §§ 789 ff ABGB begründen, bezieht. Ein Grund weshalb sie – ausgenommen im Falle der Gesamtrechnachfolge gem Abs 2 – eine Haftung für an den in Abs 2 genannten Beschenkten treffen sollte, sei nicht ersichtlich. Weiters sei aus der Bestimmung des § 783 Abs 1 Satz 1 ABGB, wonach eine an eine abstrakt pflichtteilsberechtigten Person erfolgte Schenkung auf den Pflichtteil der an deren Stelle tretenden Personen anzurechnen ist, keine Haftung nach §§ 789 ff ABGB abzuleiten. Ebenso ist nach *Vaclavek*⁵⁸⁵ § 791 Abs 3 ABGB einschlägig, wenn eine dem § 758 Abs 2 ABGB oder § 760 Abs 1 ABGB widersprechende Vereinbarung zwischen dem letztwillig verfügenden Geschenkgeber und dem Beschenkten getroffen wurde und der Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigte selbst eine Zuwendung vom Verstorbenen erhalten hat.

Nach *Umlauf*⁵⁸⁶ ist die Regelung darauf zurückzuführen, dass die Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils des Beschenkten nur einmal zustehen soll. Sofern der Haftungsschutz bereits beansprucht wurde, können Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigte nicht nochmals aufgrund derselben Pflichtteilsquote eine Haftungsfreistellung geltend machen. Andernfalls würde dies zu einem doppelten Anfechtungsschutz führen. Die Pflichtteilsquote würde einerseits beim Beschenkten bzw seinen Erben aufgrund der an den ursprünglichen Pflichtteilsberechtigten erfolgten Schenkung

⁵⁸¹ krit dazu *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222 FN 522; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 28, unter Hinweis auf den Wortlaut des § 791 Abs 2 ABGB. Dieser spricht sich gegen die angenommene Haftungsfreistellung in Höhe der ursprünglichen Pflichtteilsquote samt der im Wege der Repräsentation bzw Anwachsung übergegangenen Quote aus.

⁵⁸² *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 791 ABGB Rz 4.

⁵⁸³ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 791 ABGB Rz 2.

⁵⁸⁴ *Musger* in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 3; ebenso *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 791 ABGB Rz 4.

⁵⁸⁵ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 173.

⁵⁸⁶ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 28.

einen Haftungsschutz bieten und andererseits auch dem Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigten in Bezug auf an diesen selbst erfolgte Schenkungen. *Umlauf*⁵⁸⁷ weist weiters darauf hin, dass es jedoch nicht darauf ankommen könne, ob der Beschenkte oder dessen Erben bereits eine Haftungsfreistellung geltend gemacht hat. Es komme lediglich darauf an, ob dem Beschenkten oder dessen Erben eine Haftungsfreistellung zustehe.⁵⁸⁸

c) *Stellungnahme*

ME ist den obigen Ausführungen zu folgen, wonach es für die Anwendung des § 791 ABGB erforderlich ist, dass der Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigte selbst eine Zuwendung des Verstorbenen erhalten hat, zumal eine Haftung dieser Personen aufgrund einer Schenkung an die Person, an deren Stelle sie treten, gesetzlich nicht vorgesehen ist. Darüber hinaus ist der Ansicht *Umlauf*s⁵⁸⁹ zu folgen, sodass nach § 791 Abs 3 ABGB die Geltendmachung einer Haftungsfreistellung für Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigte nicht nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Beschenkte oder dessen Erbe eine Haftungsfreistellung bereits geltend gemacht hat, sondern bereits dann, wenn ihnen eine Haftungsfreistellung zusteht, unabhängig davon, ob diese bereits geltend gemacht wurde. Dafür sprechen auch die Ausführungen in den Mat,⁵⁹⁰ in denen von „konsumiert wurde bzw wird“ die Rede ist, sodass auch darin ein Hinweis auf eine zu berücksichtigende zukünftig noch geltend zu machende Haftungsfreistellung erblickt werden kann. Bei anderer Auslegung hätte dies zur Folge, dass das Vorliegen einer Haftungsfreistellung davon abhängig wäre, in welcher Reihenfolge die Beschenkten vom Pflichtteilsberechtigten in Anspruch genommen werden, da der Beschenkte, der vom verkürzten Pflichtteilsberechtigten zuerst in Anspruch genommen wird – somit entweder der Geschenknehmer bzw dessen Erbe oder der Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigte aufgrund der an ihn selbst erfolgten Schenkung – die Haftungsfreistellung geltend machen könnte. Dies würde dem § 791 Abs 2 ABGB, der dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten eine Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils sichern soll, widersprechen. Unter Berücksichtigung des Gesetzeswortlautes und

⁵⁸⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222 unter Hinweis auf ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 28. Dagegen äußert sich *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 171. Nach dieser sei die gesetzliche Regelung des § 791 Abs 3 ABGB, die darauf abstellt, dass die Haftungsbeschränkung bereits geltend gemacht wurde, begrüßenswert, da der Berechtigte seine Haftungsfreistellung immer ausdrücklich verlangen müsse.

⁵⁸⁸ Dies kann jedoch dann problematisch sein, wenn bei Inanspruchnahme des Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigten noch nicht feststeht, ob dem Beschenkten bzw dessen Erben eine Haftungsfreistellung zusteht, etwa wegen Unklarheit darüber, ob ein Enterbungs- bzw Erbunwürdigkeitsgrund gesetzt wurde.

⁵⁸⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222.

⁵⁹⁰ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37; ebenso verweist *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222 auf die Ausführungen in den Mat.

der Ausführungen in den Mat⁵⁹¹ sollen daher mE primär der Beschenkte bzw dessen Erben in den Genuss der Haftungsfreistellung kommen, was für eine Auslegung der Bestimmung iSd Ausführungen *Umlauf*s⁵⁹² spricht.

Die Bestimmung des § 791 Abs 3 ABGB ist somit als Einschränkung der Haftungsfreistellung nach § 791 Abs 1 ABGB anzusehen. So steht Personen, die vom Verstorbenen ein Geschenk erhalten haben und daher nach den §§ 789 ff ABGB haften und die zudem nach einem weiteren vom Verstorbenen Beschenkten repräsentations- oder anwachsberechtigt sind, gem § 791 Abs 1 ABGB grds eine Haftungsfreistellung in Höhe ihres eigenen Pflichtteils zu. Bei Anwachsungsberechtigten kann die Haftungsfreistellung jedoch nicht in Höhe ihres nunmehrigen gesamten Pflichtteils geltend gemacht werden, sondern lediglich in Höhe ihrer ursprünglichen Pflichtteilsquote. Nur wenn dem weiteren Beschenkten, dessen Pflichtteilsquote auf den Anwachsungsberechtigten übergegangen ist, oder dessen Erben keine Haftungsfreistellung zusteht, kann der Anwachsungsberechtigte eine Haftungsfreistellung in Höhe des vollen Pflichtteils geltend machen, somit nicht nur in Höhe seiner ursprünglichen Pflichtteilsquote, sondern auch in Höhe der auf ihn überegangenen Pflichtteilsquote. Ebenso steht dem Repräsentationsberechtigten nur dann eine Haftungsfreistellung zu, wenn dem Geschenknehmer selbst oder dessen Erben keine Haftungsfreistellung zusteht. Die Regelung des § 791 Abs 3 ABGB ist daher erforderlich, um in den soeben genannten Fallkonstellationen eine doppelte Berücksichtigung der Pflichtteilsquote zu verhindern.⁵⁹³

6. Haftung bei Verlust der Angehörigenstellung, Erbunwürdigkeit, Enterbung und Pflichtteilsminderung

a) Keine analoge Anwendung der Haftungsfreistellung

aa) Allgemeine Ausführungen

Die Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils gem § 791 Abs 2 ABGB wurde bereits erörtert. Diese Bestimmung legt eine Haftungsfreistellung bei

⁵⁹¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁵⁹² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222 unter Hinweis auf ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 28.

⁵⁹³ Vgl auch zB *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 28; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 791 ABGB Rz 4, wonach eine Haftungsfreistellung nur einmal geltend gemacht werden kann.

Vorversterben Verzicht und Entschlagung des pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers fest. Es sind jedoch noch weitere – in § 791 Abs 2 ABGB nicht genannte – Fälle denkbar, in denen einem ursprünglich Pflichtteilsberechtigten kein oder nur ein reduzierter Pflichtteil zusteht. Zu denken ist hier an den Verlust des Angehörigenverhältnisses zum Verstorbenen, etwa durch Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft oder durch Widerruf oder Aufhebung der Adoption, sowie Vorliegen von Erbunwürdigkeit, Enterbung oder Pflichtteilsminderung.⁵⁹⁴ Für diese Fälle sieht das Gesetz jedoch keine ausdrückliche Haftungsfreistellung vor. Auch in den Mat wird darauf nicht Bezug genommen. Fraglich ist, ob den Vorgenannten in analoger Anwendung des § 791 Abs 2 ABGB eine Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils zugebilligt werden kann.

bb) Meinungsstand

In der Lit⁵⁹⁵ wird übereinstimmend die Auffassung vertreten, dass der Gesetzgeber bei Erbunwürdigkeit, Enterbung oder Verlust des Angehörigenverhältnisses zum Verstorbenen bewusst keine Haftungsfreistellung festgelegt hat. Da das Gesetz diese Fälle an anderer Stelle berücksichtigt, ist davon auszugehen, dass es kein Versehen ist, dass diesen Personen kein Haftungsschutz zugebilligt wird, sondern dass der Gesetzgeber in diesen Fällen bewusst keine Haftungsfreistellung angeordnet hat.⁵⁹⁶ Das bedeutet, dass enterbte oder erbunwürdige Geschenknehmer sowie Geschenknehmer, deren Angehörigenverhältnis zum Verstorbenen nicht mehr besteht, nicht in den Genuss einer Haftungsfreistellung kommen.⁵⁹⁷ Dadurch kommt die Wertung zum Ausdruck, dass diese Personen hinsichtlich des Umfangs ihrer Haftung nicht privilegiert werden sollen.⁵⁹⁸

Der Verlust der Haftungsfreistellung ist nach *Umlauf*⁵⁹⁹ damit zu begründen, dass dem enterbten oder erbunwürdigen Geschenknehmer aufgrund des vorwerfbaren Verhaltens keine Haftungsfreistellung gebührt. Weiters gelangt im Falle der Auflösung der Ehe oder eingetragenen Partnerschaft die Schenkung meistens wieder direkt oder wertmäßig in das

⁵⁹⁴ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 218.

⁵⁹⁵ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 135; *Schamberger*, NZ 2017, 374 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 220; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 792 ABGB Rz 2; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 14; *Eccher/Umlauf*, Erbrecht⁷ Rz 12/35; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 164.

⁵⁹⁶ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 220, *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 26; diesem folgend *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 164 f.

⁵⁹⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 220.

⁵⁹⁸ *Schamberger*, NZ 2017, 374.

⁵⁹⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 220.

Vermögen des Geschenkgebers zurück. Dem Pflichtteilsberechtigten, dessen Pflichtteil gem § 776 ABGB gemindert wurde, steht eine Haftungsbeschränkung in Höhe des geminderten Pflichtteils zu. Die zweite Hälfte der Pflichtteilsquote und der damit verbundene Haftungsschutz gehen auf Nachkommen des in seinem Pflichtteil geminderten Pflichtteilsberechtigten bzw bei Nichtvorhandensein von Nachkommen auf die übrigen Pflichtteilsberechtigten über.⁶⁰⁰

Bei der Berechnung der für die Haftungsfreistellung relevanten Pflichtteilsquote sind vorverstorbene oder mit dem Geschenkgeber gleichzeitig verstorbene Pflichtteilsberechtigte sowie Personen, die auf ihren Pflichtteil verzichtet haben oder die Erbschaft ausgeschlagen haben, wie noch vorhandene konkret Pflichtteilsberechtigte zu behandeln. Nicht zu berücksichtigen sind enterbte oder erbunwürdige Personen, sowie Personen deren Angehörigenverhältnis zum Verstorbenen nachträglich weggefallen ist. Personen, deren Pflichtteil gemindert wurde, sind mit dem halben Pflichtteil zu berücksichtigen. Dieser Umstand ist darin begründet, dass ihnen keine oder lediglich eine geminderte Haftungsfreistellung zusteht.⁶⁰¹

cc) Stellungnahme

ME ist den obigen Ausführungen zu folgen und eine analoge Anwendung der Haftungsfreistellung nach § 791 Abs 2 ABGB in Höhe des hypothetischen Pflichtteils bei Enterbung, Erbunwürdigkeit oder Verlust der Angehörigenstellung abzulehnen. Aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes ist nicht anzunehmen, dass eine analoge Anwendung dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Zudem würde es den Bestimmungen der Enterbung bzw Erbunwürdigkeit widersprechen, wenn man dem enterbten oder erbunwürdigen Geschenknehmer in analoger Anwendung eine Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils zugestehen würde, da ihm diesfalls entgegen der letztwillig verfügten bzw gesetzlich angeordneten Entziehung des Pflichtteils dennoch ein vermögenswerter Vorteil in Höhe des Pflichtteils zukommen würde.

⁶⁰⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 220; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 26.

⁶⁰¹ *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 24; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 164 f; detaillierte Ausführungen zu den Rechtsfolgen einer Pflichtteilsminderung und den dazu bestehenden Ansichten in der Lit vgl *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 109 ff sowie *Tschugguel*, Neue Repräsentationsfragen bei Enterbung und Pflichtteilsminderung, EF-Z 2016, 139.

b) Haftung der Gesamtrechtsnachfolger bei Erbunwürdigkeit und Enterbung

aa) Problemstellung

Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes ist unstrittig, dass enterbten und erbunwürdigen Geschenknehmern sowie Geschenknehmern, denen aufgrund des Verlustes des Angehörigenverhältnisses kein Pflichtteil mehr zusteht, keine Haftungsfreistellung iSd § 791 Abs 2 ABGB zuzubilligen ist.⁶⁰² Es kann nun jedoch der Fall eintreten, dass der zuvor genannte Geschenknehmer bereits vor dem Geschenkgeber verstirbt. In diesem Fall geht die Haftung nach den Bestimmungen der §§ 789 ff ABGB auf dessen Gesamtrechtsnachfolger über.⁶⁰³ Aufgrund der erfolgten Enterbung geht der ursprüngliche Pflichtteilsanspruch des Geschenknehmers auf dessen Nachkommen über.⁶⁰⁴ Handelt es sich dabei gleichzeitig um dessen Gesamtrechtsnachfolger, so kann die Frage aufgeworfen werden, ob dem Gesamtrechtsnachfolger des Geschenknehmers eine Haftungsfreistellung in Höhe seines Pflichtteils zusteht.

Nach *Schamberger*⁶⁰⁵ kommt die Haftungsfreistellung des § 791 Abs 2 ABGB auch dann nicht zur Anwendung, wenn ein enterbter oder erbunwürdiger Pflichtteilsberechtigter vorverstorben ist oder – sowohl vor als auch nach einer Enterbung oder Setzung eines Erbunwürdigkeitsgrundes – auf seinen Pflichtteil verzichtet hat. Dasselbe gilt, wenn diese Personen nach Auflösung des das Pflichtteilsrecht begründenden Angehörigenverhältnisses versterben oder davor einen Pflichtteilsverzicht abgegeben haben.⁶⁰⁶

bb) Stellungnahme

Die Frage, ob der Gesamtrechtsnachfolger des Geschenknehmers, dem nach dem Geschenkgeber ein Pflichtteil zukommt, eine Haftungsfreistellung geltend machen kann, kann von besonderem Interesse sein, da es für ihn von erheblicher Bedeutung ist, ob er in den Genuss seines Pflichtteils durch Einbehalten eines der Höhe des Pflichtteils entsprechenden Teils des Geschenks kommt, oder ob ihn die verkürzten Pflichtteilsberechtigten genauso wie seinen

⁶⁰² *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 135; *Schamberger*, NZ 2017, 374 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 220; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 792 ABGB Rz 2; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 14; *Eccher/Umlauf*, Erbrecht⁷ Rz 12/35; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 164.

⁶⁰³ Zum Übergang der Haftung auf Gesamtrechtsnachfolger des Beschenkten vgl Kapitel E.I.

⁶⁰⁴ Vgl § 758 Abs 2 ABGB.

⁶⁰⁵ *Schamberger*, NZ 2017, 374.

⁶⁰⁶ Zu beachten ist jedoch, dass bei diesen Ausführungen nicht darauf Bedacht genommen wurde, ob dem Erben des Geschenknehmers nach dem Geschenkgeber selbst ein Pflichtteilsanspruch zusteht.

Vorfahren – nämlich ohne Haftungsfreistellung in Höhe des Pflichtteils – in Anspruch nehmen können, was zu einer Verkürzung seines Pflichtteils führen kann. In diesem Fall wäre er selbst ebenfalls auf seine Haftungsansprüche gem §§ 789 ff ABGB gegen die übrigen Geschenknehmer verwiesen. In dieser Fallkonstellation wäre dem Beschenkten keine Haftungsfreistellung zugekommen,⁶⁰⁷ dessen Gesamtrechtsnachfolger sind jedoch nunmehr nach dem verstorbenen Geschenkgeber pflichtteilsberechtigt. Es kommt somit zu einem Zusammentreffen des Übergangs der Haftungsbestimmungen vom Geschenknehmer auf dessen Gesamtrechtsnachfolger⁶⁰⁸ einerseits und dem eigenständigen Pflichtteilsrecht des Gesamtrechtsnachfolgers des enterbten Beschenkten nach dem Geschenkgeber andererseits. Bei vorstehender Problematik können mE zwei Lösungsmöglichkeiten in Betracht gezogen werden. Einerseits kann aufgrund der Vererbung der Haftung⁶⁰⁹ und sämtlicher damit verbundenen Rechtsfolgen das Bestehen einer Haftungsfreistellung abgelehnt werden. Andererseits kann eine analoge Anwendung einer Haftungsfreistellung nach § 791 ABGB erwogen werden und somit dem Gesamtrechtsnachfolger des enterbten Geschenknehmers eine Haftungsfreistellung in Höhe seines eigenen Pflichtteils zugebilligt werden.

(1) Keine Annahme einer Haftungsfreistellung

Es wurde bereits ausgeführt, dass der Gesamtrechtsnachfolger des Geschenknehmers genauso haftet, wie der Geschenknehmer selbst.⁶¹⁰ Verstirbt der Geschenknehmer, so haften seine Erben in gleicher Weise wie er selbst und können daher auch die Haftungsfreistellung in gleichem Ausmaß geltend machen wie der verstorbene Geschenknehmer.⁶¹¹ Den als Gesamtrechtsnachfolger haftenden Erben eines pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers kommt die dem vorverstorbenen Geschenknehmer zustehende Haftungsfreistellung zu.⁶¹² Auch in den Mat⁶¹³ wird klargestellt, dass der Gesamtrechtsnachfolger des Beschenkten die Haftungsfreistellung in gleichem Umfang geltend machen kann wie der Beschenkte selbst. Da der Erbe in sämtliche Rechte und Verbindlichkeiten des Beschenkten eintritt, somit auch die Haftung nach §§ 789 ff ABGB auf ihn übergeht, soll ihm nach den Mat⁶¹⁴ auch die Haftungsfreistellung im selben Ausmaß zukommen, wie dies für den verstorbenen

⁶⁰⁷ Vgl zB *Umlauf*, Hinz- und Anrechnung² 220.

⁶⁰⁸ Vgl § 791 Abs 2 ABGB, nach welchem auch dem Erben eines Geschenknehmers die Haftungsfreistellung des verstorbenen Geschenknehmers zukommt.

⁶⁰⁹ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel E.I.

⁶¹⁰ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel E.I.

⁶¹¹ *K. Müller/Melzer* in *Deixler-Hübner/Schauer* 91; *dies* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*² Rz 21

⁶¹² Vgl zB *Musger* in *KBB*⁷ § 791 ABGB Rz 2.

⁶¹³ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁶¹⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37 unter Hinweis auf *Umlauf*, Anrechnung 320 f.

pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmer möglich gewesen wäre. Aufgrund der soeben dargestellten Ableitung der Haftung des Gesamtrechtsnachfolgers des Geschenknnehmers von jener des Geschenknnehmers, könnte man darauf schließen, dass auch der volle Haftungsumfang des Geschenknnehmers, ohne Berücksichtigung einer Haftungsfreistellung, auf seinen Gesamtrechtsnachfolger übergeht, selbst wenn diesem selbst ein Pflichtteil nach dem verstorbenen Geschenkgeber zusteht.

(2) Analoge Anwendung des § 791 Abs 1 ABGB

Untersucht man die einzelnen Bestimmungen des § 791 ABGB, so kann festgestellt werden, dass der Gesamtrechtsnachfolger des enterbten Geschenknnehmers, der gegenüber dem Geschenknnehmer pflichtteilsberechtigt ist, nicht erwähnt ist. Abs 1 spricht vom konkret pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmer, dem eine Haftungsfreistellung in Höhe des Pflichtteils zukommt. Ist der enterbte Geschenknnehmer bereits vor dem Geschenkgeber verstorben, so ist dessen Gesamtrechtsnachfolger nach dem Verstorbenen selbst konkret pflichtteilsberechtigt. Abs 1 legt die Haftungsfreistellung jedoch nur für den konkret pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmer fest. In gegenständlichem Fall war der Geschenknnehmer aufgrund der Enterbung jedoch nicht konkret pflichtteilsberechtigt. Weiters ist der konkret pflichtteilsberechtigte Gesamtrechtsnachfolger des Enterbten nicht selbst Geschenknnehmer. Die Haftung besteht daher nicht aufgrund eines selbst vom Verstorbenen erhaltenen Geschenks, sondern aufgrund der Vererbung der ursprünglich den enterbten Pflichtteilsberechtigten treffenden Haftung. Der Anwendungsbereich des Abs 1 ist somit nicht erfüllt.

§ 791 Abs 2 ABGB legt für die Erben des Geschenknnehmers eine Haftungsfreistellung in Höhe „seines“ hypothetischen Pflichtteils fest, welcher zum Todeszeitpunkt zu berechnen ist. Da dem Geschenknnehmer aufgrund der Enterbung kein Pflichtteil und somit keine Haftungsfreistellung zusteht und diese Bestimmung eine Vererbung der Haftungsfreistellung vorsieht, können daraus keine Rückschlüsse auf eine Haftungsfreistellung des Gesamtrechtsnachfolgers des Enterbten gezogen werden. § 791 Abs 3 ABGB verhindert die doppelte Berücksichtigung einer Pflichtteilsquote durch einen Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigten, der selbst ein Geschenk erhalten hat,⁶¹⁵ wenn der Erbe oder der

⁶¹⁵ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel H.IV.5.

Geschenknehmer bereits eine Haftungsfreistellung geltend gemacht hat. Diese Bestimmung ist daher im gegenständlichen Fall ebenfalls nicht einschlägig.

Gesteht man dem Gesamtrechtsnachfolger des enterbten Geschenknehmers eine Haftungsfreistellung zu, so führt dies zu einer Verringerung des vorhandenen Haftungsfonds für verkürzte Pflichtteilsberechtigte, denn würde der enterbte Pflichtteilsberechtigte noch leben, so könnte dieser gem §§ 789 ff ABGB zur Haftung herangezogen werden und würde diesem aufgrund der Enterbung keine Haftungsfreistellung zustehen. Durch die Enterbung soll jedoch dem Enterbten aufgrund seines Fehlverhaltens der Pflichtteil entzogen werden.⁶¹⁶ Diese zielt also nicht darauf ab, den übrigen Pflichtteilsberechtigten die Verfolgung ihrer Pflichtteilsansprüche zu erleichtern und ihnen einen größeren Haftungsfonds zur Verfügung zu stellen. Ausweislich der Mat⁶¹⁷ soll durch die Festlegung der Haftungsfreistellungen ein vermögensrechtlicher Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten geschaffen werden. Diesem Anliegen des Gesetzgebers würde eine Verweigerung der Haftungsfreistellung widersprechen.

(3) Schlussfolgerung

Zwar haftet der Gesamtrechtsnachfolger eines Geschenknehmers genauso wie der Geschenknehmer selbst,⁶¹⁸ doch sollte dies nicht dazu führen, dass der Gesamtrechtsnachfolger in seinem eigenen Pflichtteilsrecht verletzt wird. Das Zusammenspiel zwischen der an den Geschenknehmer erfolgten Schenkung und dem Pflichtteilsanspruch des Repräsentationsberechtigten wird auch durch die Anordnung in § 783 Abs 1 ABGB deutlich. Diese Bestimmung legt fest, dass Schenkungen „auf den Pflichtteil der beschenkten Person oder derjenigen, die an dessen Stelle tritt“ anzurechnen ist. Wenn also eine an den Vorfahren des Repräsentationsberechtigten erfolgte Schenkung geeignet ist, den Pflichtteil des Repräsentationsberechtigten zu decken, so sollte diese Schenkung umgekehrt vom Gesamtrechtsnachfolger, dessen Pflichtteilsanspruch sich aufgrund der Repräsentation ergibt, auch herangezogen werden dürfen, um durch Geltendmachung einer Haftungsfreistellung seinen Pflichtteil zu erhalten. Aufgrund der obigen Ausführungen sollte die Haftungsfreistellung des § 791 Abs 1 ABGB für den „konkret pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer“ auf den „nach den §§ 789 ff ABGB haftenden, konkret Pflichtteilsberechtigten“ ausgedehnt werden, sodass dem Gesamtrechtsnachfolger des

⁶¹⁶ Vgl §§ 769 f ABGB.

⁶¹⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁶¹⁸ Vgl K. Müller/Melzer in Deixler-Hübner/Schauer 91; dies in Gruber/Kalss/Müller/Schauer² Rz 70.

enterbten Pflichtteilsberechtigten eine Haftungsfreistellung in Höhe seines konkreten Pflichtteils zukommt.⁶¹⁹

V. Befristete Haftung für nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer

1. Allgemeines

Nachdem bereits Haftungsfreistellungen für pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer erörtert wurden, soll an dieser Stelle die gesetzlich festgelegte Haftungsfreistellung für nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer dargestellt werden sowie die sich im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 792 ABGB ergebenden Problemstellungen näher erörtert werden. § 792 ABGB legt Folgendes fest:

„Wenn der Geschenknehmer im Zeitpunkt der Schenkung nicht zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörte (§ 757), haftet er nicht, wenn der Verstorbene die Schenkung mehr als zwei Jahre vor seinem Tod wirklich gemacht hat.“

So sind Zuwendungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen nach Ablauf der Zweijahresfrist auch dem Zugriff durch verkürzte Pflichtteilsberechtigte entzogen. Mit dieser Bestimmung soll ausweislich der Mat⁶²⁰ die Vermögensopfertheorie gesetzlich verankert werden. Eine gesetzliche Definition des Begriffes erfolgte allerdings nicht, was weitere Fragen aufwirft, da die Beurteilung, ob das Vermögensopfer bereits erbracht wurde, im Einzelfall oft schwierig sein kann.

Die Bestimmung des § 792 ABGB kann als problematisch angesehen werden, die diese einen ehemaligen Lebensgefährten besserstellt, als einen ehemaligen Ehegatten oder eingetragenen Partner, weil nur auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt abgestellt wird.⁶²¹ An dieser Stelle soll der genaue Regelungsgehalt des § 792 ABGB untersucht werden. Bevor eine Auseinandersetzung mit dieser Fragestellung erfolgt, soll zunächst erörtert

⁶¹⁹ Diese Ausführungen sind jedoch nur dann relevant, wenn der Gesamtrechtsnachfolger des enterbten Geschenknehmers nicht selbst eine Schenkung vom Verstorbenen erhalten hat. In diesem Fall ist jedenfalls nach § 791 ABGB eine Haftungsfreistellung in Höhe seines (hypothetischen) Pflichtteils anzunehmen.

⁶²⁰ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁶²¹ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 198 unter Hinweis auf Stellungnahme Oberlandesgericht Innsbruck MEntw Nr 33, 8 f.

werden, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um von einer Schenkung an eine pflichtteilsberechtigte Person sprechen zu können.

2. Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen

a) Problemstellung

Um beurteilen zu können, ob ein Geschenknehmer der befristeten oder der unbefristeten Haftung unterliegt, ist es erforderlich zu beurteilen, ob er zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen zählt. Wie soeben erläutert wurde, sieht das Erbrecht in mehrfacher Hinsicht eine unterschiedliche Behandlung von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen einerseits und Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen andererseits vor. Nach dem ErbRÄG 2015 bleibt weiterhin unklar, unter welchen Voraussetzungen von einer Zuwendung an eine pflichtteilsberechtigte Person nach § 783 ABGB auszugehen ist, die der unbefristeten Hinzurechnung unterliegt, und wann demgegenüber eine Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person nach § 782 ABGB vorliegt, die nur dann hinzuzurechnen ist, wenn die Schenkung innerhalb der letzten beiden Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers wirklich gemacht wurde. Den beiden soeben angeführten gesetzlichen Regelungen ist nicht zu entnehmen, zu welchem Zeitpunkt die Pflichtteilsberechtigung gegeben sein muss, da jeweils auf „Personen, die (bzw die nicht) dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten angehören (§ 757)“ Bezug genommen wird. Es besteht daher Uneinigkeit darüber, ob konkrete oder abstrakte Pflichtteilsberechtigung erforderlich ist und zu welchem Zeitpunkt diese gegeben sein muss.

Ebenso wird in dem an dieser Stelle näher zu behandelnden § 792 ABGB eine Differenzierung zwischen Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen einerseits und pflichtteilsberechtigte Personen andererseits vorgenommen, indem festgelegt wird, dass ein Geschenknehmer, der im Zeitpunkt der Schenkung nicht zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gem § 757 ABGB gehört hat, nicht haftet, wenn der Verstorbene die Schenkung mehr als zwei Jahre vor seinem Tod wirklich gemacht hat. Im Gegensatz zu den §§ 782 f ABGB stellt daher § 792 ABGB ausdrücklich auf den für die Pflichtteilsberechtigung maßgeblichen Zeitpunkt ab.

Die gegenständliche Frage der Zugehörigkeit einer Person zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten ist unerheblich, wenn die Pflichtteilsberechtigung sowohl im Zeitpunkt

der Schenkung, als auch im Zeitpunkt des Todes gegeben ist.⁶²² Problematisch sind jedoch Fälle, in denen die Pflichtteilsberechtigung nur in einem der beiden Zeitpunkte vorliegt. So kann beispielsweise eine Schenkung an den Lebensgefährten erfolgen und dieser aufgrund der Verehelichung zwischen Schenkung und Tod des Geschenkgebers im Zeitpunkt des Todes als Ehegatte dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten angehören.⁶²³ Weiters kann eine Schenkung an die Ehegattin erfolgen, welche aufgrund der nachfolgenden Auflösung der Ehe im Zeitpunkt des Todes nicht mehr zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen zählt.⁶²⁴ Es soll daher zunächst im Folgenden untersucht werden, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, um von einer Zuwendung an eine pflichtteilsberechtigte Person, die der unbefristeten Hinzurechnung nach § 783 ABGB unterliegt, sprechen zu können und wann demgegenüber von einer Zuwendung an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person auszugehen ist, deren Hinzurechnung nach § 782 ABGB nur zeitlich beschränkt vorgesehen ist. Weiters soll das Zusammenspiel der Bestimmungen der §§ 782 f ABGB und jener des § 792 ABGB untersucht werden.

b) Meinungsstand

An das Vorliegen einer Schenkung an eine pflichtteilsberechtigte Person werden unterschiedliche Anforderungen gestellt. So werden hinsichtlich des Zeitpunktes, zu dem die Pflichtteilsberechtigung bestehen muss, sowie ob abstrakte oder konkrete Pflichtteilsberechtigung erforderlich ist, verschiedene Ansichten vertreten.⁶²⁵

aa) Abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt und im Todeszeitpunkt

Nach Ansicht des OGH⁶²⁶ ist für eine unbefristete Berücksichtigung der Schenkung und somit eine „Schenkungen an eine pflichtteilsberechtigte Person“ abstrakte Pflichtteilsberechtigung sowohl im Schenkungs- als auch im Todeszeitpunkt erforderlich. Von diesem wird auf die Gesetzesmaterialien hingewiesen und ausgeführt, die kontinuierliche Rechtsentwicklung solle gewahrt werden und die bisherige Rspr kodifiziert werden. Da bisher

⁶²² *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 782-783 ABGB Rz 24; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 9.

⁶²³ *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 782-783 ABGB Rz 24.

⁶²⁴ Für weitere Beispiele vgl. *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 88.

⁶²⁵ Für eine überblicksmäßige Darstellung der einzelnen Meinungen in der Lit vgl. auch *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 783 ABGB Rz 4 ff; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 782-783 ABGB Rz 25; *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 2; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 7.

⁶²⁶ OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v = Zak 2020, 334 = EF-Z 2021, 37 (Tschugguel) = EvBl 2021, 234 (Kietaihl) = eolex 2021, 31 = JBl 2021, 512 (Kogler) = SZ 2020/68; RIS-Justiz RS0133335, zuletzt OGH 28.05.2014, 2 Ob 79/24t.

abstrakte Pflichtteilsberechtigung in beiden Zeitpunkten erforderlich war, solle dies auch nach neuer Rechtslage weiterhin so gelten.⁶²⁷ Diese Ansicht wird auch mehrheitlich in der Lit⁶²⁸ vertreten. Dies ist nach *Schauer*⁶²⁹ unter Berufung auf die bisherige Rechtslage, nach der abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung als maßgeblich angesehen wurde, und aus Gründen der Rechtssicherheit anzunehmen.⁶³⁰ Nach diesem sollen die Rechtsfolgen der Schenkung im Hinblick auf eine mögliche Haftung des Beschenkten bereits im Schenkungszeitpunkt feststehen. *Barth/Pesendorfer*⁶³¹ leiten das Erfordernis der abstrakten Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt aus dem Wortlaut des § 792 ABGB ab, der hinsichtlich der unbefristeten Haftung des Geschenknehmers auf die Vergangenheit verweist, indem festgelegt wird, dass ein Geschenknehmer, der im Zeitpunkt der Schenkung nicht zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörte, nicht haftet, wenn die Schenkung mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Verstorbenen wirklich gemacht wurde. Weiters wird auf das Wort „angehören“ in § 782 ABGB Bezug genommen. Da es in dieser Bestimmung „angehören“ und nicht „angehörten“ lautet, soll auch die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Todes maßgeblich sein.⁶³²

Ebenso ist nach *Hofmann*⁶³³ für eine unbefristete Berücksichtigung einer Schenkung bei der Pflichtteilsbemessung aufgrund der Wortwendung „angehören“ in § 783 Abs 1 ABGB die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt erforderlich. Weiters wäre nach diesem die Regelung des § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB funktionslos, wenn man nicht zusätzlich die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt fordern würde. Es würde der

⁶²⁷ Krit dazu ua *Kogler*, Unbefristete Hinzurechnung von Schenkungen bei abstrakter Pflichtteilsberechtigung im Schenkungs- und Todeszeitpunkt, Anmerkungen zu OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v, JBl 2021, 512 (518), da bei wörtlicher Auslegung der Entscheidung und Abstellen auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt eine Schenkung an ein Kind, welches vorverstorben ist, nicht unbefristet zu berücksichtigen wäre, da dieses im Todeszeitpunkt nicht mehr konkret pflichtteilsberechtigt sei.

⁶²⁸ So *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 218 f; *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 123 und 125; *Rucker*, NZ 2016, 88; *K. Müller/Melzer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*² Rz 39; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 173; *Barth*, Das Pflichtteilsrecht – Die Änderungen durch das ErbRÄG 2015 im Überblick, iFamZ 2015, 237 (242); *Tschugguel*, Glosse zu OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v, EF-Z 2021, 37; *Wolkerstorfer*, Eintritt des Vermögensopfers bei der Schenkung auf den Todesfall, NZ 2017, 418 (419); *Kietaihl*, Pflichtteilsermittlung: Unbefristete Hinzurechnung nur bei Pflichtteilsberechtigung im Schenkungs- und Todeszeitpunkt, Anmerkung zu OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v, EvBl 2021, 234; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 189 f, die aufgrund des Zusammenspiels des § 782 ABGB mit § 792 ABGB und der Ableitung der Haftung von der Hinzurechnung sowohl Schenkungs- als auch den Todeszeitpunkt im Rahmen beider Bestimmungen als maßgeblich ansieht, um von einer unbefristet zu berücksichtigenden Schenkung sprechen zu können.

⁶²⁹ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 218.

⁶³⁰ Vgl *Schauer*, Das neue Erbrecht, Grundlegende Wertungen und ausgewählte Einzelfragen, ÖJZ 2017, 53 (58), wo auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung abgestellt wird.

⁶³¹ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 123.

⁶³² Dagegen äußert sich *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 89, nach dem aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes in den §§ 789 ABGB und 792 ABGB nur der Schenkungszeitpunkt maßgeblich sein kann.

⁶³³ *Hofmann*, Anmerkung zu VfGH 13.12.2016, G 572/2015, NZ 2017, 102 (105 ff).

Regelung des § 789 ABGB widersprechen, wenn die Hinzu- und Anrechnung an andere Voraussetzungen geknüpft wäre, als die Haftung der Geschenknehmer. Nach *Hofmann* wird neben der abstrakten Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt bei Vortod des Geschenknehmers auf ein weiteres Element abgestellt, und zwar auf eine „hypothetische abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Falle des Überlebens“. Nach diesem müsse daher überprüft werden, ob der Geschenknehmer im Todeszeitpunkt pflichtteilsberechtigt gewesen wäre, wenn er den Geschenkgeber überlebt hätte.⁶³⁴

Nach *Welser*⁶³⁵ ist bei Wegfall der Pflichtteilsberechtigung zwischen dem Zeitpunkt der Schenkung und dem Tod des Geschenkgebers zu prüfen, ob es zu nicht anrechenbaren Schenkungen kommen kann, wenn auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung und im Zeitpunkt des Todes abgestellt wird. Da in diesen Fällen im zweiten Zeitpunkt die Pflichtteilsberechtigung fehlt, seien die für die unbefristete Hinzu- und Anrechnung erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt. Es könne auch die Zweijahresfrist nach § 782 ABGB keine Anwendung finden, da der Beschenkte im Zeitpunkt der Schenkung abstrakt pflichtteilsberechtigt war. Es müsse daher immer befristet hinzugerechnet werden, wenn die Voraussetzungen für die unbefristete Hinzu- und Anrechnung fehlen. Die hA sei daher nicht widersprüchlich und lasse sich auch für den Fall vertreten, dass es zu einer befristeten Hinzurechnung der Schenkung kommt, wenn die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Todes fehlt.

bb) Abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt

Demgegenüber wird auch die Meinung vertreten, die abstrakte Pflichtteilsberechtigung müsse nicht zu beiden Zeitpunkten vorliegen. So ist nach *Apathy*⁶³⁶ die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt der Schenkung maßgeblich. Aufgrund des Verweises auf den Zeitpunkt der Schenkung in § 792 ABGB und aufgrund des Normzwecks des § 782 Abs 2 ABGB, nach welchem Schenkungen bei der Pflichtteilsbemessung außer Betracht bleiben, wenn der Geschenkgeber im Zeitpunkt der Schenkung nicht mit Pflichtteilsansprüchen rechnen musste, sei auf den Zeitpunkt der Schenkung und nicht auf jenen des Todes abzustellen.⁶³⁷

⁶³⁴ Krit dazu äußert sich *Kogler*, Nochmals zur befristeten oder unbefristeten Schenkungsanrechnung – Eine Replik auf Hofmann, NZ 2017/38 und Pollan, NZ 2018/28, NZ 2021, 399 (406).

⁶³⁵ *Welser*, Zweijahresfrist und Rechtsmissbrauch bei der Schenkungsanrechnung in FS Bittner (2018) 773 (775).

⁶³⁶ *Apathy*, ÖJZ 2016, 807; *ders* in Artmann/Rüffler/Torggler 8; ebenso *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ (2016) 626, aufgrund mangelnder gesetzlicher Anordnung.

⁶³⁷ Für ein Abstellen nur auf den Schenkungszeitpunkt aufgrund des Zusammenspiels der §§ 789 ABGB und 792 ABGB auch *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 89 f.

Ebenso stellt *Umlauf*⁶³⁸ auf das Vorliegen der abstrakten Pflichtteilsberechtigung lediglich im Zeitpunkt der Schenkung ab, sodass nach diesem eine nachfolgende Änderung der Pflichtteilsberechtigung nicht relevant ist. Er weist zunächst auf § 792 ABGB hin, der in Bezug auf die Haftung des Geschenknehmers nur auf den Schenkungszeitpunkt verweist. Da nur mit hinzuzurechnenden Schenkungen gehaftet wird, könne aus einer Zusammenschau der Bestimmungen der §§ 789 ABGB und 792 ABGB die Maßgeblichkeit des Schenkungszeitpunktes abgeleitet werden.⁶³⁹ Begründet wird dies weiters damit, dass in § 783 Abs 1 Satz 1 ABGB angeordnet wird, dass die Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte der Verlassenschaft hinzuzurechnen und auf den Pflichtteil der beschenkten Person „*oder derjenigen Person, die an deren Stelle tritt*“, ⁶⁴⁰ anzurechnen ist. In den Gesetzesmaterialien werde ausdrücklich der Vortod des Beschenkten erwähnt. Der Geschenknehmer ist im Falle seines Vortodes bei Ableben des Geschenkgebers jedoch nicht mehr abstrakt pflichtteilsberechtigt. Es lasse sich daher aus dem Gesetzestext ableiten, dass eine abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt nicht erforderlich sei. Für die Frage der Pflichtteilsberechtigung sei daher lediglich der Schenkungszeitpunkt maßgeblich. Ebenso ist nach *Umlauf*⁶⁴¹ im Hinblick auf die Rechtssicherheit auf den Schenkungszeitpunkt abzustellen. *Musger*⁶⁴² führt hierzu aus, dass der Wegfall der abstrakten Pflichtteilsberechtigung zwischen Schenkungs- und Todeszeitpunkt infolge Vorablebens des Beschenkten nicht schadet.

cc) Abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt

*Rabl*⁶⁴³ stellt aufgrund des Gesetzeswortlautes auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt ab. Aufgrund des Verweises des § 792 ABGB in die Vergangenheit sei es fraglich, ob zusätzlich zur abstrakten Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Todes auch jene im Zeitpunkt der Schenkung vorliegen müsse.

⁶³⁸ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 89f; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 8; *ders*, Fragen im Zusammenhang mit der Pflichtteilsberechtigung gem § 783 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015 als Voraussetzung für die unbefristete Schenkungshinzurechnung in FS Bittner (2018) 719.

⁶³⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 89.

⁶⁴⁰ Hervorhebung durch *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 8.

⁶⁴¹ *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 8 unter Hinweis auf *Schauer* in Barth/Pesendorfer 218.

⁶⁴² *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 2; ebenso *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 190; krit dazu *Kogler*, JBl 2021, 518.

⁶⁴³ *Rabl*, NZ 2015, 340 f.

Ebenso ist nach *Pollan*⁶⁴⁴ für eine unbefristete Berücksichtigung der Schenkung abstrakte Pflichtteilsberechtigung nur im Todeszeitpunkt erforderlich. War der Geschenknehmer nicht auch im Schenkungszeitpunkt abstrakt pflichtteilsberechtigt, soll ihn die subsidiäre Haftung nach §§ 789 ff ABGB nur im Falle von Schenkungen treffen, die innerhalb von zwei Jahren vor dem Tod der Geschenkgebers an ihn erfolgt sind.⁶⁴⁵ Unter Hinweis auf die in den §§ 782 und 783 ABGB gewählte Gegenwartsform („*Personen, die nicht [...] bzw Personen die dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten angehören*“) sei nach *Pollan*⁶⁴⁶ jedenfalls die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Ablebens des Geschenkgebers erforderlich. Weiters äußert sich dieser krit zur Ansicht *Hofmanns*⁶⁴⁷ indem er ausführt, dass § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB nicht ein generelles zusätzliches Tatbestandsmerkmal für die unbefristete Anrechnung festlegt, sondern den Fall regelt, in dem eine Schenkung an ein Kind gegen Pflichtteilsverzicht erfolgt, um dem verzichtenden Kind die Berechtigung, die Hinzurechnung zu verlangen, zu erhalten und zum vermögensrechtlichen Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten beizutragen. Nach *Pollan*⁶⁴⁸ lassen sich aus dem Schenkungsanrechnungsrecht keine Anhaltspunkte dafür finden, dass für eine unbefristete Hinzurechnung die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Ablebens- und im Schenkungszeitpunkt erforderlich ist. Auch eine Schenkung an ein vorverstorbenes Kind ist nach diesem trotz fehlender Pflichtteilsberechtigung dieses Kindes im Ablebenszeitpunkt als unbefristet hinzu- und anrechenbare Schenkung anzusehen, da es auf die Abstammung vom Erblasser ankomme.⁶⁴⁹ Die Verschiedenbehandlung der Hinzurechnung einerseits und der Haftung andererseits sei nach diesem beabsichtigt.

dd) Abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt und konkrete Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt

Den obigen Ausführungen zufolge wird überwiegend abstrakte Pflichtteilsberechtigung, unabhängig davon, welcher Zeitpunkt für die Pflichtteilsberechtigung als maßgeblich erachtet

⁶⁴⁴ *Pollan*, NZ 2018, 85 ff.

⁶⁴⁵ Krit dazu *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 8, da sich nach diesem aufgrund des Gesetzeswortlautes des § 789 Abs 1 S 1 ABGB iVm mit § 792 ABGB die Deckungsgleichheit zwischen Schenkungen, die hinzuzurechnen sind und jenen, mit denen gehaftet wird, besteht und somit die Ansicht Pollans nicht mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar sei.

⁶⁴⁶ *Pollan*, NZ 2018, 86 f.

⁶⁴⁷ *Hofmann*, NZ 2017, 105 ff, nach welchem die Bestimmung des § 783 Abs 1 S 2 ABGB „funktionslos“ wäre, würde man nicht zusätzlich zur abstrakten Pflichtteilsberechtigung im Ablebenszeitpunkt ein weiteres Tatbestandsmerkmal fordern.

⁶⁴⁸ *Pollan*, NZ 2018, 88 ff.

⁶⁴⁹ Krit dazu *Kolger*, NZ 2021, nach dem es einen Widerspruch darstellt, die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Erbfall mit der Abstammung gleichzustellen.

wird, gefordert.⁶⁵⁰ Eine konkrete Pflichtteilsberechtigung muss daher weder im Zeitpunkt der Schenkung, noch im Zeitpunkt des Todes vorliegen.

Demgegenüber werden von *Kogler*⁶⁵¹ strengere Anforderungen an das Vorliegen einer Schenkung an eine pflichtteilsberechtigte Person gestellt. Dieser führt eine umfassende wörtliche, systematische und historische Interpretation der einschlägigen Bestimmungen durch und kommt zu dem Ergebnis, dass für eine unbefristete Schenkungsanrechnung im Schenkungszeitpunkt abstrakte Pflichtteilsberechtigung vorliegen muss. Zusätzlich müsse der Beschenkte im Todeszeitpunkt konkret pflichtteilsberechtigt sein, sein Pflichtteil von jemand anderem übernommen worden sein oder – sofern man den mitzuzählenden Verzichtenden/Ausschlagenden nicht als konkret pflichtteilsberechtigt bezeichnet – der beschenkte Verzichtende/Ausschlagende im Erbfall mitzuzählen sein. Es müsse daher die Schenkung im Erbfall beim Geschenknehmer selbst oder bei jemand anderen angerechnet werden können, um von einer Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten sprechen zu können. Der Wortlaut des § 783 ABGB lege nach *Kogler*⁶⁵² klar fest, dass jedenfalls die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt erforderlich sei. Unklar sei aufgrund des Wortlautes jedoch, ob es zusätzlich zu einer Anrechnung der Schenkung im Erbfall kommen müsse.

*Kogler*⁶⁵³ leitet dieses Ergebnis unter anderem aus den Mat⁶⁵⁴ zu § 782 ABGB ab. In diesen wird Folgendes ausgeführt: „Die bloße Hinzurechnung, die im zweipersonalen Verhältnis zwischen Verstorbenem und Geschenknehmer – sei dies ausnahmsweise auch ein Pflichtteilsberechtigter – anrechnungsfrei bleibt, ist für die Erben oder Vermächtnisnehmer von Nachteil, weil ihre „Portionen“ kleiner werden. Zudem schränkt sie die Testierfreiheit ein.“ Stelle man nur auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt ab, würde eine Schenkung an einen künftigen Pflichtteilsberechtigten trotz dessen konkreter Pflichtteilsberechtigung nur befristet hinzugerechnet werden. Ebenso sei bei Abstellen auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt bei Wegfall der Pflichtteilsberechtigung eine Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten erfolgt, die nur der befristeten Hinzurechnung unterliegt. Daraus folgt lt *Kogler*, dass es zumindest einen Fall geben müsse, in welchem eine

⁶⁵⁰ So zB *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 218 f; *Barth/Pesendorfer*, *Erbrechtsreform* 123 und 125; *Rucker*, NZ 2016, 88; *K. Müller/Melzer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*² Rz 41.

⁶⁵¹ *Kogler*, JBl 2016, 220 ff.

⁶⁵² *Kogler*, JBl 2016, 227.

⁶⁵³ *Kogler*, JBl 2016, 230.

⁶⁵⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33.

Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten erfolgte, aber dennoch eine befristete Hinzurechnung stattfindet.⁶⁵⁵

Weiters wird von Kogler⁶⁵⁶ auf die Mat⁶⁵⁷ zu § 783 ABGB verwiesen. In diesen wird Folgendes ausgeführt: „Die Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil soll jeder, der zur Leistung des Pflichtteils verpflichtet ist, verlangen können. Dies sind die Erben und Vermächtnisnehmer, letztere aber nur, soweit sie nach § 764 Abs. 2 des Entwurfs zur Pflichtteilsanspruchserfüllung beizutragen haben oder vom Kürzungsrecht nach § 692 des Entwurfs betroffen sind. Darüber hinaus soll auch jeder der übrigen Pflichtteilsberechtigten die Hinzu- und Anrechnung begehren können, da es für ihn von Vorteil sein kann, wenn sich Pflichtteilsberechtigte weniger aus der Verlassenschaft befriedigen müssen.“ [...] „Wie erwähnt, setzt die Anrechnung immer auch die Hinzurechnung voraus. Das heißt, dass bei Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte der Kreis jener, die die Hinzurechnung verlangen können, größer ist als bei Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen (§ 782 Abs. 1 des Entwurfs).“ Daraus wird von Kogler abgeleitet, dass es keinen Fall geben kann, in dem es zu einer Hinzurechnung aber nicht zu einer Anrechnung kommt. Der Beschenkte müsse daher bei einer unbefristeten Anrechnung im Todeszeitpunkt konkret pflichtteilsberechtigt sein. Er kommt daher zu dem Ergebnis, dass eine Schenkung an einen Enkel, dessen die Verwandtschaft zum Geschenkgeber vermittelnder Elternteil noch lebt, nicht die Voraussetzungen einer unbefristeten Hinzurechnung erfülle. Es mache nach Kogler keinen Sinn, wenn der Erbe die Hinzurechnung der Schenkung an den Enkel verlangen würde, da mangels konkreter Pflichtteilsberechtigung des Enkels die Schenkung an diesen nicht angerechnet werden könne.⁶⁵⁸

Nach Kogler⁶⁵⁹ kann es nur drei Ansichten geben, wann es zu einer unbefristeten Berücksichtigung einer Schenkung kommen kann. Es sei entweder die abstrakte

⁶⁵⁵ Mit dieser Ansicht Koglers setzt sich Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 91 f, ausführlich auseinander und führt dazu aus, der Geschenknehmer dürfe bei der befristeten Hinzurechnung im lt dem Gesetzgeber für die befristete Hinzurechnung maßgeblichen Zeitpunkt nicht dem Kreis der abstrakt pflichtteilsberechtigten Personen angehören. Lt diesem werde daher in der zitierten Stelle der Mat auf den Fall Bezug genommen, dass die Verlobte des Verstorbenen beschenkt wurde, die dieser nach der Schenkung heiratete und die daher im Zeitpunkt des Todes pflichtteilsberechtigt ist.

⁶⁵⁶ Kogler, JBl 2016, 231 ff.

⁶⁵⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

⁶⁵⁸ Dagegen führt Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 93 f, aus, dass es nicht für jeden gem § 783 ABGB Aktivlegitimierten Sinn macht, die Hinzurechnung einer Schenkung zu verlangen und § 783 ABGB daher nur die Aktivlegitimation im weitesten Sinn regle und nicht in jeder Fallkonstellation für jeden Aktivlegitimierten einen Vorteil bringen müsse.

⁶⁵⁹ Kogler, NZ 2021, 412.

Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt erforderlich oder nur eine (formale) Anrechnung⁶⁶⁰ im Erbfall oder beides. Aufgrund des klaren Wortlautes der §§ 782 und 783 ABGB, die auf die Eigenschaft des Empfängers abstellen und nicht auf die Eigenschaften anderer Personen, könne die Pflichtteilsberechtigung des Geschenknehmers im Erbfall nicht als Kriterium für eine unbefristete Berücksichtigung der Schenkung herangezogen werden, denn ansonsten würde es zu einer Ungleichbehandlung von Schenkungen an erbunwürdige Kinder einerseits und vorverstorbene Kinder andererseits kommen. Er äußert sich krit zu den bereits dargestellten Ansichten *Hofmanns*⁶⁶¹ und *Pollans*,⁶⁶² da diese die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Erbfall „modifizieren“, was zu Wertungswidersprüchen führen könnte.

Nach *Zöchling-Jud*⁶⁶³ ist die soeben von Kogler dargestellte Ansicht zu begrüßen. Bei allen anderen Ansichten könne es Fälle geben, in denen Schenkungen unbefristet hinzugerechnet aber nicht angerechnet werden, was zu Lasten der Testierfreiheit gehe. Zu denken sei hier an die Schenkung an den Enkel, wenn das vorstehende Kind im Zeitpunkt des Todes des Geschenkgebers noch lebt. Es liegt sowohl im Zeitpunkt der Schenkung als auch im Zeitpunkt des Todes eine Schenkung an eine abstrakt pflichtteilsberechtigte Person vor. Diese wäre nach allen anderen Ansichten unbefristet hinzuzurechnen. Eine Anrechnung kann aber nicht stattfinden, da der beschenkte Enkel im Zeitpunkt des Todes nicht pflichtteilsberechtigt ist. Nach den soeben dargestellten Ausführungen *Koglers* gebe es eine unbefristete „reine“ Hinzurechnung nicht, da die Schenkung an den Enkel, der im Zeitpunkt des Todes nicht konkret pflichtteilsberechtigt ist, nur der befristeten Hinzurechnung unterliege.

c) *Stellungnahme*

ME sollte auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt abgestellt werden, da im Zeitpunkt der Schenkung bereits die pflichtteilsrechtlichen Auswirkungen der Schenkung feststehen sollten.⁶⁶⁴ Erfolgt nun eine Schenkung an die im Zeitpunkt der

⁶⁶⁰ Dies ist lt *Kogler*, JBl 2021, 517 so zu verstehen, dass eine selbst nicht pflichtteilsberechtigte Person bei Ausmessung der Pflichtteile mitgezählt wird, sodass ihr Pflichtteil zumindest rechnerisch vorhanden ist. Dadurch würde lt diesem die Pflichtteilsverzichtsproblematik nach altem Recht beseitigt werden, ansonsten jedoch „alles beim Alten“ gelassen.

⁶⁶¹ *Hofmann*, NZ 2017/38.

⁶⁶² *Pollan*, NZ 2018, 81.

⁶⁶³ *Zöchling-Jud* in Pabel 63.

⁶⁶⁴ Auf den Aspekt der Rechtssicherheit wurde bereits von *Schauer* in Barth/Pesendorfer 218 und *Umlauft* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 8, hingewiesen.

Schenkung pflichtteilsberechtigte Ehegattin mit dem Vertrauen darauf, die Kinder des Geschenknehmers partizipieren im Wege des Pflichtteilsrechts an der Schenkung, so würde nun im Falle der Auflösung der Ehe, sofern seit der Schenkung bereits mehr als zwei Jahre vergangen sind, eine Berücksichtigung der Schenkung bei der Pflichtteilsermittlung nicht mehr erfolgen, da die ehemalige Ehegattin des Geschenkgebers infolge der Auflösung der Ehe im Zeitpunkt des Todes nicht mehr abstrakt pflichtteilsberechtigt ist. Hier kann noch argumentiert werden, im Zuge der Auflösung der Ehe falle die Schenkung ohnehin – zumindest wertmäßig – wieder in das Vermögen des Geschenkgebers zurück,⁶⁶⁵ sodass es zu keiner Einschränkung des Pflichtteils der Kinder des Geschenknehmers kommt. Dasselbe ergibt sich jedoch im Fall einer Schenkung an ein Adoptivkind, sofern die Adoption nach der Schenkung wieder aufgelöst wird und der Geschenkgeber mehr als zwei Jahre nach der Schenkung verstirbt. In diesem Fall wäre die Schenkung an das ehemalige Adoptivkind bei der Pflichtteilsbemessung der weiteren Kinder des Geschenknehmers, entgegen der im Zeitpunkt der Schenkung angenommenen unbefristeten Berücksichtigung der Schenkung, nicht hinzuzurechnen. Es ist nicht einzusehen, weshalb die weiteren Kinder des Geschenknehmers durch die Auflösung der Adoption in ihrem Pflichtteilsrecht eingeschränkt werden sollten. Das spricht für die Maßgeblichkeit des Schenkungszeitpunktes. Eine nachträgliche Änderung der Pflichtteilsberechtigung sollte demnach unerheblich sein.

3. Regelungsgehalt des § 792 ABGB

a) Problemstellung

An dieser Stelle soll untersucht werden, ob dem § 792 ABGB eine normative Bedeutung zukommt. Es wurde bereits ausgeführt, dass ein Geschenknehmer nur dann zur Haftung herangezogen werden kann, wenn die an ihn erfolgte Schenkung bei der Bestimmung der Pflichtteilsansprüche berücksichtigt wurde.⁶⁶⁶ Eine Haftung ohne Hinzurechnung scheidet daher aus. Da bereits nach § 782 ABGB eine Schenkung, die an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person erfolgt ist, bei der Pflichtteilsberechnung nicht zu berücksichtigen ist, wenn die Schenkung mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenknehmers wirklich gemacht worden ist, sind die Haftungsbestimmungen der §§ 789 ff ABGB auf diese Schenkungen mangels Hinzurechnung nicht anzuwenden. So kommt in diesen Fällen eine

⁶⁶⁵ Für nähere Ausführungen zur Behandlung von Schenkungen nach Auflösung der Ehe vgl zB *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 10 mwN.

⁶⁶⁶ Vgl hierzu zB *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 89; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 8; *Kogler*, JBl 2016, 234; *Pollan*, NZ 2018, 96; sowie die Ausführungen in Kapitel C mwN.

Haftung des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers nicht in Betracht. Fraglich ist, weshalb der Ausschluss der Haftung von nicht pflichtteilsberechtigten Personen im Falle von Schenkungen, die mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers wirklich gemacht worden sind, dennoch in § 792 ABGB gesetzlich verankert ist.

b) Meinungsstand

Es kann zunächst die Auffassung⁶⁶⁷ vertreten werden, der Bestimmung des § 792 ABGB komme im Hinblick auf die Festlegung der befristeten Haftung lediglich klarstellende Bedeutung zu, zumal sich die befristete Haftung der nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer bereits aus § 789 ABGB⁶⁶⁸ sowie § 782 ABGB ergebe. Dafür sprechen auch die Ausführungen in den Mat,⁶⁶⁹ nach denen § 792 ABGB die Bestimmung des § 789 ABGB konkretisieren soll. Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte sind nach § 782 ABGB nur dann hinzuzurechnen, wenn der Verstorbene die Schenkungen innerhalb von zwei Jahren vor seinem Tod wirklich gemacht hat. Andernfalls ist § 789 ABGB nicht erfüllt und eine Haftung ohnehin ausgeschlossen.⁶⁷⁰ Nach *Barth/Pesendorfer*⁶⁷¹ kommt der Bestimmung des § 792 ABGB jedoch im Hinblick auf die Festlegung des für das Bestehen der abstrakten Pflichtteilsberechtigung maßgeblichen Zeitpunktes Bedeutung zu, sodass nach diesen (auch) der Zeitpunkt der Schenkung zu berücksichtigen ist.

Nach *Welser*⁶⁷² sollten „die zeitliche Relevanz für die Anrechnung⁶⁷³ und jene für die Haftung nach §§ 789 ff ABGB einander entsprechen“. *Bittner/Hawel*⁶⁷⁴ führen hierzu aus, § 792 ABGB sei als Ergänzung der Regelung des § 782 ABGB anzusehen. Ist eine Schenkung anrechnungsfrei, weil sie mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers an eine nicht

⁶⁶⁷ Vgl *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 136; *Musger* in KBB⁷ § 792 ABGB Rz 1 unter Hinweis auf die Ausführungen in ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 792 ABGB Rz 1.

⁶⁶⁸ § 789 ABGB legt ua Folgendes fest: „Wenn bei Bestimmung der Pflichtteile Schenkungen hinzu- oder angerechnet werden, die Verlassenschaft aber zur Deckung der Pflichtteile nicht ausreicht, kann der verkürzte Pflichtteilsberechtigte vom Geschenknehmer die Zahlung des Fehlbetrags verlangen.“

⁶⁶⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁶⁷⁰ *Musger* in KBB⁷ § 792 ABGB Rz 1.

⁶⁷¹ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 136; ebenso *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 178, nach welcher der Bestimmung neben der klarstellenden Wirkung auch eine normative Bedeutung hinsichtlich der Bestimmung des relevanten Zeitpunktes zukommt.

⁶⁷² *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 792 ABGB Rz 2.

⁶⁷³ Für die Pflichtteilsbemessung relevant ist jedoch die Hinzurechnung, vgl dazu auch die Ausführungen in Kapitel C.

⁶⁷⁴ *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 791 ABGB Rz 8.

pflichtteilsberechtigter Person gemacht wurde, haftete diese auch nicht für die Pflichtteilserfüllung.

Demgegenüber kann auch die Ansicht vertreten werden, dass sich die beschränkte Haftung der nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmer aus § 792 ABGB ergibt.⁶⁷⁵ *Kogler*⁶⁷⁶ führt hierzu aus, dass es auch zu einem Auseinanderfallen von Hinzu- und Anrechnung einerseits bzw Haftung andererseits kommen kann. Selbst bei unbefristeter Berücksichtigung einer Schenkung bei der Pflichtteilsbemessung könne eine befristete Haftung bestehen. Der Kreis der unbefristet hinzu- und anrechenbaren Schenkungen⁶⁷⁷ müsse größer sein, als der Kreis der Schenkungen iSd § 792 ABGB, da § 792 ABGB andernfalls keinen Anwendungsbereich hätte. Er spricht sich ausdrücklich gegen die Ansicht aus, nach der § 792 ABGB herangezogen wird, um die §§ 782 f ABGB so auszulegen, dass dem § 792 ABGB der Anwendungsbereich abgesprochen wird und lediglich der Klarstellung diene. Weiters weist *Kogler*⁶⁷⁸ auf die im ME⁶⁷⁹ enthaltenen Regelungen hin. So war noch eine einheitliche Hinzu- bzw Anrechnung für einen Zeitraum von zehn Jahren von Schenkungen sowohl an pflichtteilsberechtigter Geschenknnehmer als auch an nicht pflichtteilsberechtigter Geschenknnehmer vorgesehen. Hinsichtlich der Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigter Geschenknnehmer wurde jedoch eine Befristung der Haftung für einen Zeitraum von zwei Jahren vorgesehen.⁶⁸⁰ Die Bedeutung des § 792 ABGB idF des ME lag daher darin, die Haftung des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknnehmers trotz Hinzurechnung seiner Schenkung nach Ablauf der Zweijahresfrist auszuschließen.⁶⁸¹ Trotz Änderung der im ME enthaltenen Regelung wurde in den Mat⁶⁸² lediglich der Hinweis eingefügt, § 792 ABGB diene der Konkretisierung des § 789 ABGB. An der gesetzlichen Regelung des § 792 ABGB wurde nichts geändert. Denkbar wäre es daher nach *Kogler*⁶⁸³ jedoch auch, dass der Gesetzgeber die Streichung des § 792 ABGB nach Durchführung der Änderungen des ME übersehen hat. Da nach § 789 ABGB nur mit Schenkungen gehaftet werden kann, die hinzugerechnet werden, hat nach *Kogler*⁶⁸⁴ § 792 ABGB keine materielle Bedeutung und ist nach diesem überflüssig.

⁶⁷⁵ *Rucker*, NZ 2016, 90; *K. Müller/Melzer* in *Deixler-Hübner/Schauer* 91.

⁶⁷⁶ *Kogler*, JBl 2016, 228.

⁶⁷⁷ Vgl hierzu die folgenden Ausführungen in Kapitel H.V.2.

⁶⁷⁸ *Kogler*, JBl 2016, 229.

⁶⁷⁹ Vgl § 781 Abs 3 idF 100/ME 25. GP.

⁶⁸⁰ Vgl § 792 idF 100/ME 25. GP.

⁶⁸¹ *Kogler*, JBl 2016, 229.

⁶⁸² ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁶⁸³ *Kogler*, JBl 2016, 229.

⁶⁸⁴ *Kogler*, JBl 2016, 234.

Wie bereits ausgeführt, vertritt *Pollan*⁶⁸⁵ die Ansicht, für eine unbefristete Hinzu- und Anrechnung einer Schenkung nach § 783 ABGB sei die abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt erforderlich. So erhält nach diesem § 792 ABGB im Zusammenhalt mit § 783 ABGB seine eigentliche Funktion im Sinne einer Haftungsbegrenzung. Gehört der Beschenkte im Zeitpunkt des Ablebens zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen, so ist seine Schenkung unbefristet hinzu- und anzurechnen. War die abstrakte Pflichtteilsberechtigung jedoch im Schenkungszeitpunkt noch nicht gegeben, legt § 792 ABGB eine Haftungsbegrenzung fest, sodass es nach diesem nur zu einem eingeschränkten Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten kommt, sofern die Verlassenschaft zur Deckung der Pflichtteilsansprüche nicht ausreicht.

c) Stellungnahme

Sowohl § 782 ABGB als auch § 792 ABGB beschränken die Berücksichtigung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen auf zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers. § 782 ABGB regelt die Hinzurechnung der betreffenden Schenkung. Demgegenüber regelt § 792 ABGB die Haftung des Geschenknehmers aufgrund des Erhalts der betreffenden Schenkung. Während § 792 ABGB eindeutig auf den Zeitpunkt der Schenkung abstellt, ist in § 782 ABGB kein Hinweis auf einen bestimmten Zeitpunkt enthalten.⁶⁸⁶ Aufgrund der unterschiedlichen gesetzlichen Formulierungen könnte angenommen werden, die beiden Bestimmungen stellen auf unterschiedliche Zeitpunkte ab, sodass der Kreis der nicht pflichtteilsberechtigten Personen⁶⁸⁷ im Sinne des § 782 ABGB ein anderer wäre, als jener im Sinne des § 792 ABGB. Nur dann, wenn der Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen im Sinne des § 792 enger bzw ein anderer wäre, als jener des § 782 ABGB, würde der Bestimmung des § 792 ABGB somit in dieser Hinsicht normative Bedeutung zukommen, indem sie die Haftung eines Geschenknehmers mit seiner Schenkung trotz deren Hinzurechnung aufgrund des Ablaufes der Zweijahresfrist ausschließen würde.⁶⁸⁸

Zwar kann es ohne Hinzurechnung keine Haftung geben, doch ist umgekehrt gesetzlich nicht angeordnet, dass für jede Schenkung, die hinzugerechnet wird, auch gehaftet werden

⁶⁸⁵ *Pollan*, NZ 2018, 91.

⁶⁸⁶ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 792 ABGB Rz 1 f.

⁶⁸⁷ Zur Beurteilung der Frage, wann ein Geschenknehmer als „pflichtteilsberechtig“ bzw als „nicht pflichtteilsberechtig“ zu qualifizieren ist, vgl die Ausführungen in Kapitel H.V.2.

⁶⁸⁸ Vgl dazu auch *Kogler*, JBl 2016, 228.

muss.⁶⁸⁹ Aufgrund der Entstehungsgeschichte der §§ 782 f ABGB⁶⁹⁰ spricht nichts gegen unterschiedliche Voraussetzungen für die Hinzurechnung einer Schenkung einerseits und der Haftung aufgrund des Erhalts dieser Schenkung andererseits. Bereits anhand des Beispiels der Ausstattung wird deutlich, dass es nicht immer zu einem Gleichlauf zwischen hinzuzurechnenden Schenkungen und Schenkungen, mit denen gehaftet wird, kommen muss, da es auch im Fall der Ausstattung zu einem Auseinanderfallen von Hinzurechnung und Haftung kommt.⁶⁹¹ Ein Haftungsausschluss trotz Hinzurechnung steht auch dem Schutz der Pflichtteilsberechtigten nicht entgegen, da aufgrund der primären Haftung der Verlassenschaft bzw der Erben und der subsidiären Haftung der übrigen Geschenknehmer ein weiterer Haftungsfonds für die Erfüllung der Pflichtteilsansprüche zur Verfügung steht.

Folgt man der hA⁶⁹² und sieht man für eine unbefristete Hinzurechnung eine abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungs- und im Todeszeitpunkt als relevant an, so ist der Personenkreis gem § 782 ABGB enger als jener des § 792 ABGB, da dieser nur auf den Schenkungszeitpunkt abstellt. Folgt man hingegen der Ansicht,⁶⁹³ für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen für eine befristete Hinzurechnung vorliegen, sei nur der Schenkungszeitpunkt maßgeblich, so entspricht der Personenkreis des § 782 ABGB jenem des § 792 ABGB. Lediglich bei der Annahme, für eine unbefristete Hinzurechnung sei nur die Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt maßgeblich,⁶⁹⁴ könnte der § 792 ABGB eine haftungsbeschränkende Wirkung entfalten, sofern der betreffende Geschenknehmer im Schenkungszeitpunkt noch nicht pflichtteilsberechtigt war. In diesem Fall wäre die Schenkung aufgrund der abstrakten Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Todes zwar unbefristet hinzuzurechnen, aufgrund der fehlenden Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt wäre die Haftung jedoch ausgeschlossen, wenn der Schenkungszeitpunkt mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenknehmers liegt.

Da der Personenkreis des § 782 somit enger als jener des § 792 ist, oder diesem zumindest entspricht, verbleibt für § 792 grds kein eigenständiger Anwendungsbereich. Dem § 792 eine normative Bedeutung dahingehend zu geben, dass er zur Auslegung des Begriffes

⁶⁸⁹ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel G.II.3.

⁶⁹⁰ Vgl dazu *Kogler*, JBl 2016, 229.

⁶⁹¹ So gilt nach § 781 Abs 2 Z 1 ABGB die Ausstattung des Kindes ausdrücklich als Schenkung. Weiters legt § 789 Abs 1 S 2 ABGB fest, dass die Haftungsregelungen für die Ausstattung nicht gelten, sofern das Kind hierauf einen Anspruch hatte.

⁶⁹² Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel H.V.2.b.aa.

⁶⁹³ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel H.V.2.b.bb.

⁶⁹⁴ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel H.V.2.b.cc.

der pflichtteilsberechtigten Personen iSd § 783 ABGB herangezogen wird, ist mE verfehlt, da es sich bei der Hinzurechnung einer Schenkung einerseits und der Haftung mit dieser Schenkung andererseits um zwei verschiedene Regelungsbereiche handelt, die einander nicht entsprechen müssen. Das wird auch aufgrund der nachfolgenden Ausführungen deutlich.

Die Bejahung der Möglichkeit der Vereinbarung der Hinzurechnung einer an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person erfolgten Schenkung, die gem § 782 ABGB grds nicht der Hinzurechnung unterliegt, führt dazu, dass die betreffende Schenkung trotz Ablaufes der Zweijahresfrist bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen ist. In diesem Fall kann die Bestimmung des § 792 ABGB seine haftungsbeschränkende Wirkung entfalten, indem festgelegt wird, dass ein nicht pflichtteilsberechtigter Geschenknehmer nicht zur Haftung herangezogen werden kann, wenn die Schenkung mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Verstorbenen wirklich gemacht worden ist. In einzelnen Ausnahmefällen kann daher dem § 792 ABGB nicht nur klarstellende sondern auch normative Bedeutung zukommen.

4. Vermögensopfer

a) Allgemeines und Problemstellung

Sowohl die §§ 782 f ABGB als auch § 792 ABGB stellen hinsichtlich der Frage des Beginns der Zweijahresfrist bei Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen auf den Zeitpunkt, in dem die Schenkung „wirklich gemacht“ wurde, ab Ausweislich der Mat⁶⁹⁵ soll damit die Vermögensopfertheorie gesetzlich verankert werden. Für die Erbringung des Vermögensopfers soll es darauf ankommen, wann der Schenkungsvertrag vorbehaltlos (also etwa ohne Widerrufsvorbehalt des Zuwendenden in Bezug auf die zugewendete Sache) erfüllt worden ist.⁶⁹⁶ Der Verstorbene muss das Vermögensopfer in Bezug auf die Zuwendung endgültig erbracht haben, was ausweislich der Mat⁶⁹⁷ der Fall ist, wenn der Schenkungsvertrag

⁶⁹⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37 unter Berufung auf *Umlauf*, Anrechnung 211 f.

⁶⁹⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁶⁹⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

ohne Widerrufsvorbehalt oder Möglichkeit des Rückerwerbs des Zuwendenden in Bezug auf die zugewendete Sache erfüllt worden ist.

Die Aufnahme einer klaren Definition in den Gesetzestext erfolgte jedoch nicht, was in der Lit⁶⁹⁸ kritisiert wurde. Wann das Vermögensopfer als erbracht anzusehen ist, ist somit dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Lösung dieser Frage blieb daher auch nach dem ErbRÄG 2015 der Lit und Rspr vorbehalten.⁶⁹⁹ Die diesbezüglichen Ansichten in der Lit sowie die zur vorliegenden Problematik ergangene Rspr sollen im Folgenden dargestellt werden.⁷⁰⁰

b) Rechtsprechung vor dem ErbRÄG 2015 und Meinungsstand

Bereits nach alter Rechtslage war unstrittig, dass durch ein bloßes Nutzungsrecht das Vermögensopfer nicht ausgeschlossen wird.⁷⁰¹ Strittig war jedoch der Einfluss eines vorbehaltenen Fruchtgenussrechts auf das Vermögensopfer. Nach der zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 gefestigten Rspr⁷⁰² war das Vermögensopfer im Falle einer Schenkung unter Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts als noch nicht erbracht anzusehen. Der Fristenlauf konnte demnach nicht beginnen, wenn sich der Geschenkgeber ein Widerrufsrecht oder alle Nutzungen der geschenkten Sache in Form eines dinglichen Fruchtgenussrechts zurückbehalten hatte. Das Vermögensopfer trat in diesem Fall erst mit dem Tod des Geschenkgebers oder mit dem Verzicht auf das Recht ein.⁷⁰³ Es kam im Falle des Vorbehalts eines Fruchtgenussrechts für die Erbringung des Vermögensopfers darauf an, dass der Geschenkgeber auf dieses Recht gegenüber dem Geschenknehmer verzichtet und dieser den Verzicht – allenfalls auch

⁶⁹⁸ So zB *Schauer*, ÖJZ 2017, 58; *Rabl*, NZ 2016, 341; *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 99 ff; *K. Müller/Melzer* in *Deixler-Hübner/Schauer* 93.

⁶⁹⁹ Für eine umfassende Darstellung der Entstehung und Entwicklung der Vermögensopfertheorie vgl *Umlauf*, *Das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015*, NZ 2017, 241.

⁷⁰⁰ Da die gegenständliche Frage durch eine Entscheidung des OGH beantwortet wurde, soll im Folgenden nur eine überblicksmäßige Darstellung erfolgen. Vgl dazu OGH 24.06.2021, 2 Ob 119/20v = NZ 2021, 457 (*Rabl*) = NZ 2021, 458 (*Kepplinger*) = PSR 2021, 124 (*Zollner*) = EF-Z 2022, 85 (*Tschugguel*) = JBl 2022, 304 (*Kogler*).

⁷⁰¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34; *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*² 73; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 782-783 ABGB Rz 10; krit dazu *Rabl*, NZ 2016, 341, da nach diesem bei dieser Deutung die Schenkung auf den Todesfall an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person dazu geeignet wäre, das Pflichtteilsrecht zu vereiteln; aA *Apathy*, ÖJZ 2016, 807, da mangels gesetzlicher Konkretisierung der Vermögensopfertheorie den Gerichten ein beträchtlicher Spielraum hinsichtlich der Beurteilung der Erbringung des Vermögensopfers eingeräumt wurde und damit auf den Tod des Geschenkgebers abgestellt werden könne, mit Hinweis auf die diesbezüglich bereits vertretene Ansicht in der Lit; dagegen ebenso *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 423.

⁷⁰² Vgl zB OGH 11.09.2014, 2 Ob 39/14w = JEV 2014/11 = JBl 2014, 795 = NZ 2015, 20 (*Battlog*) = EF-Z 2015, 38 (*Tschugguel*) = iFamZ 2015, 39 (*Mondel*) = ecolex 2015, 273 (*Schoditsch*) = EFSlg 142.381; anders für das Wohnungsgebrauchsrecht zB OGH 26.08.2015, 2 Ob 125/15v.

⁷⁰³ RS0130273, vgl zB OGH 26.08.2015, 2 Ob 125/15v.

stillschweigend – angenommen hat.⁷⁰⁴ Bei Vorbehalt eines umfassenden Fruchtgenussrechts an einer Liegenschaft samt Belastungs- und Veräußerungsverbot war die Schenkung nicht als erbracht anzusehen, da das Eigentumsrecht „zur Gänze ausgehöhlt“ sei.⁷⁰⁵

Diese soeben dargestellte Auffassung des OGH wurde in der Lit⁷⁰⁶ überwiegend kritisiert. Trotz gegenteiliger Auffassung des OGH wurde überwiegend ausgeführt, der Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts sei für die Erbringung des Vermögensopfers unerheblich. Vielmehr solle es auf den Übergang des Eigentums bzw die rechtliche Verfügungsbefugnis ankommen.⁷⁰⁷ Begründet wurde dies damit, dass dem Geschenknehmer trotz Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts für den Geschenkgeber die Verfügungsmöglichkeit über die geschenkte Sache zusteht.⁷⁰⁸ Er hat trotz der eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit durch die Belastung der Liegenschaft mit dem Fruchtgenussrecht einen Vermögenszuwachs, welcher ihm nicht einseitig entzogen werden kann.⁷⁰⁹ Auch die wirtschaftliche Situation des Geschenkgebers ändert sich. Dieser hat trotz Vorbehalt des Fruchtgenussrechts das Verfügungsrecht über die geschenkte Sache aufgegeben. Er hat keine Möglichkeit, bei allfälliger Veräußerung über den Verkaufserlös zu verfügen. Weiters steht ihm die Liegenschaft nicht mehr für die Einräumung

⁷⁰⁴ OGH 28.03.2017, 2 Ob 35/17m.

⁷⁰⁵ OGH 11.09.2014, 2 Ob 39/14w = JEV 2014/11 = JBl 2014, 795 = NZ 2015, 20 (Battlog) = EF-Z 2015, 38 (Tschugguel) = iFamZ 2015, 39 (Mondel) = ecolex 2015, 273 (Schoditsch) = EFSlg 142.381.

⁷⁰⁶ So zB *Schauer*, ÖJZ 2017, 58; nach *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 130, wurde der Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts nur dann als für die Erbringung des Vermögensopfers schädlich angesehen, wenn dieses mit einem Belastungs- und Veräußerungsverbot verknüpft wurde; ebenso *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 422 f; gegen die Auffassung des OGH auch *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 61 ff; *Mondel*, Erbringung des Vermögensopfers bei Schenkung einer Liegenschaft gegen Einräumung eines Wohnungsgebrauchsrechtes, Glosse zu OGH 29.09.2016, NZ 2017, 55 (56); *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 216 f; dem OGH eher zust *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 167; sowie *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 782 ABGB Rz 3; Für weitere Nachweise in der Lit vgl *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 782 ABGB Rz 11; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 63 ff.

⁷⁰⁷ *Mondel*, NZ 2017, 56; *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 422 ff; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 61 ff; zust. *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 782-783 ABGB Rz 10; ebenso *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 216 f, da diese Vorgehensweise Einheitlichkeit bietet, Rechtssicherheit gewährleistet und im Gesetzestext Deckung findet.

⁷⁰⁸ Vgl zB *Rucker*, NZ 2016, 87; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 61 ff; *Mondel*, NZ 2017, 56; *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 422.

⁷⁰⁹ *Mondel*, NZ 2017, 56.

von Pfandrechten für allfällige Gläubiger zur Verfügung.⁷¹⁰ Als maßgeblicher Zeitpunkt für die Erbringung des Vermögensopfers wird der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs angesehen.⁷¹¹

Es ist daher entscheidend, dass das Eigentum bzw die rechtliche Verfügungsbefugnis übergeht und der Geschenkgeber keine Möglichkeit hat, dieses wiederzuerlangen. Diese Lösung findet im Gesetzeswortlaut Deckung und ermögliche eine einheitliche Sichtweise.⁷¹² Die vom OGH⁷¹³ angenommene Identität der wirtschaftlichen Situation des Geschenkgebers auf den Todesfall einerseits und jener des Geschenkgebers, der sich ein umfassendes Fruchtgenussrecht vorbehält, andererseits ist nicht gegeben.⁷¹⁴ Die Rechtsposition des Geschenkgebers auf den Todesfall ist aufgrund der Möglichkeit der Beschneidung des Schenkungsvertrages auf den Todesfall nach § 603 ABGB iVm § 1253 ABGB, aufgrund des weiterbestehenden Eigentumsrechts des Geschenkgebers auf den Todesfall und aufgrund der Tatsache, dass die geschenkte Sache weiterhin zum Haftungsfonds des Geschenkgebers auf den Todesfall gehört, eine stärkere als jene des Geschenkgebers, der sich ein umfassendes Fruchtgenussrecht vorbehalten hat.⁷¹⁵

Das Vermögensopfer wird jedoch trotz Übergang des Eigentums bzw der rechtlichen Verfügungsbefugnis auf den Geschenknehmer dann als nicht erbracht angesehen, wenn der Geschenkgeber in der Lage ist, das Eigentum nach seinem Willen an der geschenkten Sache wiederzuerlangen, sodass es für die Erbringung des Vermögensopfers Voraussetzung ist, dass die Schenkung nicht unter Widerrufsvorbehalt abgeschlossen wird.⁷¹⁶ Der Widerrufsvorbehalt ist jedoch nicht ausdrücklich als solcher zu bezeichnen.⁷¹⁷ So stehen dem Vermögensopfer weiters eine Bedingung, deren Eintritt vom Willen des Geschenkgebers abhängt, sowie ein an den Geschenkgeber gerichtetes Anbot auf Rückschwendung entgegen.⁷¹⁸ Ist das Vermögensopfer zunächst nicht erbracht, kommt es für den Beginn des Fristenlaufs auf den

⁷¹⁰ *Mondel*, NZ 2017, 56.

⁷¹¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 70 ff; *ders*, NZ 2017, 245 ff; ebenso *Schauer* in Barth/Pesendorfer 220 f; unter Hinweis auf die Folgen bei Abstellen auf den Abschluss des Vertrages im Hinblick auf die Schenkung auf den Todesfall; nach *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 424 ist auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Schenkungsvertrages abzustellen.

⁷¹² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 61 ff.

⁷¹³ OGH 26.08.2015, 2 Ob 125/15 v.

⁷¹⁴ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 71 ff.

⁷¹⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 71 ff.

⁷¹⁶ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 73; *Eccher/Umlauf*, Erbrecht⁷ Rz 12/15; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 782 ABGB Rz 11; *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 4; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 217; *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 422 f.

⁷¹⁷ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 217.

⁷¹⁸ *Umlauf*, NZ 2017, 246.

Wegfall des Widerrufsrechts bzw auf den Zeitpunkt des Todes an.⁷¹⁹ Bei der Schenkung auf den Todesfall beginnt die Zweijahresfrist nicht vor dem Tod des Geschenkgebers zu laufen.⁷²⁰

c) Rechtsprechung nach dem ErbRÄG 2015

Seit dem ErbRÄG 2015 hatte sich der OGH bereits mehrmals mit der gegenständlichen Frage zu beschäftigen. In der Entscheidung 2 Ob 119/20v⁷²¹ ist der OGH erstmals von der zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 bestehenden stRspr abgewichen. Der OGH führte dazu – unter Hinweis auf *Umlauf*⁷²² – aus, dass durch das in den Mat zu § 782 ABGB angeführte Wort „bloß“ im Hinblick darauf, dass ein bloßes Nutzungsrecht das Vermögensopfer nicht ausschließt, der Gegensatz zu den davor genannten Rückerwerbsmöglichkeiten hervorgehoben werden sollte, sodass darunter jedes Nutzungsrecht zu subsumieren ist, somit auch ein Fruchtgenussrecht. Den Mat zufolge ist daher nach Ansicht des OGH nur die Möglichkeit des Rückerwerbs schädlich für die Erbringung des Vermögensopfers. Weiters verweist der OGH auf die noch im ME zum ErbRÄG 2015 vorgesehenen Bestimmungen der § 781 Abs 3 ABGB und § 792 ABGB hin.⁷²³ Darin war noch vorgesehen, dass das Vermögensopfer nur eintrete, wenn die Schenkung „ohne Widerrufsvorbehalt oder Nutzungsrecht des Zuwendenden“ erfolgt. Nach dem ME sollte daher auch die Zurückbehaltung eines (nicht näher) spezifizierten Nutzungsrechts das Vermögensopfer verhindern. Da in den ErläutRV⁷²⁴ hinsichtlich der Nutzungsrechte nunmehr Gegenteiliges zu finden ist, steht nach Ansicht des OGH seit dem ErbRÄG 2015 ein Fruchtgenussrecht der Erbringung des Vermögensopfers nicht mehr entgegen.⁷²⁵

Bei Schenkungen von Sachen ist für die Erbringung des Vermögensopfers nunmehr auch nach Ansicht des OGH⁷²⁶ der Eigentumsübergang der geschenkten Sache maßgeblich. Bei einer Schenkung von Liegenschaftsvermögen ist für die Erbringung des Vermögensopfers der

⁷¹⁹ *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 6.

⁷²⁰ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 220 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 73 ff; *Welser*, Erbrecht 209; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 782 ABGB Rz 10; *Volkerstorfer*, NZ 2017, 423; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 782 ABGB Rz 3 mit dem Hinweis, dass dem Geschenkgeber alle Nutzungsrechte bis zu dessen Tod zustehen, sodass die Zweijahresfrist nicht vorher zu laufen beginnt.

⁷²¹ OGH 24.06.2021, 2 Ob 119/20v = NZ 2021, 457 (Rabl) = NZ 2021, 458 (Kepplinger) = PSR 2021, 124 (Zollner) = EF-Z 2022, 85 (Tschugguel) = JBl 2022, 304 (Kogler).

⁷²² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 65 inkl FN 199.

⁷²³ ME ErbRÄG 2015, 100/ME 25. GP 31 u 35.

⁷²⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

⁷²⁵ RIS-Justiz RS0133711, zuletzt OGH 21.11.2023, 2 Ob 210/23f = iFamZ 2024, 99 (Entleitner) = NZ 2024, 118 (Musger) = JBl 2024, 244 (Holzner).

⁷²⁶ OGH 24.06.2021, 2 Ob 119/20v = NZ 2021, 457 (Rabl) = NZ 2021, 458 (Kepplinger) = PSR 2021, 124 (Zollner) = EF-Z 2022, 85 (Tschugguel) = JBl 2022, 304 (Kogler).

Zeitpunkt des Einlangens des Grundbuchsgesuches – spätere Bewilligung und Vollzug vorausgesetzt – maßgeblich. Das Vermögensopfer ist jedoch spätestens im Zeitpunkt des Todes als erbracht anzusehen. Dies betrifft insb die Schenkung auf den Todesfall. Das Abgehen von der bisherigen gefestigten Rspr wurde vom OGH bereits mehrfach bestätigt.⁷²⁷ In der Entscheidung 2 Ob 6/22 d⁷²⁸ hat der OGH ausgesprochen, dass das Vermögensopfer auch dann (nach wie vor) nicht erbracht ist, wenn sich der Geschenkgeber zudem ein Belastungs- und Veräußerungsverbot vorbehalten hat.

Dieses Abgeben des OGH von seiner bisherigen Rspr erfährt in der Lit größtenteils Zustimmung.⁷²⁹ Zollner⁷³⁰ steht der Änderung in der Rspr des OGH jedoch krit gegenüber. Nach alter Rechtslage sei für den Eintritt des Vermögensopfers ein spürbarer Substanzverlust erforderlich gewesen. Der zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 entwickelten Vermögensopfertheorie sei daher eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde zu legen. Weiters führe die Entscheidung des OGH aufgrund der Parallelen der Schenkung unter Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts zur Schenkung auf den Todesfall zu einem Systemwiderspruch innerhalb des Systems der Schenkungsanrechnung.

d) Stellungnahme

Die Änderung der Rspr des OGH ist zu begrüßen, zumal es durch die dadurch gewonnene Rechtssicherheit zu einer Erleichterung bei der Gestaltung von Schenkungsverträgen kommt. Weiters war es nach bisheriger Rspr nicht auszuschließen, dass es aufgrund unterschiedlicher Möglichkeiten der Ausgestaltung eines Fruchtgenussrechts mitunter zu Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob die jeweils gewählte Ausgestaltung des Fruchtgenussrechts die Erbringung des Vermögensopfers hindert, kommen konnte. Dieser Umstand stand der Rechtssicherheit entgegen und konnte zu unsachlichen Differenzierungen

⁷²⁷ OGH 28.09.2021, 2 Ob 111/21v = Zak 2021, 375 = PSR 2022, 30; OGH 22.02.2022, 6 Ob 6/22d = Zak 2022, 132; OGH 21.11.2023, 2 Ob 210/23f = iFamZ 2024, 99 (Entleitner) = NZ 2024, 118 (Musger) = JBl 2024, 244 (Holzner).

⁷²⁸ OGH 22.02.2022, 6 Ob 6/22d.

⁷²⁹ So zB *Kepplinger*, Zur Konturierung der Vermögensopfertheorie durch 2 Ob 119/20v, NZ 2021, 458 (461 ff), mit dem Hinweis, dass der Begriff „Nutzungsrecht“ als Oberbegriff für sämtliche Nutzungsrechte, also nicht nur für das Gebrauchsrecht, sondern auch für das Fruchtgenussrecht verwendet wird. Weiters weist er darauf hin, dass die Grenze zwischen Gebrauchs- und Fruchtgenussrecht fließend ist und die Rechte im Einzelfall weitgehend gleich sein können. Ebenso zust *Rabl*, Erbrecht, NZ 2021/125; *Tschugguel*, Glosse zu OGH 24.06.2021, 2 Ob 119/20v, EF-Z 2022, 85 (89 f); *Graf*, Fünf Jahre ErbRÄG – Was hat der OGH daraus gemacht?, NZ 2022, 2 (14 ff); *Schweda*, Endgültige Erbringung des Vermögensopfers, iFamZ 2022, 307.

⁷³⁰ *Zollner*, Neues zur Vermögensopfertheorie, PSR 2021, 124 (126 ff).

führen.⁷³¹ Zudem wurde die bisher vorherrschende gleiche Beurteilung einer Schenkung mit vorbehaltenem Fruchtgenussrecht einerseits und einer Schenkung auf den Todesfall andererseits, trotz wesentlicher Unterschiede⁷³² in Bezug auf die Verfügungsmöglichkeit und das Eigentumsrecht aufgegeben.⁷³³

I. STUNDUNG UND RATENZAHLUNG

I. Gesetzliche Regelung

Nachdem Fragestellungen zu den verschiedenen Haftungsfreistellungen und Haftungsbeschränkungen dargestellt wurden, sollen an dieser Stelle Modalitäten der Erfüllung der Haftungsansprüche dargestellt werden. Eine weitere Neuerung des ErbRÄG 2015 stellt die Regelung des § 790 Abs 2 ABGB dar. Die Bestimmung legt fest, dass auf den Anspruch auf Zahlung des Fehlbetrages die §§ 766 bis 768 ABGB über die Stundung des Pflichtteils⁷³⁴ sinngemäß anzuwenden sind. Zweck dieser Regelung ist die Gleichstellung des haftenden Geschenknehmers mit den primären Pflichtteilsschuldern.⁷³⁵ Zunächst sollen die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen überblicksmäßig dargestellt werden.

Der letztwillig Verfügende kann nach § 766 Abs 1 ABGB die Stundung des Pflichtteilsanspruchs auf höchstens fünf Jahre nach seinem Tod oder die Zahlung in Teilbeträgen innerhalb dieses Zeitraums anordnen. Gem § 766 Abs 3 ABGB kann dieser Zeitraum in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen durch gerichtliche Anordnung auf höchstens zehn Jahre verlängert werden. Weiters kann nach § 767 Abs 1 ABGB eine Stundung oder Ratenzahlung auf Verlangen des Pflichtteilsschuldners vom Gericht angeordnet werden. Gem § 768 ABGB kann das Gericht auf Antrag die Sicherstellung des Pflichtteilsanspruchs anordnen und bei einer erheblichen Änderung der Umstände, bei wechselseitiger Informationspflicht des Pflichtteilsschuldners und des Pflichtteilsberechtigten, eine Stundungsregelung ändern oder aufheben.

⁷³¹ Vgl zB auch *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 423.

⁷³² Vgl zB *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 72 f.

⁷³³ Gegen die Ansicht des OGH und weiterhin für eine Differenzierung *Zollner*, PSR 2021, 126 f.

⁷³⁴ Auch die §§ 766 ff ABGB werfen einige Fragen auf. Diese sind allerdings nicht Gegenstand dieser Ausarbeitung und werden daher an dieser Stelle nicht behandelt. Es sollen hier nur Fragestellungen der Stundung und Ratenzahlung erörtert werden, die im Zusammenhang mit den Haftungsregelungen der §§ 789 ff ABGB stehen.

⁷³⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

II. Problemstellungen

Wie soeben ausgeführt wurde, kann eine Stundung oder Ratenzahlung nach dem Gesetzeswortlaut der §§ 766 ff ABGB vom Gericht angeordnet oder vom Geschenkgeber in seiner letztwilligen Verfügung vorgesehen werden. Weder in den §§ 766 ff ABGB noch in dem darauf verweisenden § 790 Abs 2 ABGB ist die Möglichkeit einer Vereinbarung einer Stundung oder Ratenzahlung zwischen dem Verstorbenen als Geschenkgeber und dem Pflichtteilsschuldner als Geschenknehmer vorgesehen. Fraglich ist daher, ob eine Stundung oder Ratenzahlung lediglich in Form einer letztwilligen Verfügung bzw durch gerichtliche Anordnung erfolgen kann oder ob auch eine Vereinbarung zwischen dem Geschenkgeber und dem Geschenknehmer zulässig ist. Bejaht man die Zulässigkeit einer Vereinbarung stellt sich überdies die Frage in welcher Form diese zu errichten ist.

Zu bemerken ist, dass § 766 ABGB von einer sinngemäßen Anwendung der Regelungen über die Stundung des Pflichtteils spricht. Weiters wird in den Mat⁷³⁶ nur die Möglichkeit der Stundung der Zahlung des Fehlbetrages erwähnt. Weder im Gesetzestext noch in den Mat wird daher ausdrücklich die Möglichkeit der Ratenzahlung, die ebenfalls in den §§ 766 ff ABGB vorgesehen ist, angeführt, sodass sich die Frage stellt, ob auch die Anordnung einer Zahlung des Fehlbetrages in Raten möglich sein soll.

III. Vereinbarung zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer

1. Meinungsstand

In den Mat⁷³⁷ wird in Bezug auf die erforderliche Form der Anordnung einer Stundung oder Ratenzahlung nur auf die letztwillige Verfügung der Stundung sowie auf die Möglichkeit des Pflichtteilsschuldners, eine gerichtliche Stundung zu verlangen, Bezug genommen. Fraglich ist, ob die Stundung auch im Schenkungsvertrag vereinbart werden kann. Nach *Schauer*⁷³⁸ bestehen keine Bedenken gegen eine derartige Vereinbarung in einem Schenkungsvertrag. Die Mat⁷³⁹ sprechen diesbezüglich bloß von der Möglichkeit einer

⁷³⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

⁷³⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

⁷³⁸ Vgl *Schauer* in Barth/Pesendorfer 226; ebenso *Umlauft* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 17; *Musger* in KBB⁷ § 790 Rz 2; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 12.

⁷³⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

letztwilligen Anordnung der Stundung des Anspruchs auf Zahlung des Fehlbetrages sowie von einem diesbezüglichen Verlangen des Geschenknehmers. Nach *Vaclavek*⁷⁴⁰ ist jedoch – unter Hinweis auf die Ausführungen *Ecchers*⁷⁴¹ – die Vereinbarung einer Stundung nicht möglich. Dies wird mit dem Wortlaut des § 766 ABGB begründet. Diese Bestimmung lege ausdrücklich fest, dass nur der „letztwillig Verfügende“ eine Stundung anordnen könne und nicht ein bloßer Geschenknehmer. Es sei daher die Anordnung einer Stundung nur im Rahmen einer letztwilligen Verfügung möglich.⁷⁴²

2. Stellungnahme

Da § 790 Abs 2 ABGB eine „sinngemäße“ Anwendung der §§ 766 ff ABGB vorsieht, kann eine Anpassung der Regelungen an die Bestimmungen über die Haftung des Geschenknehmers nach den §§ 789 ff ABGB als zulässig angesehen werden. Dass in § 766 ABGB die Möglichkeit einer Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Pflichtteilsschuldner über eine Stundung oder Ratenzahlung nicht vorgesehen ist, ist den anders gelagerten Umständen in Bezug auf die primären Pflichtteilsschuldner, nämlich die Erben bzw die Verlassenschaft geschuldet. Mit Ausnahme des Erbvertrages besteht üblicherweise keine vertragliche Beziehung zwischen dem Verstorbenen und dem Pflichtteilsschuldner, in welcher die Stundung oder Ratenzahlung vereinbart werden könnte. Weiters ist aufgrund der bestehenden Testierfreiheit und der damit einhergehenden Widerruflichkeit von Testamenten mit einem Wechsel der Person des Pflichtteilsschuldners zu rechnen, weshalb eine Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem potenziellen Erben nicht als zweckmäßig angesehen werden kann. Demgegenüber steht bei Schenkungen des Verstorbenen bereits im Zeitpunkt des Abschlusses des Schenkungsvertrages die subsidiäre Haftung des Geschenknehmers für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteilsansprüche fest.

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass in sämtlichen Bestimmungen des ABGB, die Regelungen über die Berücksichtigung von Schenkungen im Verlassenschaftsverfahren enthalten und eine vom Gesetz abweichende Festlegung zulassen, auch die Möglichkeit einer Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer vorgesehen ist. So ist in § 752 ABGB über die Anordnung oder Vereinbarung der Anrechnung auf den Erbteil sowie in

⁷⁴⁰ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 132.

⁷⁴¹ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 132.

⁷⁴² Nach *Cach/Brehm*, Die Stundung des Pflichtteils – ein „attraktives“ Werkzeug im Rahmen der Unternehmensnachfolge?, JEV 2015, 137 (142 f), ist die Anordnung einer Stundung auch in einer sonstigen letztwilligen Verfügung oder einem Erbvertrag möglich.

§ 753 ABGB über den Ausschluss der Anrechnung auf den Erbteil eine Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer ausdrücklich erwähnt. Ebenso ist nach § 784 ABGB im Fall der Vereinbarung der Hinzurechnung einer grds von der Hinzurechnung ausgenommenen Schenkung und nach § 785 ABGB für den Erlass der Anrechnung auf den Pflichtteil eine Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer zulässig. Es sollte daher auch – der Ansicht *Schauers*⁷⁴³ folgend – eine Stundung oder Ratenzahlung des Anspruchs auf Zahlung des Fehlbetrages zwischen dem Geschenkgeber und dem Geschenknehmer vereinbart werden können, dies jedoch nicht nur im Schenkungsvertrag sondern auch in einer nachträglich geschlossenen Vereinbarung, was für den Geschenknehmer den Vorteil der einseitigen Unwiderruflichkeit der Stundung oder Ratenzahlung hat. Weiters ist er nicht auf die gerichtliche Anordnung der Stundung oder Ratenzahlung angewiesen.

IV. Formvorschriften

1. Allgemeines

Bejaht man die Möglichkeit des Abschlusses einer Vereinbarung zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer über eine Stundung allfälliger gegen den Geschenknehmer bestehende Pflichtteilsansprüche, stellt sich in weiterer Folge die Frage, in welcher Form diese Vereinbarung abzuschließen ist. Einerseits wäre die Notwendigkeit der Einhaltung der Formerfordernisse des § 551 ABGB für den Erbverzicht denkbar, welcher den Abschluss eines Notariatsaktes oder die Beurkundung durch gerichtliches Protokoll vorsieht. Andererseits besteht die Möglichkeit, die Einhaltung der einfachen Schriftform für ausreichend zu erachten.

2. Stellungnahme

Die zuvor zitierten Regelungen der §§ 752 f und 784 f ABGB betreffend Vereinbarungen zwischen dem Verstorbenen und dem Geschenknehmer nehmen zT auf die einzuhaltenden Formvorschriften Bezug. Hierbei kann festgestellt werden, dass im Fall von Vereinbarungen, welche einem Pflichtteilsverzicht nahekommen, die Formerfordernisse des § 551 ABGB einzuhalten sind. Im Fall der Vereinbarung einer Stundung des Pflichtteilsanspruchs handelt es sich um eine für den Vertragspartner des Verstorbenen – also

⁷⁴³ *Schauer* in Barth/Pesendorfer, 226.

den Geschenknnehmer – vorteilhafte Regelung, welche in keinem Zusammenhang mit einem Pflichtteilsverzicht steht. Es kann daher die Einhaltung der einfachen Schriftform für derartige Vereinbarungen als ausreichend erachtet werden.

V. Ratenzahlung

1. Meinungsstand

§ 790 Abs 2 ABGB legt Folgendes fest: „Auf den Anspruch auf Zahlung des Fehlbetrags sind §§ 766 bis 768 über die Stundung des Pflichtteils sinngemäß anzuwenden“. In der Bestimmung wird ausdrücklich die Stundung des Pflichtteils, nicht jedoch die Ratenzahlung erwähnt. Aufgrund des generellen Verweises sind auch die Regelungen über die Anordnung einer gerichtlichen Sicherstellung⁷⁴⁴ der Forderung sowie die wechselseitige Informationspflicht⁷⁴⁵ des Pflichtteilsschuldners und des Pflichtteilsberechtigten anzuwenden. Die Regelungen über die Stundung und Sicherstellung des Pflichtteils auf den Anspruch gegen den Geschenknnehmer sind sowohl auf die Haftung nach § 789 ABGB als auch auf jene nach § 790 Abs 1 ABGB anzuwenden.⁷⁴⁶

2. Stellungnahme

Aufgrund der obigen Ausführungen ist mE neben der Anordnung oder Vereinbarung einer Stundung auch die Möglichkeit der Vereinbarung einer Ratenzahlung gegeben.⁷⁴⁷ Zunächst enthält § 790 Abs 2 ABGB – wie bereits ausgeführt – einen generellen Verweis⁷⁴⁸ auf die §§ 766 ff ABGB, somit auch auf die Ratenzahlung. Weiters wird in den Mat⁷⁴⁹ ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Schutzwürdigkeit des Geschenknnehmers bei der gesetzlichen Erbfolge nicht geringer sei als die Schutzbedürftigkeit des Pflichtteilsschuldners. Es sollten mE daher dem Geschenknnehmer dieselben Möglichkeiten zur Verfügung stehen und auch die

⁷⁴⁴ Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 8; Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 133; Umlauf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 37; Musger in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 2; Schauer in Barth/Pesendorfer 226; Welser, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 9.

⁷⁴⁵ Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 8; Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 133; Welser, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 9.

⁷⁴⁶ Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 132; Welser, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 8 f.

⁷⁴⁷ Die Möglichkeit einer Ratenzahlung ebenfalls bejahend Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 13; Vaclavek, Die Haftung des Geschenknnehmers 131 f.

⁷⁴⁸ Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 8; Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 133.

⁷⁴⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

Anordnung bzw Vereinbarung einer Zahlung des geschuldeten Fehlbetrages in Teilbeträgen möglich sein.

J. FÄLLIGKEIT UND VERJÄHRUNG

I. Fälligkeit

1. Allgemeines und Problemstellung

Für die Berechnung der Höhe des Anspruchs sowie für die Möglichkeit der Geltendmachung ist es von wesentlicher Bedeutung, wann der Anspruch gegen den Geschenknehmer fällig wird. § 765 ABGB legt fest, dass der Pflichtteilsberechtigte den Anspruch für sich und seine Nachfolger mit dem Tod des Verstorbenen erwirbt.⁷⁵⁰ Der Geldpflichtteil kann jedoch erst ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen gefordert werden. § 788 Abs 2 ABGB legt fest, dass dem Pflichtteilsberechtigten bis zur Erfüllung des Geldpflichtteils die gesetzlichen Zinsen zustehen. Entsprechende Regelungen hinsichtlich des Anspruchs gegen den Geschenknehmer sind gesetzlich nicht verankert, sodass dessen Fälligkeit nicht ausdrücklich geregelt ist. Es ist daher fraglich, zu welchem Zeitpunkt der Anspruch fällig wird und wann dieser gegen den Geschenknehmer geltend gemacht werden kann.

2. Meinungsstand

Nach *Welser*⁷⁵¹ kommen für die Fälligkeit zwei Zeitpunkte in Frage. Einerseits könne angenommen werden, der Anspruch gegen den Beschenkten entstehe – allenfalls bedingt – bereits im Zeitpunkt des Todes des Verstorbenen, für dessen Fälligkeit sei jedoch die Unzulänglichkeit der Verlassenschaft Voraussetzung. Er verweist in diesem Zusammenhang auf die Rspr⁷⁵² zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015, nach welcher für die Fälligkeit und Verzinsung des Anspruchs die Geltendmachung gegenüber dem Beschenkten erforderlich war. Für diese Variante spreche, dass der Anspruch des verkürzten Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten wohl als „echter schuldrechtlicher Anspruch mit sachlicher Haftungsbeschränkung“ anzusehen sei. Andererseits bestehe die Möglichkeit § 789 ABGB als

⁷⁵⁰ Die hM nimmt daher auch die Fälligkeit des Pflichtteilsanspruchs zu diesem Zeitpunkt an. Vgl *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 4.

⁷⁵¹ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 4.

⁷⁵² OGH 10.07.2003, 6 Ob 109/03 b = RZ 2003, 257 = NZ 2004, 147 = EFSlg 104.637 = EFSlg 104.639; OGH 25.11.2008, 9 Ob 57/07h = iFamZ 2009, 112 = EF-Z 2009, 69 = Zak 2009, 133 = JEV 2009, 68.

reine Sachhaftung mit *facultas alternativa* anzusehen. Pflichtteilsschuldner sei allein die Verlassenschaft, sodass der Beschenkte nur die Verpflichtung der Verlassenschaft erfüllen müsse, gegen diesen jedoch kein eigener schuldrechtlicher Anspruch bestehe. Sobald gegen die Verlassenschaft der erhöhte Pflichtteilsanspruch durchsetzbare wäre, könnte auch der Beschenkte in Anspruch genommen werden. Dieser hafte auch für die in der Verlassenschaft nicht gedeckten Zinsen. Die Haftungsverpflichtung entstehe bei beiden Varianten jedenfalls (bedingt) im Todeszeitpunkt.

Nach *Löcker*⁷⁵³ ist – in Entsprechung der von *Welser*⁷⁵⁴ ausgeführten ersten Variante – für die Beurteilung der Entstehung und Fälligkeit des Haftungsanspruchs gegen den Geschenknahmer die alte Rechtslage maßgeblich. Es komme daher auf die Geltendmachung an, welche das Feststehen der Unzulänglichkeit der Verlassenschaft voraussetze. Nach *Musger*⁷⁵⁵ entsteht der Anspruch zwar bereits mit dem Erbfall,⁷⁵⁶ und zwar auch bei Unkenntnis von der Pflichtteilsverkürzung,⁷⁵⁷ ist aber – mangels eines Verweises auf § 788 ABGB, der die Verzinsung des Pflichtteilsanspruchs ab dem Todestag des Verstorbenen festlegt, – erst ab der Einmahnung des Anspruchs zu verzinsen. Demgegenüber ist es nach *Nemeth/Niedermayr*⁷⁵⁸ zweifelhaft, ob die Rspr zur alten Rechtslage noch aufrechterhalten werden kann. Es wird dabei auf das Fehlen einer der aktuellen Rechtslage entsprechenden Bestimmung über die Verzinsung hingewiesen.

3. Stellungnahme

Geht man von einem eigenen Anspruch gegen den Beschenkten aus, so tritt die Fälligkeit dieses Anspruchs später ein, als jene des Anspruchs gegenüber dem primären Pflichtteilsschuldner. Somit beginnt auch die Verzinsung zu einem späteren Zeitpunkt zu laufen. Da der Pflichtteilsanspruch auch die Zinsen umfasst,⁷⁵⁹ führt das zu unterschiedlich hohen Pflichtteilsansprüchen, je nachdem ob der Pflichtteilsanspruch in der Verlassenschaft Deckung findet oder ob gegen den Beschenkten vorgegangen werden muss. ME ist dennoch der Ansicht zu folgen, nach welcher für die Fälligkeit des Anspruchs die Feststellung der

⁷⁵³ Vgl zB *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6.

⁷⁵⁴ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 4.

⁷⁵⁵ *Musger* in KBB⁷ § 789 Rz 4.

⁷⁵⁶ Ebenso bereits *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 132, nach welchen sich der Beginn des Stundungszeitraums auf den Todeszeitpunkt des Geschenkgebers bezieht.

⁷⁵⁷ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 132.

⁷⁵⁸ *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 11.

⁷⁵⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36.

Unzulänglichkeit der Verlassenschaft (und Geltendmachung des Anspruchs) maßgeblich ist, da erst zu diesem Zeitpunkt feststeht, dass ein subsidiärer Haftungsanspruch gegenüber dem Geschenknehmer besteht.

II. Verjährung

1. Allgemeines

Nachdem bereits behandelt wurde, wann der subsidiäre Anspruch des verkürzten Pflichtteilsberechtigten gegen den Geschenknehmer fällig wird, soll an dieser Stelle die Verjährung und Durchsetzung des Haftungsanspruchs erörtert werden. Im Zuge des ErbRÄG 2015 wurde in § 1487a ABGB die Verjährung sämtlicher erbrechtlicher Ansprüche einheitlich geregelt. In der Bestimmung ist einerseits eine dreijährige kenntnisabhängige Verjährungsfrist sowie andererseits eine 30-jährige kenntnisunabhängige Verjährungsfrist vorgesehen. Haftungsansprüche gegen den Geschenknehmer verjähren somit drei Jahre ab Kenntnis der für das Bestehen des Anspruchs maßgebenden Tatsachen, jedenfalls aber 30 Jahre nach dem Tod des Verstorbenen.⁷⁶⁰

Weiters wurde durch das ErbRÄG 2015 gesetzlich ausdrücklich geregelt, dass der Pflichtteil zwar sofort im Todeszeitpunkt fällig wird (§ 765 Abs 1 ABGB), aber erst ein Jahr nach dem Tod gerichtlich geltend gemacht werden kann (§ 786 Abs 2 ABGB).⁷⁶¹ Zunächst war unklar, welchen Einfluss diese Stundung des Pflichtteils auf den Lauf der Verjährungsfrist hat. In Fällen, in denen Kenntnis über die maßgebenden Tatsachen bereits vor Ablauf dieses Jahres gegeben ist, hätte dies zur Folge, dass für die gerichtliche Geltendmachung des Pflichtteils nicht die volle dreijährige Verjährungsfrist zur Verfügung steht. Die Bestimmung wurde in der Lit⁷⁶² daher dahingehend ausgelegt, dass die Verjährungsfrist erst ab jenem Tag zu laufen beginnt, an dem der Pflichtteilsberechtigte sein Recht hätte ausüben können. Unter Bedachtnahme auf

⁷⁶⁰ *Barth* in *Barth/Pesendorfer* 184 f.

⁷⁶¹ *Barth* in *Barth/Pesendorfer* 178 f.

⁷⁶² *Rabl*, NZ 2015, 333; *Barth* in *Barth/Pesendorfer* 185; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 129; *Welser*, Die Fälligkeit von Pflichtteilsansprüchen und Legatsforderungen nach dem neuen Erbrecht, GesRZ 2016, 164 (166), *ders.*, Erbrechts-Kommentar § 765 ABGB Rz 11; *R. Madl* in *Kletečka/Schauer* (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch^{1.03} § 1487a ABGB Rz 20; *Dehn* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hg), Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023) § 1487a ABGB Rz 2; krit *Kogler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hg), Großkommentar zum ABGB (Klang)³ (2021) § 765 ABGB Rz 19 ff mwN; aA *Dukic*, Einklagbarkeit des Geldpflichtteils vor Ablauf der Jahresfrist, NZ 2019, 424 (429); *Holzner*, Klagbarkeit des Geldpflichtteils vor Ablauf der Jahresfrist, JBl 2020, 40 (43); *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* (Hg), Handbuch Erbrecht² (2020) Rz 10.49.

§ 765 Abs 2 ABGB wäre dies ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen.⁷⁶³ Der OGH⁷⁶⁴ hat nun klargestellt, dass die kurze Verjährungsfrist des § 1487a ABGB für Pflichtteilsansprüche frühestens ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen beginnt.

2. Verjährung und Durchsetzung des Haftungsanspruchs

Der verkürzte Pflichtteilsberechtigte kann seinen Anspruch nach § 789 Abs 1 ABGB direkt gegen den Geschenknehmer geltend machen.⁷⁶⁵ Die Durchsetzung des Anspruchs erfolgt im streitigen Rechtsweg. Eine Geltendmachung im Verlassenschaftsverfahren ist nicht erforderlich.⁷⁶⁶ Die Verjährung des Haftungsanspruchs nach § 789 ABGB richtet sich – wie die Verjährung des Pflichtteils – nach § 1487a ABGB.⁷⁶⁷ Es kann nun die Frage aufgeworfen werden, ob die obigen Ausführungen hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist auch auf den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Geschenknehmer anzuwenden sind.

Da sich diese beiden Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten gegen unterschiedliche Personen richten, ist nach *R. Madl*⁷⁶⁸ die Verjährung des Rechts, den Geschenknehmer wegen Verkürzung des Pflichtteils in Anspruch zu nehmen, auch nicht davon abhängig, wann er die Pflichtteilsergänzung fordern kann. Er führt hierzu weiters aus, dass der Pflichtteilsberechtigte nach § 765 Abs 2 ABGB den Geldpflichtteil zwar erst ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen fordern könne, eine derartige Regelung hinsichtlich des Anspruchs auf Zahlung des Fehlbetrages jedoch nicht gesetzlich festgelegt sei. § 790 Abs 2 ABGB sehe lediglich vor, dass die §§ 766 bis 768 ABGB über die Stundung und Ratenzahlung des Pflichtteils sinngemäß auch auf die Haftung des Geschenknehmers anzuwenden seien. Nach diesem ist daher davon auszugehen, dass – sofern nicht eine Stundung letztwillig verfügt oder gerichtlich angeordnet worden ist – die Verjährung des Anspruchs gegen den Geschenknehmer auch schon vor Ablauf eines Jahres nach dem Erbfall mit Kenntnis der Schenkung des Verstorbenen an den Geschenknehmer beginnen kann.

⁷⁶³ Vgl dazu auch *Nemeth* in Schwimann/Kodek (Hg), ABGB Praxiskommentar IV⁵ (2018) § 765 ABGB Rz 9.

⁷⁶⁴ RIS-Justiz RS0133859, zuletzt OGH 17.01.2023, 2 Ob 214/22t = NZ 2023, 192 (Bertsch) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht); OGH 15.11.2021, 2 Ob 117/21a = Zak 2022, 54 = JEV 2022, 4 (Hofmann) = EF-Z 2022, 160 (Schwarzenegger) = iFamZ 2022, 151 (Mondel) = JBl 2023, 25 (Knotz); OGH 13.12.2022, 2 Ob 223/22s.

⁷⁶⁵ *Barth*, iFamZ 2015, 242.

⁷⁶⁶ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 228.

⁷⁶⁷ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 4; ebenso *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 9.

⁷⁶⁸ *R. Madl* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1487a ABGB Rz 20.

Dieser Ansicht ist mE nicht zu folgen, da es sich auch bei dem subsidiären Anspruch gegen den Geschenknehmer um einen Pflichtteilsanspruch handelt. Weiters muss es sich bei dem Pflichtteilsanspruch einerseits und dem subsidiären Anspruch gegen den Geschenknehmer andererseits nicht immer um Ansprüche gegen verschiedene Personen handeln. Die Verjährung des Haftungsanspruchs nach den §§ 789 ff ABGB kann daher frühestens ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen beginnen.⁷⁶⁹ Vom OGH⁷⁷⁰ wurde nunmehr klargestellt, dass die kurze Verjährungsfrist des § 1487a ABGB auch hinsichtlich des subsidiären Anspruchs gegen den Geschenknehmer nach § 789 ABGB frühestens ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen beginnt.⁷⁷¹

K. AUSKUNFTSANSPRUCH

I. Allgemeines

Damit allenfalls nach §§ 789 ff ABGB bestehende Haftungsansprüche gegen den Geschenknehmer durchgesetzt werden können, ist es erforderlich, Informationen über zu Lebzeiten des Verstorbenen erfolgte Schenkungen zu erhalten. Oftmals werden die für die Geltendmachung des Anspruchs relevanten Umstände der Schenkung allerdings nicht bekannt sein, sodass es von wesentlicher Bedeutung ist, ob und gegen wen Auskunftsansprüche hinsichtlich erfolgter Zuwendungen geltend gemacht werden können und wer somit zur Erteilung von Auskünften verpflichtet ist. In engem Zusammenhang mit der Haftung des Geschenknehmers steht daher der in der Bestimmung des § 786 ABGB festgelegte Auskunftsanspruch.

⁷⁶⁹ Dehn in KBB⁷ § 1487a ABGB Rz 4, beginnt die Verjährung des Haftungsanspruchs gegen den Geschenknehmer frühestens mit Ablauf der (gesetzlichen oder vom Verstorbenen verfügten oder letztwillig angeordneten) Stundung.

⁷⁷⁰ OGH 17.01.2023, 2 Ob 214/22 = NZ 2023, 192 (Bertsch) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁷⁷¹ Krit dazu äußert sich Bertsch, Glosse zu OGH 17.01.2023, 2 Ob 214/22t, NZ 2023, 192 (194 ff). Der OGH behandle den Pflichtteilsanspruch gegen die Verlassenschaft/Erben und gegen den Geschenknehmer gleich, da andernfalls ein Wertungswiderspruch drohe. Im Hinblick auf die Verzinsung des Pflichtteilsanspruchs habe der OGH die beiden Ansprüche jedoch unterschiedlich behandelt, da die Zinsen für den Pflichtteilsanspruch mit dem Tod zu laufen beginnen, und jene für den Anspruch gegen den Geschenknehmer jedoch erst mit Einmahnung. Vgl dazu OGH 24.06.2021, 2 Ob 119/20v = NZ 2021, 457 (Rabl) = NZ 2021, 458 (Kepplinger) = PSR 2021, 124 (Zollner) = EF-Z 2022, 85 (Tschugguel) = JBl 2022, 304 (Kogler). Es sei nicht nachvollziehbar und widersprüchlich, warum der OGH einmal von einer Gleichbehandlung ausgehe und einmal nicht, zumal § 778 Abs 2 ABGB nicht zwischen dem Anspruch gegen die Verlassenschaft/Erben und jenem gegen den Geschenknehmer unterscheide.

II. Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015

Vor dem ErbRÄG 2015 war ein materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten hinsichtlich erfolgter Schenkungen nicht gesetzlich verankert. Man griff daher auf die verfahrensrechtliche Regelung des Art XLII Abs 1 EGZPO zurück.⁷⁷² Der Pflichtteilsberechtigte hatte daher (selbst wenn er gleichzeitig Erbe war) nach stRspr nicht nur hinsichtlich des Verlassenschaftsvermögens, sondern auch hinsichtlich Schenkungen Anspruch auf Auskunft und allenfalls auf Leistung eines Offenbarungseides.⁷⁷³ Zur Auskunft und zur Vorlage eines Vermögensverzeichnisses nach Art XLII EGZPO verpflichtet war vor der Einantwortung die Verlassenschaft. Nach der Einantwortung konnte der Anspruch gegen die Erben durchgesetzt werden.⁷⁷⁴

Die Frage des Bestehens einer Auskunftspflicht des Beschenkten wurde uneinheitlich beantwortet. Eine Verpflichtung des Geschenknehmers, über vom Verstorbenen erhaltene Schenkungen Auskunft zu erteilen, war dem Gesetz nicht zu entnehmen.⁷⁷⁵ So sprach sich der OGH⁷⁷⁶ mehrfach gegen eine Auskunftspflicht des Beschenkten aus. Der Pflichtteilsberechtigte konnte daher keinen Manifestationsanspruch nach Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO geltend machen, und zwar auch dann nicht, wenn der klagende Noterbe gleichzeitig Erbe war.⁷⁷⁷ In der Lit wurde zu dieser Frage jedoch auch die gegenteilige Ansicht vertreten. Es wurde unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut und den Gesetzeszweck sowie auf den zweiten Tatbestand des Art XLII Abs 1 EGZPO, nach dem zur Angabe verhalten werden kann, wer von der Verschweigung oder Verheimlichung eines Vermögens vermutlich Kenntnis hat, ein

⁷⁷² Vgl zB *Umlauf*, Anrechnung 234 f; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 320; *Raber*, JBl 1988, 220; *Binder* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar V² §§ 951 f ABGB Rz 19 f; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar III⁴ § 785 ABGB Rz 2.

⁷⁷³ *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar III⁴ § 785 ABGB Rz 2; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 320; *Raber*, JBl 1988, 220.

⁷⁷⁴ *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar III⁴ § 785 ABGB Rz 2; OGH 20.02.1975, 6 Ob 206/74 = EvBl 1975, 551 = JBl 1976, 157 = SZ 48/19; OGH 28.06.2007, 3 Ob 111/07f.

⁷⁷⁵ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 785 ABGB Rz 24.

⁷⁷⁶ Vgl zB OGH 03.06.1959, 1 Ob 171/50 = SZ 32/73; OGH 20.10.1975, 1 Ob 222/75 = SZ 48/114 = JBl 1976, 372; OGH 16.01.1986, 6 Ob 716/85 = SZ 59/13 = GesRZ 1986, 259; RIS-Justiz RS0012923, zuletzt OGH 28.10.2013, 8 Ob 55/13s = iFamZ 2014, 41 = AnwBl 2014, 159 = JBl 2014, 180 = Zak 2014, 16 = JEV 2014, 40 = EvBl 2014, 417 = EF-Z 2014, 136 = NZ 2014, 344 = SZ 2013/102 = EFSlg 138.752 = EFSlg 138.753 = EFSlg 138.754 = EFSlg 138.756 = EFSlg 139.887 = EFSlg 139.888 = EFSlg 139.889.

⁷⁷⁷ Vgl RIS-Justiz RS0129117, OGH 28.10.2013, 8 Ob 55/13s = iFamZ 2014, 41 = AnwBl 2014, 159 = JBl 2014, 180 = Zak 2014, 16 = JEV 2014, 40 = EvBl 2014, 417 = EF-Z 2014, 136 = NZ 2014, 344 = SZ 2013/102 = EFSlg 138.752 = EFSlg 138.753 = EFSlg 138.754 = EFSlg 138.756 = EFSlg 139.887 = EFSlg 139.888 = EFSlg 139.889.

Auskunftsanspruch auch gegenüber dem Beschenkten gefordert.⁷⁷⁸ *Umlauf*⁷⁷⁹ leitete die Auskunftspflicht des Beschenkten – unter Berufung auf die Rspr.⁷⁸⁰ zum Klagerecht des freien Handelsvertreters nach Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO bei Geltendmachung des Provisionsanspruchs – aus dem ersten Tatbestand des Art XLII Abs 1 EGZPO ab. Aufgrund dieser Unklarheiten wurde im Zuge des ErbRÄG 2015 ein Auskunftsanspruch hinsichtlich der vom Verstorbenen getätigten Schenkungen ausdrücklich gesetzlich festgelegt.

III. Regelung durch das ErbRÄG 2015

Durch das ErbRÄG 2015 wurde mit der Bestimmung des § 786 ABGB ein materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch in Bezug auf vom Verstorbenen getätigte Schenkungen gesetzlich verankert. So findet sich im neuen § 786 ABGB folgende Regelung: „*Wer berechtigt ist, die Hinzurechnung bestimmter Schenkungen zu verlangen, hat in Bezug auf diese einen Auskunftsanspruch gegen die Verlassenschaft, die Erben und den Geschenknehmer.*“ Es wurde somit ausdrücklich klargestellt, dass der Auskunftsanspruch nunmehr nicht nur gegen die Verlassenschaft und die Erben, sondern auch gegen den Beschenkten geltend gemacht werden kann. Aufgrund der äußerst knappen Formulierung des Gesetzestextes können jedoch einige Fragen aufgeworfen werden. Auch die Mat.⁷⁸¹ geben nur wenig Aufschluss über den genauen Inhalt der neuen Regelung. Diese führen lediglich aus, dass nach altem Recht unklar war, ob der Pflichtteilsberechtigte einen Auskunftsanspruch auch gegenüber dem Geschenknehmer hat. Dies sollte nun durch die neue Regelung des § 786 ABGB für alle, die nach den Bestimmungen der §§ 781 f ABGB die Hinzurechnung von Schenkungen verlangen können, klargestellt werden. Im Folgenden sollen die sich durch diese Regelung ergebenden Problemstellungen, insb in Bezug auf die Aktiv- und Passivlegitimation sowie die Voraussetzungen und den Umfang des Auskunftsanspruchs nach § 786 ABGB näher erörtert werden.

⁷⁷⁸ Binder in Schwimann, ABGB Praxiskommentar V² §§ 951 f Rz 19 f; vgl auch *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 320; ebenso leitete *Raber*, JBl 1988, 220, aus dem zweiten Tatbestand des Art XLII Abs 2 EGZPO einen Offenbarungsanspruch des verkürzten Pflichtteilsberechtigten auch gegen den (nur) Beschenkten ab.

⁷⁷⁹ *Umlauf*, Anrechnung 237 ff.

⁷⁸⁰ OGH 12.11.1992, 8 Ob 527/92 = SZ 65/165 = EvBl 1993, 236 = ÖZW 1994, 78.

⁷⁸¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

IV. Aktivlegitimation

1. Allgemeines

Nach § 786 ABGB ist auskunftsberechtigt, „wer die Hinzurechnung bestimmter Schenkungen verlangen kann“. Da der Auskunftsanspruch also von der Berechtigung, die Hinzurechnung bestimmter Schenkungen zu verlangen, abhängig gemacht wird, sollen im Folgenden offene Fragestellungen hinsichtlich dieser Berechtigung behandelt werden. § 783 ABGB legt die Anforderungen für die Berechtigung, die Hinzurechnung von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen zu verlangen, fest. Demgegenüber finden sich im § 782 ABGB die entsprechenden Regelungen hinsichtlich der Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen. Es ist hierbei daher erforderlich, zwischen Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen einerseits und Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen andererseits zu unterscheiden. Nach § 782 Abs 1 ABGB sind Schenkungen, die der Verstorbene in den letzten beiden Jahren vor seinem Tod an Personen, die nicht dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten angehören (§ 757),⁷⁸² wirklich gemacht hat, bei der Pflichtteilsberechnung der Verlassenschaft hinzuzurechnen. Aus dem Gesetz lässt sich jedoch nicht ableiten, zu welchem Zeitpunkt die Pflichtteilsberechtigung vorliegen muss.⁷⁸³ In der Lit werden der Zeitpunkt der Schenkung⁷⁸⁴ sowie der Zeitpunkt des Todes⁷⁸⁵ vorgeschlagen. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, die Pflichtteilsberechtigung müsse sowohl im Zeitpunkt der Schenkung als auch im Zeitpunkt des Todes gegeben sein, um von einer Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten ausgehen zu können.⁷⁸⁶ Lt OGH⁷⁸⁷ muss für eine

⁷⁸² Nähere Ausführungen zur Frage, welche Personen dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten angehören vgl Kapitel V.II.

⁷⁸³ Für eine überblicksmäßige Darstellung der verschiedenen Ansichten vgl auch *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 782-783 ABGB Rz 23 ff. Für nähere Ausführungen vgl Kapitel V.II.

⁷⁸⁴ Vgl zB *Apathy*, ÖJZ 2016, 807; *Schauer*, ÖJZ 2017, 58; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 626; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 89 ff, unter Hinweis auf die Bestimmung des § 792 ABGB, welche hinsichtlich der Haftung des Geschenknehmers auf eine Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt abstellt; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 Rz 7 ff mit detaillierten Ausführungen und weiteren Literaturnachweisen; zust wohl auch *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 2.

⁷⁸⁵ *Pollan*, NZ 2018, 91; für eine abstrakte Pflichtteilsberechtigung jedenfalls im Zeitpunkt des Todes *Rabl*, NZ 2015, 340 f.

⁷⁸⁶ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 123 und 125; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 173; *Rucker*, NZ 2016, 87 f; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 219; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 782 ABGB Rz 1 ff; *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 420; vgl auch *Kogler*, JBl 2016, 220, nach welchem für eine unbefristete Hinzu- und Anrechnung nach § 783 ABGB abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt und konkrete Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt erforderlich ist.

⁷⁸⁷ OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v = Zak 2020, 334 = EF-Z 2021, 37 (Tschugguel) = EvBl 2021, 234 (Kietaihl) = eolex 2021, 31 = JBl 2021, 512 (Kogler).

unbefristete Hinzu- und Anrechnung abstrakte Pflichtteilsberechtigung sowohl im Schenkungs- als auch im Todeszeitpunkt vorliegen.

2. Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen

a) Problemstellung

In Anlehnung an die Neuregelung, nach der die Anrechnung der unentgeltlichen Zuwendungen auf den gesamten Pflichtteil erfolgt, kam es konsequenterweise auch zu einer Erweiterung der Aktivlegitimation in Bezug auf Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen.⁷⁸⁸ Diese kommt gem § 783 ABGB nun neben Pflichtteilsberechtigten auch den Erben und Vermächtnisnehmern zu. Letzteren jedoch nur, sofern diese zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen beizutragen haben oder einen verhältnismäßigen Abzug erleiden. Auch Geschenknnehmer, die im Zeitpunkt der Schenkung allgemein zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörten, und denen deshalb kein Pflichtteil zukommt, weil sie auf diesen verzichtet haben oder die Erbschaft ausgeschlagen haben, können nach der gesetzlichen Regelung die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte verlangen und sind somit berechtigt, den Auskunftsanspruch geltend zu machen.⁷⁸⁹ In den Mat⁷⁹⁰ wird hierzu ausgeführt, dass jeder, der zur Leistung des Pflichtteils verpflichtet ist, die Hinzu- und Anrechnung verlangen kann.⁷⁹¹ Darüber hinaus sollen auch die übrigen Pflichtteilsberechtigten die Hinzu- und Anrechnung begehren können, da es für diese von Vorteil sein kann, wenn sich Pflichtteilsberechtigte weniger aus der Verlassenschaft befriedigen müssen.⁷⁹² Wie nachfolgend erläutert wird, kann festgestellt werden, dass der im § 783 ABGB enthaltene Katalog an Berechtigten nicht vollumfänglich mit den für Pflichtteilsansprüche haftenden Personen übereinstimmt. Fraglich war daher, ob es demgemäß zu einer teleologischen Reduktion der Bestimmung bzw analogen Anwendung auf weitere Fälle kommen kann. Der OGH hat nunmehr ausgesprochen, dass der vom Pflichtteilsberechtigten nach §§ 789 ff ABGB in Anspruch genommene Beschenkte in analoger Anwendung des § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB ebenfalls zur Erhebung eines Hinzu- und Anrechnungsbegehrens

⁷⁸⁸ Rucker, NZ 2016, 87.

⁷⁸⁹ Vgl § 783 Abs 1 ABGB.

⁷⁹⁰ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

⁷⁹¹ Hierzu wird weiters ausgeführt: „Dies sind die Erben und Vermächtnisnehmer, letztere jedoch nur, sofern sie nach § 764 des Entwurfs zur Pflichtteilserfüllung beizutragen haben oder einen verhältnismäßigen Abzug erleiden.“ Der Gesetzgeber hatte wohl nur den Fall vor Augen, dass die Pflichtteilsansprüche in der Verlassenschaft Deckung finden, nicht jedoch Fälle, in denen es aufgrund einer unzureichenden Verlassenschaft gem §§ 789 ff ABGB zu einer subsidiären Haftung der Geschenknnehmer kommt.

⁷⁹² ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

legitimiert ist und daher gegen den Pflichtteilskläger einwenden kann, dass sich dieser selbst eine andere Schenkung anrechnen lassen muss.⁷⁹³ Somit steht diesen Personen auch ein Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB zu. Im Folgenden soll eine Darstellung der einzelnen aktivlegitimierten Personen erfolgen.

b) Konkret Pflichtteilsberechtigte

Nach § 783 ABGB kann zunächst der Pflichtteilsberechtigte die Hinzu- und Anrechnung verlangen. Den Mat⁷⁹⁴ zufolge soll jeder der übrigen Pflichtteilsberechtigten die Hinzu- und Anrechnung begehren können, da es für ihn von Vorteil sein kann, wenn sich Pflichtteilsberechtigte weniger aus der Verlassenschaft befriedigen müssen. Damit steigt auch die Wahrscheinlichkeit, den Pflichtteil zur Gänze aus der Verlassenschaft gedeckt zu erhalten. Der Pflichtteilsberechtigte hat weiters ein Interesse an der Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, da sich dadurch seine Pflichtteilsbemessungsgrundlage erhöht.⁷⁹⁵ Es ist daher unter dem Begriff des Pflichtteilsberechtigten in § 783 Abs 1 ABGB nur der konkret Pflichtteilsberechtigte zu verstehen.⁷⁹⁶

c) Erben und Verlassenschaft

Seit dem ErbRÄG 2015 sind gem § 783 Abs 1 ABGB auch die Erben berechtigt, die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte zu verlangen, da diese zur Leistung des Pflichtteils verpflichtet sind.⁷⁹⁷ Trotz Hinzurechnung der Schenkung und der damit verbundenen Erhöhung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage wird die Pflichtteilslast der Erben durch die Anrechnung geringer.⁷⁹⁸ Nicht ausdrücklich in § 783 ABGB genannt ist die

⁷⁹³ RIS-Justiz RS0134438, OGH 25.07.2023, 2 Ob 100/23 d = Zak 2023, 294 = NZ 2023, 505 (Kogler) = EvBl 2024, 100 (Brandstätter) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁷⁹⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

⁷⁹⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 95.

⁷⁹⁶ So auch *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 125; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 783 ABGB Rz 1; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 331; *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 12; *Rabl*, Die Berechtigten einer Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil, Ein Beitrag zu den Zwecken des Anrechnungsrechts in FS Bittner (2018) 471 (474); *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 783 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 782-783 ABGB Rz 17; *Hofmann*, Der Anspruch auf Auskunft über Schenkungen nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2019, 322 (327); *Dukic*, Der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten über das Verlassenschaftsvermögen und Schenkungen, NZ 2021, 170 (171).

⁷⁹⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34; nach altem Recht war eine derartige Berechtigung der Erben nicht vorgesehen, vgl hierzu OGH 31.08.2016, 2 Ob 197/15g = Zak 2016, 375 = JEV 2016, 197 = NZ 2017, 18 = JBl 2017, 515 (Kogler).

⁷⁹⁸ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 95; *Rabl* in FS Bittner 475.

Verlassenschaft. Diese ist jedoch nach der hA⁷⁹⁹ aktivlegitimiert, da diese ebenfalls Pflichtteilsschuldner ist. Es ist daher auch die Verlassenschaft als Anspruchsberechtigte im Sinne des § 786 ABGB anzusehen. Dies entspricht auch der Entscheidung des OGH.⁸⁰⁰

d) Vermächtnisnehmer

In § 783 Abs 2 ABGB ist weiters der beitragspflichtige Vermächtnisnehmer genannt. Den Mat⁸⁰¹ zufolge soll dieser nur dann berechtigt sein, die Hinzu- und Anrechnung zu verlangen, wenn er nach § 764 Abs 2 ABGB zur Pflichtteilerfüllung beizutragen hat⁸⁰² oder vom Kürzungsrecht nach § 692 ABGB⁸⁰³ betroffen ist. Durch das Begehren der Anrechnung verringert sich die Beitragspflicht, die der Vermächtnisnehmer zur Pflichtteilerfüllung zu leisten hat.⁸⁰⁴ Der Vermächtnisnehmer ist somit berechtigt, Auskunft über Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte zu verlangen.⁸⁰⁵ Weiters besteht zugunsten des Vermächtnisnehmers eine Auskunftspflicht hinsichtlich der Frage, ob eine anrechnungsrelevante Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten erfolgt ist.⁸⁰⁶

Dem Pflichtteilsberechtigten steht trotz der Beitragspflicht des Vermächtnisnehmers kein direkter Anspruch gegen diesen zu. Der gesamte Pflichtteilsanspruch ist gegen den Erben bzw die Verlassenschaft zu richten,⁸⁰⁷ die wiederum im Innenverhältnis das Vermächtnis

⁷⁹⁹ Musger in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 14; für eine Aktivlegitimation der Verlassenschaft auch Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 95, ders in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 12; ebenso Welser, Erbrechts-Kommentar § 786 ABGB Rz 3; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 783 Rz 1; Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 782-783 ABGB Rz 19; Rabl in FS Bittner 476, obwohl nach diesem der äußerst mögliche Wortsinn des § 783 ABGB eine Erfassung des ruhenden Nachlasses nicht zulasse; Hofmann, NZ 2019, 328; Vaclavek, Die Haftung des Geschenknehmers 60; Dukic, NZ 2021, 171.

⁸⁰⁰ RIS-Justiz RS0134438, OGH 25.07.2023, 2 Ob 100/23 d = Zak 2023, 294 = NZ 2023, 505 (Kogler) = EvBl 2024, 100 (Brandstätter) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁸⁰¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

⁸⁰² Vgl zB Musger in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 14; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 783 Rz 1; Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 782-783 ABGB Rz 17; krit Rabl, NZ 2015, 340 FN 190, da die Beitragspflicht jeden Vermächtnisnehmer, mit Ausnahme des Ehegatten sowie des Lebensgefährten hinsichtlich des gesetzlichen Vorausvermächtnisses, treffe. Ob der Vermächtnisnehmer von einer Kürzung betroffen sei, zeige sich erst am Ende des Konfliktes.

⁸⁰³ Krit Rabl in FS Bittner 475 FN 23.

⁸⁰⁴ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 95.

⁸⁰⁵ Musger in KBB⁷ § 786 ABGB Rz 1; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 331; Zankl in Rabl/Zöchling-Jud 116; Rabl in FS Bittner 475; Welser, Erbrechts-Kommentar § 786 ABGB Rz 2; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 786 ABGB Rz 1.

⁸⁰⁶ Hofmann, NZ 2019, 328.

⁸⁰⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 26; Musger in KBB⁷ § 764 ABGB Rz 6; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 764 ABGB Rz 2/1 ff; Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 783 ABGB Rz 6; Barth in Barth/Pesendorfer 174; ders, iFamZ 2015, 238.

kürzen können⁸⁰⁸ oder den Vermächtnisnehmer in Anspruch nehmen können, wenn das Vermächtnis ungekürzt geleistet wurde.⁸⁰⁹ Das Recht der Vermächtnisnehmer, die Hinzu- und Anrechnung zu begehren, besteht gegenüber der Verlassenschaft oder den Erben, die wegen der bestehenden Pflichtteilsansprüche eine Kürzung der Vermächtnisse vornehmen.⁸¹⁰ Folgt man der Ansicht *Zemens*,⁸¹¹ der den Auflagenbegünstigten dem Vermächtnisnehmer im Hinblick auf die materielle Beitragspflicht gleichstellt, ist mE auch der Auflagenbegünstigte aufgrund der bestehenden Haftung für Pflichtteilsansprüche als nach § 783 ABGB aktivlegitimiert anzusehen, sodass ihm auch ein Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB zu gewähren ist.

e) Auf den Pflichtteil verzichtende oder sich ihres Erbrechts entschlagende Geschenknehmer

Gem § 783 ABGB ist weiters der Geschenknehmer, der im Zeitpunkt der Schenkung allgemein zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörte und dem deshalb kein Pflichtteil zukommt, weil er auf seinen Pflichtteil verzichtet oder die Erbschaft ausgeschlagen hat, aktivlegitimiert. Den Mat⁸¹² zufolge wurde diese Regelung eingeführt, da bei Abstellen bloß auf die konkrete Pflichtteilsberechtigung der Pflichtteilsberechtigten, der die Hinzu- und Anrechnung verlangt, selbst einer Anrechnung entgehen würde, er könnte aber unter Umständen die übrigen Pflichtteilsberechtigten trotzdem zur Haftung nach § 789 ABGB heranziehen. Da den verzichtenden Geschenknehmer bei unzureichender Verlassenschaft gegebenenfalls eine Haftung nach §§ 789 ff ABGB treffen kann, liegt es in seinem Interesse, durch eine Anrechnung die Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten zu reduzieren.⁸¹³

aa) Meinungsstand

Nach *Kletečka*⁸¹⁴ ist diese Möglichkeit des abstrakt Pflichtteilsberechtigten, die Hinzu- und Anrechnung zu verlangen, auf den Fall teleologisch zu reduzieren, dass der Verzichtende

⁸⁰⁸ OGH 15.12.1992, 1 Ob 652/92 = EFSlg 68.982 = EFSlg 69.869 = NZ 1996, 88.

⁸⁰⁹ OGH 07.05.1952, 7 Ob 547/92 = EvBl 1992, 793 = SZ 65/73.

⁸¹⁰ *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 14.

⁸¹¹ *Zemen*, Zur Kürzung der Vermächtnisse nach § 783 ABGB, ÖJZ 1985, 65 (69); *Musger* in KBB⁷ § 764 ABGB Rz 2.

⁸¹² ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

⁸¹³ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 95; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 Rz 12; *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 14; *Rabl* in FS Bittner 475.

⁸¹⁴ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 94 FN 18.

in Anspruch genommen wird. Dies führt er unter anderem auf das in den Mat⁸¹⁵ angeführte Beispiel zurück. Im Fall der Inanspruchnahme des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten nach §§ 789 ff ABGB erscheine es geboten, dem haftenden Geschenknehmer die Anrechnungsmöglichkeit zuzugestehen. Handelt es sich jedoch um einen nicht haftenden nicht konkret pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer, sei eine Anrechnungsmöglichkeit entgegen dem Wortlaut der Bestimmung vom Gesetzgeber nicht intendiert.⁸¹⁶ Die Anrechnungsbefugnis des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten stellt daher nach *Kletečka*⁸¹⁷ ein reines Verteidigungsmittel dar.

Dagegen wird ausgeführt, dass die Möglichkeit des auf den Pflichtteil verzichtenden, nach §§ 789 ff ABGB haftenden Pflichtteilsberechtigten, die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen zu verlangen, nicht bloß ein reines Verteidigungsmittel darstellt, sondern auch dem Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten dient, sodass dem Ausgleichs- und "Reziprozitätsgedanken" von Welser⁸¹⁸ Rechnung getragen wird.⁸¹⁹ Gegen eine teleologische Reduktion des § 783 Abs 1 ABGB spricht sich *Eccher*⁸²⁰ aus. Er führt die Möglichkeit des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten, die Hinzu- und Anrechnung zu verlangen, in erster Linie auf den Ausgleich zwischen diesen beiden Pflichtteilsberechtigten zurück.⁸²¹ So liege es auch im Interesse eines verzichtenden Pflichtteilsberechtigten, der mit seinem Verzicht die Testierfreiheit des Verstorbenen vergrößern wollte und keine oder nur eine geringe Abfindung erhalten hat, dass die an die übrigen Pflichtteilsberechtigten erfolgten Schenkungen auf deren Pflichtteil angerechnet werden.

bb) Stellungnahme

Zu beachten ist, dass die Bestimmung des § 783 Abs 1 ABGB ausdrücklich vom pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer, der auf seinen Pflichtteil verzichtet oder die Erbschaft ausgeschlagen hat, spricht und nicht generell vom verzichtenden oder ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten. Es wird daher ausdrücklich auf den Erhalt eines

⁸¹⁵ ErläutRV 688 BgNR 25. GP 34.

⁸¹⁶ Für eine teleologische Reduktion auch *Rucker*, NZ 2016, 87 f; *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 10; *Pollan*, NZ 2018, 87 FN 22; krit *Rabl*, NZ 2015, 340; nunmehr ebenfalls bejahend *Rabl* in FS Bittner 475.

⁸¹⁷ *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 94 FN 18.

⁸¹⁸ *Welser* in FS Kralik 588.

⁸¹⁹ *Pollan*, NZ 2018, 92.

⁸²⁰ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 178; diesem folgend *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 783 ABGB Rz 1; ebenso *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 95 FN 311.

⁸²¹ Auch nach *K. Müller/Melzer* in *Deixler-Hübner/Schauer* 88, zielt die Bestimmung darauf ab, der Gefahr einer Ungleichbehandlung entgegenzuwirken.

Geschenks abgestellt. Hat der verzichtende Pflichtteilsberechtigte jedoch weder eine Abfindung für seinen Verzicht noch eine sonstige Zuwendung erhalten, kommt ihm nach dem Gesetzeswortlaut keine Aktivlegitimation zu. Dies spricht dafür, dass es dem Gesetzgeber bei der Festlegung dieser Bestimmung vorrangig um die Reduzierung einer gegebenenfalls nach §§ 789 ff ABGB bestehenden Haftung ging, zumal nur den Empfänger eines Geschenks eine Haftung nach §§ 789 ff ABGB treffen kann. Würde die Regelung vorrangig dem Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten dienen, müsste daher in § 783 Abs 1 ABGB nicht bloß vom verzichtenden oder ausschlagenden Geschenknehmer, sondern generell vom verzichtenden oder ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten die Rede sein. Es ist daher der Ansicht *Kletečkas*⁸²² zu folgen und eine teleologische Reduktion der Bestimmung vorzunehmen, indem nur dem nach §§ 789 ff ABGB haftenden verzichtenden Pflichtteilsberechtigten eine Aktivlegitimation zukommt. Hat daher ein Pflichtteilsberechtigter auf seinen Pflichtteil verzichtet und eine Zuwendung erhalten, die seinen hypothetischen Pflichtteil im Zeitpunkt des Todes nicht übersteigt,⁸²³ so ist er dem Gesetzeswortlaut zufolge aktivlegitimiert. Da aufgrund der Haftungsfreistellung keine Haftung dieses Pflichtteilsberechtigten besteht, ist die Aktivlegitimation jedoch aufgrund der teleologischen Reduktion der Bestimmung zu verneinen. Ihm ist daher kein Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB zuzugestehen.

f) Enterbte und erbunwürdige Geschenknehmer

aa) Allgemeines

Abstrakt pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer, denen infolge Enterbung oder Erbunwürdigkeit keine konkrete Pflichtteilsberechtigung zukommt, sind in § 783 ABGB nicht als aktivlegitimierte Personen genannt. Fraglich war, ob auch diesen Personen in analoger Anwendung der Bestimmung des § 783 Abs 1 ABGB eine Aktivlegitimation zuzugestehen ist und ihnen somit auch ein Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB zukommt.

bb) Meinungsstand

Enterbte oder erbunwürdige abstrakt pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer sind einer zeitlich und betragsmäßig unbegrenzten Haftung sowie einer zeitlich unbefristeten, nicht wechselseitigen Anrechnung ausgesetzt. Dies erscheint aufgrund des Fehlverhaltens gegenüber

⁸²² *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 94 FN 18.

⁸²³ Vgl hierzu die in § 791 Abs 1 und 2 ABGB festgelegte Haftungsfreistellung in Höhe des (hypothetischen) Pflichtteils.

dem Verstorbenen und der sich daraus ergebenden Schutzwürdigkeit gerechtfertigt und steht auch mit der Bestimmung des § 791 Abs 2 ABGB im Einklang, nach der einem enterbten oder erbunwürdigen Geschenknehmer keine Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils zukommt.⁸²⁴ *Umlauf*⁸²⁵ erblickt hierbei jedoch eine Unvereinbarkeit mit der Bestimmung des § 948 ABGB, nach der der Geschenkgeber zum Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks berechtigt ist,⁸²⁶ was in weiterer Folge zur Herausgabe des Geschenks führt. Die Gefahr der Haftung und der damit verbundenen Herausgabepflicht nach §§ 789 ff ABGB werde dadurch entgegen der Wertung des § 948 ABGB vergrößert. Da der enterbte oder erbunwürdige Pflichtteilsberechtigte weder in § 783 ABGB noch in § 791 Abs 2 ABGB genannt wird, diesen Bestimmungen daher dieselbe Wertung zugrunde liegt, und der enterbte oder erbunwürdige Pflichtteilsberechtigte an anderen Stellen des ErbRÄG 2015 jedoch sehr wohl Berücksichtigung findet, ist nach *Umlauf*⁸²⁷ nicht von einer Gesetzeslücke auszugehen.

Der OGH hat nunmehr ausgesprochen, dass ein vom konkret Pflichtteilsberechtigten in Anspruch genommener Beschenkter in analoger Anwendung des § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB zur Erhebung eines Hinzu- und Anrechnungsbegehrens berechtigt ist.⁸²⁸ Somit ist auch dem enterbten oder erbunwürdigen Geschenknehmer ein Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB zuzubilligen.

g) Abstrakt pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer ohne konkrete Pflichtteilsberechtigung

Etwas ungünstig gestaltet sich die Rechtsposition des beschenkten Enkels, dessen die Verwandtschaft zum Verstorbenen vermittelnder Elternteil im Zeitpunkt des Todes des Geschenkgebers noch lebt und dem deshalb kein Pflichtteil zukommt. Derartige Schenkungen unterliegen aufgrund der abstrakten Pflichtteilsberechtigung der unbefristeten Hinzurechnung nach § 783 Abs 1 ABGB. Bei unzureichender Verlassenschaft haftet dieser überdies unbefristet für nicht gedeckte Pflichtteilsansprüche. Nach dem Wortlaut des § 783 Abs 1 ABGB ist er jedoch nicht berechtigt, die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen zu verlangen.

⁸²⁴ *Pollan*, NZ 2018, 92; auch nach *Schamberger*, NZ 2017, 374 f, kommt dadurch „eine Wertung zum Ausdruck, dass diese Personen hinsichtlich des Umfangs ihrer Haftung nicht privilegiert werden sollen“.

⁸²⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 96 f; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 Rz 14.

⁸²⁶ § 948 ABGB legt ein Widerrufsrecht für den Geschenkgeber wegen groben Undanks fest, wenn der Geschenknehmer eine gerichtlich strafbare Handlung begeht.

⁸²⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 97 f; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 14.

⁸²⁸ RIS-Justiz RS0134438, OGH 25.07.2023, 2 Ob 100/23 d = Zak 2023, 294 = NZ 2023, 505 (Kogler) = EvBl 2024, 100 (Brandstätter) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

Nach alter Rechtslage war der beschenkte Enkel noch den familienfremden Geschenknehmern gleichgestellt, sodass ihm die Haftungsbeschränkung des § 785 Abs 3 Satz 2 iVm § 951 Abs 1 Satz 1 ABGB aF zugutekam. Da er dem Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen angehört, ist die an ihn erfolgte Schenkung nach der neuen Rechtslage gem § 783 ABGB unbefristet hinzu- und anzurechnen. Er kommt auch nicht in den Genuss der Haftungsbeschränkung des § 792 ABGB und ist somit schlechter gestellt, als der familienfremde Geschenknahmer, da für diesen die Haftungsbeschränkung des § 792 ABGB greift. Der beschenkte Enkel war überdies schlechter gestellt, als der konkret pflichtteilsberechtigte Beschenkte und der abstrakt pflichtteilsberechtigte Beschenkte, denen deshalb kein Pflichtteil zukam, weil sie auf diesen verzichtet haben, da dem beschenkten Enkel im Gegensatz zu den zuletzt genannten Personen nicht das Recht zukam, die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen zu verlangen. Die unbefristete Haftung des Geschenknahmers könnte daher – im Hinblick auf die vom VfGH⁸²⁹ vertretene Auffassung, dass nur derjenige unbefristet haften soll, der auch selbst die Hinzu- und Anrechnung verlangen kann – eine unsachliche Ungleichbehandlung gegenüber pflichtteilsberechtigten und nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmern darstellen.⁸³⁰

Es wurde daher gefordert, man solle nicht nur dem verzichtenden Beschenkten, sondern auch „anderen aus besonderen Gründen von einem konkreten Pflichtteilsrecht Ausgeschlossenen, aber unbegrenzt Haftenden“ im Falle der Inanspruchnahme ein Anrechnungsrecht zugestehen, da dieses Recht auch dem Erben und Vermächtnisnehmer zur Minderung der Pflichtteilslast bzw zur Begrenzung der Beitragspflicht zukommt.⁸³¹ Dieser Forderung ist der OGH nachgekommen, indem ausgesprochen wurde, dass in analoger Anwendung des § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB alle vom konkret Pflichtteilsberechtigten in Anspruch genommenen Geschenknahmer zur Erhebung eines Hinzu- und Anrechnungsbegehrens berechtigt sind,⁸³² sodass diese Personen nun auch nach § 786 ABGB aktivlegitimiert sind.

⁸²⁹ VfGH 13.12.2016, G 572/15.

⁸³⁰ *Pollan*, NZ 2018, 92.

⁸³¹ *Pollan*, NZ 2018, 92.

⁸³² RIS-Justiz RS0134438, OGH 25.07.2023, 2 Ob 100/23 d = Zak 2023, 294 = NZ 2023, 505 (Kogler) = EvBl 2024, 100 (Brandstätter) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

h) Nicht pflichtteilsberechtigter Geschenknehmer

aa) Allgemeines

Gem § 783 Abs 1 ABGB kann ein Geschenknehmer, der im Zeitpunkt der Schenkung allgemein zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen gehörte, und dem deshalb kein Pflichtteil zukommt, weil er auf seinen Pflichtteil verzichtet hat oder die Erbschaft ausgeschlagen hat, ebenfalls die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte verlangen. Diese Berechtigung wurde eingeführt, um dem haftenden Geschenknehmer die Möglichkeit zu geben, gegenüber dem Kläger einzuwenden, dass auch dieser sich entsprechende Schenkungen anrechnen lassen müsse.⁸³³ Die Regelung wurde allerdings insofern krit betrachtet, als dem nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer, der ebenfalls für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteile haftet, wenn die Schenkung innerhalb von zwei Jahren vor dem Tod des Verstorbenen wirklich gemacht wurde, diese Berechtigung nach dem Gesetzeswortlaut nicht zukommt.⁸³⁴

bb) Meinungsstand

In der Lit⁸³⁵ wurde daher mehrheitlich eine analoge Anwendung der Bestimmung auf nach §§ 789 ff ABGB haftende nicht pflichtteilsberechtigter Geschenknehmer gefordert, da auch diese daran interessiert sind, ihre Haftung möglichst gering zu halten. ZT wird die Aktivlegitimation des haftenden Geschenknehmers auch aus der Regelung über beitragspflichtige Vermächtnisnehmer abgeleitet, da seine Interessenlage weitgehend jener der beitragspflichtigen Vermächtnisnehmer entspricht.⁸³⁶ Überdies hätte die Ablehnung der Anrechnungsbefugnis des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers, der innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Tod des Verstorbenen Zuwendungen erhalten hat, zur Folge, dass

⁸³³ Vgl hierzu bereits die obigen Ausführungen in Kapitel K.IV.2.e.

⁸³⁴ *Rabl*, NZ 2015, 340 FN 191.

⁸³⁵ *Rabl*, NZ 2015, 340 FN 191; für eine Aktivlegitimation eines nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers, dessen Schenkung wegen ihrer Vornahme innerhalb der Zweijahresfrist des § 782 ABGB anrechnungspflichtig ist und der möglicherweise nach §§ 789 ff ABGB haftet auch *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 179; *ders*, Erbrecht VI⁶ Rz 12/18; zust wohl auch *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 14; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 331; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 13; *Rabl* in FS Bittner 476 ff mwN; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 60; *Dukic*, NZ 2021, 171; aA *Hofmann*, NZ 2019, 327.

⁸³⁶ *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 783 ABGB Rz 1.

andere Hinzu- und Anrechnungsberechtigte über dessen Haftungsumfang entscheiden könnten.⁸³⁷

Demgegenüber wurde von *Hofmann*⁸³⁸ ein Auskunftsanspruch des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers mangels eines Hinzurechnungsrechts abgelehnt. Eine planwidrige Lücke sei nach diesem nicht zu erkennen. Nicht pflichtteilsberechtigter Geschenknehmer seien angehalten durch Einholung entsprechender Informationen vom Geschenkgeber einer Haftung zu entgehen. Ein schutzwürdiges Interesse an familieninternen Transaktionen sei dem nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer nicht zuzubilligen. Der OGH hat diese Frage nunmehr geklärt und festgelegt, dass allen Geschenknehmern, die vom konkret Pflichtteilsberechtigten gem §§ 789 ff ABGB in Anspruch genommen werden, zur Erhebung eines Hinzu- und Anrechnungsbegehrens berechtigt sind.⁸³⁹ Somit kommt nunmehr auch nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmern, die zur Haftung herangezogen werden, ein Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB zu.

i) Rechtsnachfolger

aa) Allgemeines

Aus der Bestimmung des § 791 Abs 2 ABGB, der sich auf die Geltendmachung der Haftungsfreistellung des Geschenknehmers bzw dessen Erben bezieht, lässt sich ableiten, dass auch der Erbe des Geschenknehmers zur Haftung nach §§ 789 ff ABGB herangezogen werden kann. Das Recht, die Hinzu- und Anrechnung zu verlangen, muss daher nach *Umlauf*⁸⁴⁰ auch dem Erben des vorverstorbenen Beschenkten zustehen.

bb) Stellungnahme

Nun kann jedoch der Fall eintreten, dass der nach §§ 789 ff ABGB zur Haftung verpflichtete Geschenknehmer zwar nach dem Geschenkgeber, aber vor Erfüllung des Anteils des Pflichtteilsanspruchs, für den er einzustehen hat, verstirbt. In diesem Fall haften ebenfalls

⁸³⁷ *Kogler*, Keine Pflicht des Pflichtteilsberechtigten, der aufgrund lebzeitiger Schenkungen einen erhöhten Pflichtteil fordert, zur Anrechnung von Eigenschenkungen, Anmerkungen zu OGH 31.08.2016, 2 Ob 197/15g, JBl 2017, 515 (519).

⁸³⁸ *Hofmann*, NZ 2019, 327.

⁸³⁹ RIS-Justiz RS0134438, OGH 25.07.2023, 2 Ob 100/23 d = Zak 2023, 294 = NZ 2023, 505 (Kogler) = EvBl 2024, 100 (Brandstätter) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁸⁴⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 96.

seine Erben für die Erfüllung der ihn treffenden Verpflichtung,⁸⁴¹ sodass im Sinne der Entscheidung des OGH⁸⁴² nicht nur den Erben des vorverstorbenen Geschenknehmers, sondern auch jenen des nachverstorbenen Geschenknehmers, ein Hinzu- und Anrechnungsrecht und somit ein Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB zuzugestehen ist.

3. Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen

a) Problemstellungen

§ 782 ABGB behandelt die Hinzurechnung von Schenkungen an nicht zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehörende Personen. Nach § 782 Abs 2 ABGB steht das Recht die Hinzurechnung dieser Schenkungen zu verlangen nur dem konkret⁸⁴³ Pflichtteilsberechtigten zu. Ein Nachkomme ist nur bei Schenkungen, die der Verstorbene zu einer Zeit gemacht hat, zu der er ein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte, berechtigt, eine Hinzurechnung zu verlangen. Der Ehegatte oder eingetragene Partner ist nur im Falle von Schenkungen, die während seiner Ehe oder eingetragenen Partnerschaft mit dem Verstorbenen gemacht worden sind, aktivlegitimiert. In den Gesetzesmaterialien⁸⁴⁴ wird diese Einschränkung damit begründet, dass eine Hinzu- und Anrechnung nur dann möglich sein soll, wenn der Verstorbene im Zeitpunkt der Schenkung mit Pflichtteilsansprüchen der die Hinzurechnung begehrenden Personen rechnen musste.

Eine derartige Einschränkung findet sich jedoch nicht in Bezug auf Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen gem § 783 ABGB. So hängt nach dem Gesetzeswortlaut die Anrechnungsbefugnis des Ehegatten und eingetragenen Partners nach § 783 ABGB nicht davon ab, dass es sich um eine Schenkung handelt, die während aufrechter Ehe oder eingetragenen Partnerschaft erfolgt ist. Weiters kann ein pflichtteilsberechtigter Nachkomme die Hinzu- und Anrechnung einer Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten verlangen, die der Verstorbene zu einer Zeit gemacht hat, zu der er kein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte.⁸⁴⁵ Fraglich ist, ob

⁸⁴¹ Aus § 791 Abs 2 und 3 ABGB lässt sich der Übergang der Haftung auf die Erben des Geschenknehmers ableiten.

⁸⁴² RIS-Justiz RS0134438, OGH 25.07.2023, 2 Ob 100/23 d = Zak 2023, 294 = NZ 2023, 505 (Kogler) = EvBl 2024, 100 (Brandstätter) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁸⁴³ *Rabl*, NZ 2015, 340; *Apathy*, ÖJZ 2016, 808; *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 125; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 175; *Umlauft*, Hinzu- und Anrechnung² 75; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 782 ABGB Rz 13; *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 7; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 782 ABGB Rz 33; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 782 ABGB Rz 2; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 782 ABGB Rz 14; *Rabl* in FS Bittner 473; *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 419.

⁸⁴⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

⁸⁴⁵ *Rabl*, NZ 2015, 340.

es sich dabei um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers handelt, oder ob eine analoge Anwendung der Einschränkung nach § 782 Abs 2 ABGB auf Schenkungen iSd § 783 ABGB zu erfolgen hat. Weiters wird im Folgenden behandelt, ob ein Nachkomme, der die Hinzu- und Anrechnung begehrt, bereits im Schenkungszeitpunkt vorhanden sein musste und ob die Befugnis des Ehegatten, die Hinzurechnung zu begehren, davon abhängig ist, ob im Zeitpunkt der Schenkung an diesen einem Ehegatten bereits ein Pflichtteilsrecht zukam. Diese Fragen haben Auswirkungen auf die Aktivlegitimation in Bezug auf den Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB. Weiters ist fraglich, welcher Zeitpunkt für die Aktivlegitimation gem § 782 Abs 2 ABGB maßgeblich ist.

b) Analoge Anwendung des § 782 Abs 2 ABGB

In einem ersten Schritt soll untersucht werden, ob die Einschränkung des § 782 Abs 2 ABGB in Bezug auf Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen analog auf Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen gem § 783 ABGB angewendet werden kann. Sowohl für als auch gegen eine analoge Anwendung können überzeugende Argumente ins Treffen geführt werden.

aa) Meinungsstand

Die Differenzierung zwischen Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen einerseits und Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen andererseits wird in der Lit zT kritisiert, weshalb eine analoge Anwendung der Einschränkung des § 782 Abs 2 ABGB auf Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte gem § 783 ABGB vorgeschlagen wird.⁸⁴⁶ Es sei kein sachlicher Grund für eine derartige Differenzierung ersichtlich⁸⁴⁷ und den Gesetzesmaterialien nicht zu entnehmen, dass die Einschränkung bewusst nur für Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer festgelegt wurde und ein Abgehen von der alten Rechtslage, nach der § 785 Abs 2 ABGB aF auf sämtliche Schenkungen anzuwenden war,⁸⁴⁸ beabsichtigt war. Demgegenüber wird auch die gegenteilige Ansicht vertreten und eine analoge Anwendung des § 782 Abs 2 ABGB verneint.⁸⁴⁹

⁸⁴⁶ Apathy, ÖJZ 2016, 808; ders in Artmann/Rüffler/Torggler 12 f; ebenso Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 125.

⁸⁴⁷ Für eine analoge Anwendung auch Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 783 ABGB Rz 3; Musger in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 12.

⁸⁴⁸ Vgl OGH 15.12.1992, 1 Ob 652/92 EFSlg 68.982 = EFSlg 69.869 = NZ 1996, 88.

⁸⁴⁹ Vgl hierzu unter anderem Rucker, NZ 2016, 87; Umlauft, Hinzu- und Anrechnung² 76 und 101.

Gegen eine analoge Anwendung des § 782 Abs 2 ABGB spricht sich auch *Schauer*⁸⁵⁰ aus, da aufgrund der klaren Gesetzessystematik nicht von einer Planwidrigkeit ausgegangen werden könne. Ebenso ist nach *Umlauf*⁸⁵¹ aufgrund der systematischen Stellung des § 782 Abs 2 ABGB und unter Hinweis auf die Ähnlichkeit von Schenkungen mit den früheren Vorempfängen und Vorschüssen⁸⁵² keine analoge Anwendung der Bestimmung anzunehmen.

Nach *Rabl*⁸⁵³ ist die Regelung darauf zurückzuführen, dass es nicht zu einer Erhöhung der Pflichtteilsbelastung kommen soll, wenn der Verstorbene nicht damit rechnen musste. Da § 783 ABGB eine dem § 782 Abs 2 ABGB entsprechende Einschränkung nicht vorsieht, kommt es nach diesem jedoch zu einer „empfindlichen Vergrößerung der Pflichtteilsbelastung“ im Vergleich zur bisherigen Rechtslage. Aufgrund der unterschiedlichen Zwecke der beiden Bestimmungen wird von *Rabl*⁸⁵⁴ eine analoge Anwendung abgelehnt. Die Hinzurechnung nach § 782 ABGB solle eine Pflichtteilsvereitelung verhindern. Demgegenüber solle die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte eine Gleichbehandlung unter den Pflichtteilsberechtigten herbeiführen.

bb) Stellungnahme

Führt man die Einschränkung des § 782 Abs 2 ABGB darauf zurück, dass der Geschenkgeber in diesen Fällen nicht mit Pflichtteilsansprüchen rechnen musste,⁸⁵⁵ so ist fraglich, ob dies auch auf Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen zutreffen kann. Hat der Geschenknehmer mit Ausnahme des beschenkten Pflichtteilsberechtigten keine weiteren Pflichtteilsberechtigten, so musste er gegebenenfalls auch in diesem Fall nicht mit Pflichtteilsansprüchen anderer Personen rechnen. Erklärt man die Bestimmung des § 782 Abs 2 ABGB hier für nicht anwendbar, so kann ein später hinzukommender Pflichtteilsberechtigter

⁸⁵⁰ *Schauer*, ÖJZ 2017, 58 f.

⁸⁵¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 101; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 783 ABGB Rz 15.

⁸⁵² In Bezug auf die früheren Vorschüsse und Vorempfänge iSd §§ 788 f ABGB aF war keine Einschränkung im Hinblick auf das Hinzu- und Anrechnungsverlangen des Ehegatten und der Kinder vorgesehen, vgl *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 101.

⁸⁵³ *Rabl*, NZ 2015, 340.

⁸⁵⁴ *Rabl* in FS Bittner 478 ff samt umfassender Analyse einer analogen Anwendung.

⁸⁵⁵ So ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

dennoch die Hinzu- und Anrechnung der Schenkung verlangen, obwohl mit dessen Anspruch im Schenkungszeitpunkt nicht gerechnet werden musste.⁸⁵⁶

Dass Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte den Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte nicht vollkommen gleichgestellt sind, wird auch anhand der unterschiedlichen für die Hinzu- und Anrechnung relevanten Fristen deutlich. Vergleicht man die Bestimmungen der §§ 782 und 783 ABGB miteinander, so kann ebenfalls festgestellt werden, dass Schenkungen an pflichtteilsberechtigte bzw nicht pflichtteilsberechtigte Personen auch im Hinblick auf die Berechtigung, die Hinzurechnung zu verlangen, unterschiedlich behandelt werden, indem die Aktivlegitimation bei Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen enger gefasst ist. Das kann allerdings damit begründet werden, dass die Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen mit einem Nachteil für die Erben und Vermächtnisnehmer verbunden wäre, da sich so der Pflichtteilsanspruch der Pflichtteilsberechtigten erhöht, was auch zu einer Erhöhung der Haftung der Verlassenschaft, der Erben und der Vermächtnisnehmer führen würde.⁸⁵⁷

Erfolgt eine Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person und ist im Zeitpunkt der Schenkung ein pflichtteilsberechtigtes Kind vorhanden, die Eheschließung erfolgte jedoch erst nach der Schenkung, so ist der Ehegatte nicht berechtigt, die Hinzurechnung zu verlangen, wird aber im Falle eines Hinzurechnungsbegehrens des im Schenkungszeitpunkt bereits vorhandenen Kindes ebenfalls begünstigt, da sich auch sein Pflichtteilsanspruch infolge der Hinzurechnung erhöht. In diesem Fall ist der Ehegatte darauf angewiesen, dass ein bereits im Schenkungszeitpunkt pflichtteilsberechtigter Nachkomme einen Antrag auf Hinzurechnung der Schenkung stellt. Aufgrund der Festlegung der unbefristeten Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte wird deutlich, dass dem Gesetzgeber der Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten ein großes Anliegen ist. Um dem Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten Rechnung zu tragen, wäre es nicht gerechtfertigt, die Höhe des Pflichtteilsanspruchs des Ehegatten auch im Hinblick auf Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte davon abhängig zu machen, ob ein anderer Pflichtteilsberechtigter die Hinzurechnung beantragt. Dies würde dem Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten

⁸⁵⁶ Zu dieser Problematik wird ausgeführt, dass es für die Anrechnung von Schenkungen ausreichend ist, wenn der Verstorbene im Zeitpunkt der Schenkung nur ein Kind hatte und dieses beschenkt hat, da anzunehmen ist, dass der Verstorbene, der bereits ein Kind hat, regelmäßig mit dem Hinzukommen weiterer Kinder rechnet. Vgl zB *Weiß* in Klang, ABGB III² 907; *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 785 ABGB Rz 5, *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 77 f.

⁸⁵⁷ Vgl auch ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33.

schaden. So kann die unterschiedliche Behandlung von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen einerseits und Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen andererseits mit dem Argument des Ausgleichs unter den Pflichtteilsberechtigten gerechtfertigt werden. Es kann wohl davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber dem Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten Vorrang vor dem Vertrauen auf das Nichtbestehen von Pflichtteilsansprüchen im Schenkungszeitpunkt einräumt. In Anlehnung an die Ausführungen *Schauers*⁸⁵⁸ und *Umlaufis*⁸⁵⁹ wird ein Versehen des Gesetzgebers schon deshalb nicht anzunehmen sein, weil es sich bei den einschlägigen Bestimmungen um zwei aufeinanderfolgende Regelungen handelt und dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, eine Einschränkung, die er in der zuerst angeführten Regelung vorgesehen hat, bei der Festlegung der darauffolgenden Regelung nicht mehr bedacht hat. Eine analoge Anwendung ist daher abzulehnen. Ebenso wird der klare Wortlaut der beiden Bestimmungen wohl gegen eine analoge Anwendung sprechen.

c) Hinzurechnungsbegehren eines Nachkommen

Nachkommen des Verstorbenen können die Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen nur dann verlangen, wenn diese zu einem Zeitpunkt erfolgt sind, in dem der Verstorbene ein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte.⁸⁶⁰ Fraglich ist, ob das die Hinzurechnung begehrende Kind bereits im Schenkungszeitpunkt vorhanden sein musste und welchen Einfluss ein Verlust der Pflichtteilsberechtigung auf die Aktivlegitimation hat.

aa) Meinungsstand

Nach überwiegender Ansicht ist Voraussetzung für die Aktivlegitimation bloß, dass der Verstorbene im Schenkungszeitpunkt irgendein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte, es muss sich dabei jedoch nicht um das die Hinzurechnung verlangende Kind handeln.⁸⁶¹ So soll auch ein im Schenkungszeitpunkt bereits vorliegender Pflichtteilsverzicht, der vor dem Tod wieder aufgehoben wurde, nicht schädlich für die Aktivlegitimation des betreffenden

⁸⁵⁸ *Schauer*, ÖJZ 2017, 58 f.

⁸⁵⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 101.

⁸⁶⁰ Vgl § 782 Abs 2 ABGB.

⁸⁶¹ Vgl zB *Weiß* in Klang, ABGB III² 907; *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 785 ABGB Rz 5; *ders* in FS Kralik 585; *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar III⁴ § 785 ABGB Rz 12; *Musger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014) § 782 ABGB Rz 7; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 76 f. Ein im Schenkungszeitpunkt gezeugtes später zur Welt kommendes Kind ist aufgrund des § 22 Abs 2 ABGB ausreichend, wenn die Hinzurechnung zum Vorteil dieses Kindes erfolgt, vgl hierzu *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 785 ABGB Rz 5; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung².

Pflichtteilsberechtigten sein.⁸⁶² Demgegenüber wird unter Hinweis darauf, dass es dem Anfechtungsrecht widersprechen würde, wenn der Anfechtungsgrund erst nach Abschluss des Rechtsgeschäftes entstehe, auch die Ansicht vertreten, dass das die Hinzurechnung verlangende Kind im Zeitpunkt der Schenkung pflichtteilsberechtigt sein musste.⁸⁶³

bb) Stellungnahme

Aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes wird wohl der überwiegenden Ansicht⁸⁶⁴ zu folgen sein und eine Aktivlegitimation nach § 782 ABGB und somit auch nach § 786 ABGB auch dann anzunehmen sein, wenn das die Hinzurechnung begehrende Kind im Zeitpunkt der Schenkung noch nicht geboren oder nicht pflichtteilsberechtigt war, sofern der Verstorbene in diesem Zeitpunkt bereits ein anderes pflichtteilsberechtigtes Kind hatte. Die Aktivlegitimation eines pflichtteilsberechtigten Kindes in Bezug auf Schenkungen an nicht abstrakt pflichtteilsberechtigte Personen ist daher nur dann abzulehnen, wenn der Verstorbene im Zeitpunkt der Schenkung noch kein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte.⁸⁶⁵

d) Hinzurechnungsbegehren des Ehegatten / eingetragenen Partners

Der Ehegatte oder eingetragene Partner kann die Hinzurechnung von Schenkungen, die an nicht pflichtteilsberechtigte Personen erfolgt sind, nur dann begehren, wenn sie während seiner Ehe oder eingetragenen Partnerschaft mit dem Verstorbenen erfolgt sind.⁸⁶⁶ Für die Aktivlegitimation des Ehegatten oder eingetragenen Partners ist daher das bloße Vorhandensein eines pflichtteilsberechtigten Kindes oder eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft des Verstorbenen mit einer anderen Person nicht ausreichend.⁸⁶⁷ Fraglich ist, ob der Ehegatte die Hinzurechnung von Schenkungen verlangen kann, die zu einem Zeitpunkt erfolgt sind, zu dem diesem noch kein Pflichtteilsrecht zukam.⁸⁶⁸

⁸⁶² So *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 76.

⁸⁶³ *Schwind*, Der aktiv und passiv Pflichtteilsberechtigte – Bemerkungen zu § 785 ABGB in FS Firsching (1985) 263 (264 ff); dagegen *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 76, unter Hinweis auf den Herrenhausbericht und die eindeutige Formulierung des § 785 Abs 2 ABGB aF und § 782 Abs 2 ABGB, in dem auf „ein pflichtteilsberechtigtes Kind“ abgestellt wird.

⁸⁶⁴ Vgl zB *Weiß* in Klang, ABGB III² 907; *Welser* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 785 ABGB Rz 5; *ders* in FS Kralik 585; *Eccher* in Schwimann/Kodek, Praxiskommentar III⁴ § 785 ABGB Rz 12; *Musger* in KBB⁴ § 782 ABGB Rz 7; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 76 f.

⁸⁶⁵ So *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 78.

⁸⁶⁶ Vgl § 782 Abs 2 ABGB.

⁸⁶⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 79.

⁸⁶⁸ Das Pflichtteilsrecht des Ehegatten wurde durch das Eherechtsänderungsgesetz 1978 BGBl 1978/280 eingeführt. Im Hinblick auf den eingetragenen Partner stellt sich diese Problematik nicht, da das Pflichtteilsrecht des eingetragenen Partners gleichzeitig mit der eingetragenen Partnerschaft eingeführt wurde, § 45 Abs 1 EPG iVm § 537a idF BGBl I 2009/135, vgl *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 81.

aa) Meinungsstand

Nach *Schwind*⁸⁶⁹ ist in derartigen Fällen ein Hinzurechnungsrecht des Ehegatten zu verneinen, da in den Übergangsbestimmungen des Eherechtsänderungsgesetzes 1978 von „erbrechtlichen Bestimmungen“ die Rede sei. Beim Pflichtteilsanspruch handle es sich jedoch um keinen erbrechtlichen, sondern um einen obligatorischen Anspruch, sodass dieser nicht unter den Wortlaut der Übergangsbestimmungen falle. Dagegen meint *Umlauf*,⁸⁷⁰ unter dem Begriff „erbrechtliche Bestimmungen“ seien die Normen des Erbrechts im objektiven Sinn zu verstehen, wovon auch die Regelungen über das Pflichtteilsrecht umfasst seien. Zudem sei in § 785 Abs 2 ABGB aF und § 782 Abs 2 ABGB nicht vom „pflichtteilsberechtigten Ehegatten“ – wie dies beim die Hinzurechnung verlangenden Kind gefordert wird – die Rede, sondern bloß vom „Ehegatten“, weshalb eine Pflichtteilsberechtigung des Ehegatten im Zeitpunkt der Schenkung nicht als Voraussetzung für sein Hinzurechnungsrecht angesehen werden könne.

bb) Stellungnahme

Dieser Ansicht *Umlauf*s⁸⁷¹ ist mE aufgrund der klaren Formulierung der Bestimmung des § 782 Abs 2 zu folgen. Für die Aktivlegitimation des Ehegatten nach § 786 ABGB wird daher vorausgesetzt, dass die Schenkung während aufrechter Ehe erfolgt ist. Ob einem Ehegatten zu diesem Zeitpunkt ein Pflichtteilsrecht zugekommen ist, ist für die Beurteilung der Aktivlegitimation unerheblich.

e) Maßgeblicher Zeitpunkt

Zu klären ist weiters, wann eine Schenkung iSd § 782 Abs 2 ABGB „gemacht“ ist. Im Unterschied zu Abs 2 der Bestimmung stellt Abs 1 darauf ab, dass die Schenkung „wirklich gemacht“ ist. Aufgrund dieser Unterschiede im Gesetzeswortlaut kann die Frage aufgeworfen werden, ob Abs 1 und Abs 2 daher auf unterschiedliche Zeitpunkte abstellen.

aa) Meinungsstand

Es wird zT davon ausgegangen, dass im Hinblick auf Abs 2 die Erbringung des Vermögensopfers keine Rolle spielt und der maßgebliche Zeitpunkt daher jener der rechtlichen

⁸⁶⁹ *Schwind* in FS Firsching 264 f.

⁸⁷⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 80 f.

⁸⁷¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 80 f.

Bindung, also der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sei.⁸⁷² Der Zweck des § 782 Abs 2 ABGB spreche für ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, da der Geschenkgeber an sein Schenkungsversprechen gebunden sei, das er zu einer Zeit gemacht hat, als er noch kinderlos war.⁸⁷³ Demgegenüber kann als maßgeblicher Zeitpunkt auch jener der Erbringung des Vermögensopfers angesehen werden.⁸⁷⁴ In den Gesetzesmaterialien⁸⁷⁵ wird in diesem Zusammenhang keine Unterscheidung zwischen Abs 1 und Abs 2 vorgenommen und lediglich in Bezug auf die Zweijahresfrist auf die Vermögensopfertheorie verwiesen.

bb) Stellungnahme

Zu beachten ist, dass im ErbRÄG 2015 mehrfach von einer Schenkung die „gemacht“ und nicht „wirklich gemacht“ wurde, die Rede ist. So sprechen § 753 ABGB im Hinblick auf die Ausnahmen von der Schenkungsanrechnung auf den Erbteil sowie § 784 ABGB, der die Ausnahmen von der Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil festlegt, von Schenkungen, die „gemacht“ wurden. Die Unterscheidung im Wortlaut der beiden Bestimmungen führt daher mE zu keiner Differenzierung in Bezug auf die Beurteilung des maßgeblichen Zeitpunktes.

V. Passivlegitimation

1. Problemstellungen

§ 786 ABGB sieht einen Auskunftsanspruch gegen die Verlassenschaft, die Erben⁸⁷⁶ und den Geschenknehmer vor. Eine Passivlegitimation von Dritten, die selbst nicht Geschenknehmer sind, wie bspw Banken, wird abgelehnt.⁸⁷⁷ Es können jedoch die Erben und die Verlassenschaft verpflichtet sein, Auskunft darüber zu erteilen, an wen vor dem Tod des Verstorbenen größere Überweisungen erfolgt sind, wenn diesen Überweisungen eindeutig keine Gegenleistung gegenübersteht. Gegebenenfalls besteht für die Verlassenschaft und die

⁸⁷² *Rabl*, NZ 2015, 340; *Apathy*, ÖJZ 2016, 807; *ders* in Artmann/Rüffler/Torggler 8 f; *Umlauft*, Hinzu- und Anrechnung² 81; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkileh, Klang³ § 782 ABGB Rz 15; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 782 ABGB Rz 2.

⁸⁷³ *Apathy*, ÖJZ 2016, 807 unter Hinweis auf *Rabl*, NZ 2015, 340.

⁸⁷⁴ So noch *Musger* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkommentar zum ABGB⁶ (2020) §§ 782-783 ABGB Rz 7; dieser stellt nunmehr jedoch unter Hinweis auf die hA ebenfalls auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab. Vgl *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 7.

⁸⁷⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

⁸⁷⁶ Nach *Dukic*, NZ 2021, 171, sollen die Erben erst nach Einantwortung auskunftspflichtig sein. AA *Hofmann*, NZ 2019, 329 nach welchem die Erben bereits mit Abgabe der Erbantrittserklärung die Passivlegitimation erlangen.

⁸⁷⁷ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 127; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 222.

Erben auch eine Verpflichtung entsprechende Auskünfte einzuholen.⁸⁷⁸ Weiters steht dem Pflichtteilsberechtigten das Recht zu, über den Gerichtskommissär eine rückwirkende Kontenöffnung zu beantragen.⁸⁷⁹

2. Reihenfolge der Auskunftspflicht

Die Verlassenschaft kann ab dem Erbfall und bis zur Einantwortung zur Auskunftserteilung herangezogen werden. Demgegenüber ist der Erbe persönlich erst nach erfolgter Einantwortung zur Auskunft verpflichtet, da er erst ab diesem Zeitpunkt Erbe ist. Der Auskunftsanspruch gegen den Beschenkten kann erst ab dem Erbfall geltend gemacht werden.⁸⁸⁰ Eine bestimmte Reihenfolge, in der die Auskunftspflichtigen in Anspruch zu nehmen sind, ist gesetzlich nicht festgelegt.

a) Meinungsstand

So wird hierzu ausgeführt, dass die Auskunftspflichtigen in beliebiger Reihenfolge und auch nebeneinander in Anspruch genommen werden können.⁸⁸¹ Demgegenüber wird weiters die Ansicht vertreten, dass der Auskunftsbeneficiäre nicht alle zur Auskunft verpflichteten Personen der Reihe nach in Anspruch nehmen kann. Sollte er bereits Auskunft über eine erfolgte Zuwendung erhalten haben, dürfe gegen einen weiteren Auskunftspflichtigen nur vorgegangen werden, wenn begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Auskunft bestehen.⁸⁸² Dem wird entgegnet, für diese Vorgehensweise bestehe kein sachlicher Grund. Der Geschenkeempfänger sei am besten über die erhaltene Zuwendung informiert. Der Auskunftsanspruch wäre demnach entwertet, wenn zunächst Auskunft von einer anderen, schlechter informierten Person verlangt werden müsste.⁸⁸³

b) Stellungnahme

ME ist der Ansicht, der Auskunftsbeneficiäre könne nicht alle auskunftspflichtigen Personen in Anspruch nehmen, nicht zu folgen, da weder aus dem Gesetzestext noch aus den

⁸⁷⁸ OGH 29.06.2020, 2 Ob 142/19z; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 786 ABGB Rz 1.

⁸⁷⁹ *Verweijen*, Handbuch Verlassenschaftsverfahren² (2018) 141.

⁸⁸⁰ *Zankl* in Rabl/Zöchling-Jud 116 f.

⁸⁸¹ *Till*, iFamZ 2017, 275; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 333; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 786 ABGB Rz 4; vgl auch *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 186; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 786 ABGB Rz 3; *Hofmann*, NZ 2019, 334.

⁸⁸² *Zankl* in Rabl/Zöchling-Jud 116.

⁸⁸³ *Hofmann*, NZ 2019, 334.

Mat hervorgeht, dass der Auskunftsanspruch nur gegen einen Auskunftspflichtigen geltend gemacht werden kann. Da der Auskunftsanspruch nach dem Gesetzeswortlaut „gegen die Verlassenschaft, die Erben und den Geschenknehmer“ besteht, ist vielmehr davon auszugehen, dass der Auskunftswerber nicht nur bei Bestehen von Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der erteilten Informationen weitere Auskunftspflichtige in Anspruch nehmen kann, sondern dass er in jedem Fall gegen sämtliche auskunftspflichtige Personen vorgehen kann. Weiters wird die Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskunft aufgrund des Informationsmangels, der zur Geltendmachung des Auskunftsanspruchs führt, oftmals nicht beurteilt werden können.

3. Subsidiarität des Geschenknehmers

Im Zusammenhang mit der Reihenfolge der Inanspruchnahme der Auskunftspflichtigen kann die Frage aufgeworfen werden, ob aufgrund der subsidiären Haftung des Geschenknehmers gegenüber den Erben und der Verlassenschaft auch eine Subsidiarität des Auskunftsanspruchs gegen einen Geschenknehmer, der nicht zugleich Erbe ist, anzunehmen ist.

a) Meinungsstand

In der Lit⁸⁸⁴ wird hierzu die Ansicht vertreten, dass der Auskunftsberechtigte – trotz der primären Haftung der Verlassenschaft bzw der Erben – nicht zuerst von der Verlassenschaft bzw den Erben Auskunft begehren muss, sondern auch sogleich gegen den Beschenkten vorgehen kann. Dem stehe die bloß subsidiäre Haftung des Geschenknehmers nicht entgegen, weil zur Beurteilung, ob es zu einer Haftung des Geschenknehmers kommt, Informationen des Beschenkten über den Wert des Geschenks erforderlich sein können. Demgegenüber finden sich in der Lit auch Argumente, die für eine Subsidiarität der Auskunftspflicht des Geschenknehmers sprechen. So führen *Zollner/Pitscheider*⁸⁸⁵ hierzu aus, dass der Auskunftsanspruch dem Auskunftswerber die Durchsetzung eines gegen den Auskunftsgegner

⁸⁸⁴ *Zankl* in *Rabl/Zöchling-Jud* 116 f; gegen eine Subsidiarität der Auskunftspflicht des Geschenknehmers auch *Till*, *iFamZ* 2017, 275, nach dem der Geschenknehmer allerdings nur bei Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Auskunft der Erben oder der Verlassenschaft in Anspruch genommen werden kann, um eine ausufernde Verfahrensdauer zu verhindern; ebenso *Zollner/Pitscheider*, Pflichtteilsrechtliche Aspekte einer Begünstigtenstellung – Eine erste Einschätzung der Änderungen durch das ErbRÄG 2015, *PSR* 2016, 8 (20), jedoch auch mit Argumenten für eine Subsidiarität; für eine Gleichrangigkeit auch *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers, 61.

⁸⁸⁵ *Zollner/Pitscheider*, *PSR* 2016, 20.

bestehenden Rechts erleichtern soll. Dem Auskunftsanspruch stehe daher eine entsprechende Pflicht des Anspruchsgegners entgegen. Eine Haftung des Geschenknehmers sei allerdings nur zu bejahen, wenn die Pflichtteilsansprüche in der Verlassenschaft keine Deckung finden. Daraus könnte man schließen, dass eine Auskunftspflicht des Geschenknehmers, der nicht zugleich Erbe ist, nur im Falle des Bestehens einer Haftung nach §§ 789 ff ABGB zu bejahen ist. Aufgrund der Systematik des Gesetzes, das den Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB noch vor der Berechnungsmethode (§ 787 ABGB) und der Bewertung (§ 788 ABGB) regelt, sei dennoch nicht von einer Subsidiarität der Auskunftspflicht des Geschenknehmers auszugehen.

b) Stellungnahme

Es ist mE den obigen Ausführungen zu folgen und auch eine Auskunftspflicht eines nicht haftenden Geschenknehmers anzunehmen. Diese wird sich jedoch auf Umstände beschränken, aus denen hervorgeht, dass eine Haftung nicht besteht.⁸⁸⁶ So wird der nicht haftende Geschenknehmer insb über den Zeitpunkt der Schenkung, Umstände, aufgrund derer die Erbringung des Vermögensopfers beurteilt werden kann, und das Verwandtschaftsverhältnis zum Verstorbenen Auskunft zu erteilen haben.

4. Gesamtrechtsnachfolger und Repräsentanten

Wie im Zusammenhang mit der Aktivlegitimation kann auch an dieser Stelle die Frage aufgeworfen werden, ob die Verpflichtung zur Auskunftserteilung auch auf die Rechtsnachfolger der Auskunftspflichtigen auszudehnen ist. Eine Erweiterung der Passivlegitimation auch auf Gesamtrechtsnachfolger auskunftsberechtigter Geschenknehmer lässt sich dadurch rechtfertigen, dass auch diesen die Pflicht zukommt, die Haftung für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteilsansprüche zu übernehmen.⁸⁸⁷ Würde man die Auskunftspflicht verneinen, so hätte dies eine Einschränkung der Rechte des verkürzten Pflichtteilsberechtigten zur Folge, da ihm dadurch die Feststellung der Höhe seiner Haftungsansprüche erschwert wird. Nach *Hofmann*⁸⁸⁸ sind auch Repräsentanten des Geschenknehmers auskunftspflichtig, sofern es sich um eine Zuwendung iSd § 783 ABGB handelt und der Geschenknehmer von anderen Pflichtteilsberechtigten repräsentiert wird. Die Verpflichtung zur Anrechnung geht auf die Repräsentanten über, soweit sich dessen Pflichtteil

⁸⁸⁶ Für nähere Ausführungen zum Umfang des Auskunftsanspruchs vgl Kapitel K.VII.

⁸⁸⁷ Vgl Kapitel E.I.

⁸⁸⁸ *Hofmann*, NZ 2019, 330.

durch die Anwachsung erhöht. Daher müsse der Repräsentant in die Auskunftspflicht des Geschenknehmers eintreten.

VI. Voraussetzungen

1. Problemstellung

Die Voraussetzungen, unter denen der Auskunftsanspruch geltend gemacht werden kann, sind gesetzlich nicht genau geregelt. Diese Frage ist vor allem in Fällen von Bedeutung, in denen der Auskunftswerber nicht weiß, ob eine Schenkung erfolgt ist oder auch in Fällen, in denen ihm die Person des Beschenkten nicht bekannt ist. Es müssen hierbei zwei gegenläufige Interessen berücksichtigt werden. Einerseits muss verhindert werden, dass der Anspruch aufgrund von Informationsmängeln nicht durchgesetzt werden kann, andererseits soll auch nicht der Fall eintreten, dass nicht berechtigten Personen Auskunft erteilt wird.⁸⁸⁹ So ist fraglich, ob für die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs Beweislast oder Glaubhaftmachung der Umstände einer Zuwendung erforderlich ist sowie ob für das Bestehen eines Auskunftsanspruchs ein Anspruch auf Hinzurechnung der betreffenden Schenkung erforderlich ist.

2. Beweislast oder Glaubhaftmachung

Zunächst ist zu prüfen, ob der Anspruchswerber Umstände, die auf eine pflichtteilsrelevante Zuwendung schließen lassen, beweisen muss oder ob die Glaubhaftmachung dieser Umstände ausreichend ist. Nach der Rspr.⁸⁹⁰ zum alten Recht wurde bereits die schlüssige Behauptung konkreter Umstände, dass eine pflichtteilsrelevante Zuwendung erfolgt ist, als ausreichend erachtet. Dies wurde mit den Voraussetzungen der Absonderung der Verlassenschaft begründet, für die nach alter Rechtslage eine subjektive Besorgnis vorliegen musste. Für diese genügte die Befürchtung des Gläubigers der Uneinbringlichkeit seiner Forderung.⁸⁹¹ Im Zuge des ErbRÄG 2015 kam es zu einer Neufassung des § 812 ABGB, indem nunmehr eine objektive Gefährdung verlangt wird. Nach Ansicht des OGH ist es für die Begründung des Auskunftsanspruchs erforderlich, dass der Auskunftswerber Umstände behauptet und beweist, die auf eine pflichtteilsrelevante

⁸⁸⁹ Schauer in Barth/Pesendorfer 222.

⁸⁹⁰ Vgl zB OGH 29.09.2011, 2 Ob 186/10g = SZ 2011/122.

⁸⁹¹ Vgl RIS-Justiz RS0013068, zuletzt OGH 17.12.2019, 2 Ob 174/19f = EFSlg 160.566 = EFSlg 160.568 = EFSlg 162.140.

Zuwendung schließen lassen.⁸⁹² Es muss eine subjektiv begründete Besorgnis des Berechtigten bestehen, dass weiteres, ihm bisher nicht bekanntes Nachlassvermögen vorhanden ist.⁸⁹³

In der Lit wird für das Bestehen des Auskunftsanspruchs eine Beweislast des Auskunftswerbers überwiegend abgelehnt und bloß das Vorliegen eines rechtlichen Interesses und die Glaubhaftmachung von Umständen, die auf eine anrechenbare Schenkung schließen lassen, gefordert.⁸⁹⁴ Würde man von einer Beweislast des Auskunftswerbers ausgehen, so hätte dies zur Folge, dass ihm aufgrund des Informationsmangels dieser Beweis nicht gelingen würde, was den neuen Auskunftsanspruch zu einem sinnlosen Instrument machen würde.⁸⁹⁵ Nach neuer Rechtslage wird zT nunmehr gefordert, dass der Auskunftswerber Umstände behauptet und bescheinigt, die auf pflichtteilsrelevante Zuwendungen des Verstorbenen schließen lassen.⁸⁹⁶

Auch nach *Rabl*⁸⁹⁷ muss für das Bestehen des Auskunftsanspruchs ein rechtliches Interesse bestehen. Dieses sei im Falle von pflichtteilsberechtigten Auskunftswerbern jedenfalls gegeben. Weiters sei die Auskunftspflicht des Geschenknehmers nicht davon abhängig, ob die Pflichtteile in der Verlassenschaft Deckung finden. Dies führe dazu, dass der Geschenknehmer in einen Konflikt gezogen werde, an dem er nicht beteiligt sei. Er nimmt daher im Gegensatz zu den weiteren Stimmen in der Lit eine Beweislast des Auskunftswerbers an, sodass dieser nicht nur glaubhaft machen, sondern beweisen muss, dass der Anspruchsgegner tatsächlich eine anrechenbare Schenkung erhalten hat, da die Bestimmung des § 786 ABGB andernfalls ein „Schnüffelparagraph“ gegenüber jedermann wäre. Nach *Hofmann*⁸⁹⁸ sprechen weder eine Wortinterpretation noch systematische oder teleologische Überlegungen für das Erfordernis einer Glaubhaftmachung oder Bescheinigung eines besonderen rechtlichen Interesses oder von Anhaltspunkten für eine Schenkung, um den Auskunftsanspruch geltend machen zu können.

⁸⁹² RIS-Justiz RS0133354, zuletzt OGH 27.06.2023, 2 Ob 81/23k = NZ 2023, 452 (Krist) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁸⁹³ OGH 27.06.2023, 2 Ob 81/23k = NZ 2023, 452 (Krist) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁸⁹⁴ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 222; im Sinne anderer Auskunftsansprüche des österreichischen Rechts auch *Zankl*, in *Rabl/Zöchling-Jud* 117; *Barth/Pesendorfer*, *Erbrechtsreform* 127; *Umlauf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 786 ABGB Rz 6; *ders*, *Hinzu- und Anrechnung*² 332; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, *ABGB Praxiskommentar IV*⁵ § 786 ABGB Rz 4.

⁸⁹⁵ *Till*, *iFamZ* 2017, 275.

⁸⁹⁶ *Musger* in *KBB*⁷ § 786 ABGB Rz 2; *Welser*, *Erbrechts-Kommentar* § 786 ABGB Rz 4; *Umlauf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ § 786 ABGB Rz 6; *ders*, *Hinzu- und Anrechnung*² 332.

⁸⁹⁷ *Rabl*, NZ 2015, 341.

⁸⁹⁸ *Hofmann*, NZ 2019, 324 ff.

Wird der Anspruch gegen die Erben oder die Verlassenschaft geltend gemacht, so wird das Vorliegen einer sonst nicht erklärbaren Verminderung des Vermögens als ausreichend angesehen. Der Zuwendungsempfänger müsse in diesem Fall nicht genannt werden. Richtet sich der Auskunftsanspruch allerdings gegen den (möglichen) Geschenkenehmer, so werden Indizien, die für eine Zuwendung an diese Person sprechen, gefordert.⁸⁹⁹ Weiters können im Hinblick auf Schenkungen im Familienkreis geringere Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden, da Schenkungen innerhalb der Familie „durchaus üblich bzw wahrscheinlich“ sind.⁹⁰⁰ Der OGH⁹⁰¹ hat zur vorliegenden Problematik ausgesprochen, dass es erforderlich ist, dass der Auskunftswerber Umstände behauptet und beweist, die auf pflichtteilsrelevante Zuwendungen schließen lassen. Die bloße Bescheinigung dieser Umstände ist nach diesem nicht ausreichend. Der Richter muss daher mit hoher und nicht bloß überwiegender Wahrscheinlichkeit vom Vorliegen dieser Umstände überzeugt sein. Für Ansprüche gegen die Verlassenschaft und die Erben sei schon eine sonst nicht erklärbare Vermögensminderung ausreichend, ohne dass ein bestimmter Empfänger genannt werden müsse. Bei potenziellen Beschenkten seien Indizien erforderlich, dass diese Personen beschenkt wurden. An diese Indizien seien im engen Familienkreis keine hohen Anforderungen zu stellen.⁹⁰²

3. Hinzurechnung als Voraussetzung

§ 786 ABGB legt fest, dass auskunftsberechtigt ist, „*wer die Hinzurechnung bestimmter Schenkungen verlangen kann*“. Fraglich ist, ob ein Anspruch auf Hinzurechnung für das Bestehen des Auskunftsanspruchs vorausgesetzt werden kann.

⁸⁹⁹ Musger in KBB⁷ § 786 ABGB Rz 2; dem folgend fordert Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 332, die Glaubhaftmachung bzw Bescheinigung von Anhaltspunkten, die eine Schenkung an die betroffene Person „nicht unwahrscheinlich“ erscheinen lassen; ebenso Vaclavek, Die Haftung des Geschenkenehmers 62; ebenso Linimayer/Obermayr, Der Auskunftsanspruch gem § 786 ABGB – Besprechung von OGH 2 Ob 227/19z, JEV 2021, 83 (86), nach welchen ein Naheverhältnis zwischen dem Verstorbenen und dem Beschenkten eine mögliche Schenkung wahrscheinlich scheinen lässt; Umlauf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 786 ABGB Rz 6; RIS-Justiz RS0133354, zuletzt OGH 27.06.2023, 2 Ob 81/23k = NZ 2023, 452 (Krist) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁹⁰⁰ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 332; ders in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 786 ABGB Rz 6; RIS-Justiz RS0133354, zuletzt OGH 27.06.2023, 2 Ob 81/23k = NZ 2023, 452 (Krist) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht); OGH 27.11.2020, 2 Ob 227/19z; OGH 21.02.2023, 2 Ob 244/22d.

⁹⁰¹ RIS-Justiz RS0133354, zuletzt OGH 25.07.2023, 2 Ob 100/23 d = Zak 2023, 294 = NZ 2023, 505 (Kogler) = EvBl 2024, 100 (Brandstätter) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁹⁰² Vgl dazu ausführlicher Dukic, NZ 2021, 171 f, mit krit Anmerkungen zu dem vom OGH verwendeten Begriff „enger Familienkreis“.

a) Meinungsstand

Unter Hinweis auf den Zweck der Bestimmung kann nicht gefordert werden, dass der Anrechnungsberechtigte die Schenkung, über die er Auskunft begehrt, zuerst beweisen muss.⁹⁰³ ZT wird ein Hinzurechnungsanspruch als Voraussetzung für das Bestehen einer Auskunftspflicht des Geschenknehmers angesehen.⁹⁰⁴ Ist das Vermögensopfer daher bereits erbracht worden und die Zweijahresfrist abgelaufen, würde ein Auskunftsanspruch nicht mehr bestehen. Um das Auskunftsrecht jedoch nicht ad absurdum zu führen, müsste man zumindest einen vorgelagerten (eingeschränkten) Auskunftsanspruch zulassen.⁹⁰⁵ Zu beachten ist jedoch weiters, dass sich das Bestehen eines Hinzurechnungsanspruchs mitunter erst aus der Auskunft selbst ergeben kann, was ebenfalls dagegen spricht, das Bestehen des Hinzurechnungsanspruchs als Voraussetzung für das Bestehen eines Auskunftsanspruchs anzusehen.⁹⁰⁶ Ebenso ist nach *Hofmann*⁹⁰⁷ ein vorgelagerter Auskunftsanspruch zu bejahen, um die „relevanten familienrechtlichen Umstände und Sachverhaltsvoraussetzungen“ für eine „zumindest denkmögliche Hinzurechnung“ feststellen zu können.

b) Stellungnahme

Diesen Ausführungen ist mE zu folgen, sodass ein Anspruch auf Hinzurechnung einer bestimmten Schenkung für das Bestehen des Auskunftsanspruchs nicht vorausgesetzt werden kann. Durch die Einführung des Auskunftsanspruchs wurde die Effizienz der Rechtsdurchsetzung zugunsten des Pflichtteilsberechtigten verbessert.⁹⁰⁸ Es würde daher einen Widerspruch darstellen, dem Pflichtteilsberechtigten einerseits einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, um ihm die Durchsetzung des ihm zustehenden Pflichtteilsanspruchs zu erleichtern, ihm aber andererseits diesen Auskunftsanspruch, der gerade dazu dient, um Informationen zur Berechnung der Höhe seines Anspruchs ermitteln zu können, aufgrund des Mangels an Informationen zu verwehren.

⁹⁰³ *Musger* in KBB⁷ § 786 ABGB Rz 2; für eine Beweislast des Auskunftswerbers aber *Rabl*, NZ 2015, 341; gegen eine Beweislast des Auskunftswerbers *Till*, iFamZ 2017, 275; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 60. Nach *Rucker*, NZ 2016, 89, wird ein rechtliches Interesse nicht verlangt.

⁹⁰⁴ So zB *Hofmann*, NZ 2019, 329 f; ebenso *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 61 f; nach *Linimayer/Obermayr*, JEV 2021, 85, muss die Schenkung hinzurechnungsfähig sein.

⁹⁰⁵ So *Arnold*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU Erb-VO, GesRZ 2015, 346 (354).

⁹⁰⁶ Vgl *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 185; So auch *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 786 ABGB Rz 1 und *Zollner/Pitscheider*, PSR 2016, 19; *Linimayer/Obermayr*, JEV 2021, 85; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 786 ABGB Rz 2.

⁹⁰⁷ *Hofmann*, NZ 2019, 330.

⁹⁰⁸ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 222; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 333.

VII. Umfang

1. Problemstellungen

Für den Auskunftswerber ist es von wesentlicher Bedeutung, welche Auskünfte hinsichtlich der erfolgten Schenkungen er von seinem Anspruchsgegner verlangen kann. Die Formulierung des § 786 ABGB lässt diese Frage offen. Da nach § 786 ABGB der Auskunftsanspruch „in Bezug“ auf die Schenkung besteht, ist der Umfang des Auskunftsanspruchs dem Gesetz nicht zu entnehmen. Auch in den Gesetzesmaterialien⁹⁰⁹ zu der Bestimmung des § 786 ABGB finden sich keine Anhaltspunkte über den genauen Umfang der Auskunftspflicht des Geschenknehmers. Im Folgenden soll daher näher untersucht werden, welche Tatsachen dem Auskunftsanspruch unterliegen, sowie auf welchen Zeitraum sich der Auskunftsanspruch bezieht.

2. Dem Auskunftsanspruch unterliegende Tatsachen

a) *Meinungsstand*

In der Lit zum neuen ErbRÄG 2015 werden im Hinblick auf den Umfang des Auskunftsanspruchs unterschiedliche Ansichten vertreten. Durch die Einführung des Auskunftsanspruchs in § 786 ABGB kam es zu einer Stärkung der Rechtsposition des Pflichtteilsberechtigten, indem die Effizienz der Rechtsdurchsetzung zu dessen Gunsten verbessert wurde.⁹¹⁰ Der Auskunftsanspruch erfasst daher nach überwiegender Meinung in der Lit sämtliche Informationen, die erforderlich sind, um die Rechte des Auskunftswerbers zu wahren. Besonders angeführt werden in diesem Zusammenhang neben dem Gegenstand der Schenkung übereinstimmend der Wert und der Zeitpunkt der Schenkung.⁹¹¹ Nach Ansicht des OGH beschränkt sich der Auskunftsanspruch gegenüber dem bloßen Geschenknehmer auf die

⁹⁰⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

⁹¹⁰ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 222; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 333.

⁹¹¹ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 128; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 786 ABGB Rz 2; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 333f; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 786 ABGB Rz 7; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 786 ABGB Rz 4; ebenso *Schauer* in Barth/Pesendorfer 222, nach dem sich der Auskunftsanspruch vor allem auf den Gegenstand und Umfang der Schenkung, gegebenenfalls auch auf den Zeitpunkt und den damaligen Wert bezieht. Auch nach *Till*, iFamZ 2017, 275 sind Inhalt des Auskunftsanspruchs jedenfalls nur Umstände, die für die Berechnung der Verlassenschaft bzw des Pflichtteils relevant sind. So sind nach diesem persönliche oder sachliche Umstände erfasst, die den Zeitpunkt der Schenkung oder den Wert im Zeitpunkt der Schenkung betreffen; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 786 ABGB Rz 1, lehnen eine Auskunftspflicht in Fällen ab, in denen die Auskunft für die Berechnung des Pflichtteils nicht vonnöten ist.

diesem selbst gemachte Zuwendungen.⁹¹² Vom Auskunftsanspruch sind alle Schenkungen umfasst, die nach § 783 ABGB hinzuzurechnen sind. In Zweifelsfällen hat der Belangte nicht selbst zu entscheiden, ob eine Hinzurechnung zu erfolgen hat oder nicht.⁹¹³ Der Auskunftsanspruch bezweckt, den Pflichtteilsberechtigten durch die Information in die Lage zu versetzen, seinen Pflichtteilsanspruch der Höhe nach zu beziffern oder wenigstens ungefähr abzuschätzen.⁹¹⁴

ZT wird ein unmittelbarer Bezug zur Schenkung gefordert, sodass zB der Wert und der Zeitpunkt der Schenkung vom Auskunftsanspruch erfasst sind. Eine Auskunft über mittelbare Voraussetzungen, von denen die Geltendmachung abhängig ist, wird jedoch abgelehnt. In diesem Zusammenhang ist das Verwandtschaftsverhältnis des Beschenkten zum Verstorbenen von Bedeutung. Diese Information könne nicht verlangt werden, obwohl sie für die Frage, ob die Zweijahresfrist des § 782 Abs 1 ABGB zur Anwendung kommt und somit auch für die Beurteilung, ob von einer befristeten oder unbefristeten Anrechnung auszugehen ist, relevant ist.⁹¹⁵

Dem wird von *Umlauf*⁹¹⁶ richtigerweise entgegnet, dass bei teleologischer Auslegung der Bestimmung des § 786 ABGB eine derartige Einschränkung nicht gerechtfertigt werden kann. Durch den neu gestalteten Auskunftsanspruch solle nämlich die Effizienz der Pflichtteilsdurchsetzung verbessert werden. In diesem Zusammenhang sei auch die Frage der befristeten bzw unbefristeten Hinzurechnung von Bedeutung, wofür das Bestehen oder Nichtbestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses des Beschenkten zum Verstorbenen relevant sei. Weiters seien nach diesem vom Auskunftsanspruch Informationen über ein allfällig vereinbartes Schenkungswiderrufsrecht sowie die Rahmenbedingungen, die darauf schließen lassen, ob und wann das Vermögensopfer hinsichtlich der betreffenden Schenkung erbracht wurde, umfasst. Zudem wird das Vorliegen einer sittlichen Pflicht oder ein gemeinnütziger Zweck als Inhalt des Auskunftsanspruchs angesehen.⁹¹⁷

⁹¹² RIS-Justiz RS0133959, OGH 26.04.2022, 2 Ob 60/22w = EvBl-LS 2022/101 = Zak 2022, 193 = SZ 2022/39.

⁹¹³ RIS-Justiz RS0133355, zuletzt OGH 27.06.2023, Ob 81/23k = NZ 2023, 452 (Krist) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁹¹⁴ RIS-Justiz RS0134043, zuletzt OGH 27.06.2023, 2 Ob 81/23k = NZ 2023, 452 (Krist) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

⁹¹⁵ *Zankl* in *Rabl/Zöchling-Jud* 117 f.

⁹¹⁶ *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*² 334.

⁹¹⁷ So *Linimayer/Obermayr*, JEV 2021, 86.

Nach *Hofmann*⁹¹⁸ unterliegt nur präsenten Wissen dem Auskunftsanspruch. Es sei daher keine Verpflichtung des Geschenknehmers anzunehmen, die erhaltene Schenkung von einem Sachverständigen schätzen zu lassen, um einer allfälligen künftigen Auskunftspflicht nachzukommen. Da die Hinzurechnungsbestimmungen die Umgehung des Pflichtteilsrechts verhindern sollen, ist der Auskunftsanspruch weit und umfassend zu verstehen und die Anforderungen müssen gering sein.⁹¹⁹

b) Stellungnahme

Wie bereits ausgeführt, wird in der Lit übereinstimmend angenommen, dass dem Auskunftswerber insb über den Wert und den Zeitpunkt der Schenkung Auskunft zu erteilen ist. Der Wert der Schenkung ist von Bedeutung, um feststellen zu können, welcher Betrag der Verlassenschaft zur Ermittlung der Pflichtteile hinzuzurechnen ist. Da § 788 ABGB hinsichtlich der Bewertung der Schenkung auf den Zeitpunkt der Erbringung des Vermögensopfers abstellt und die anschließende Aufwertung auf den Todeszeitpunkt nach dem von der Statistik Austria verlautbarten Verbraucherpreisindex vorsieht, ist der Zeitpunkt der Schenkung jedenfalls im Hinblick auf die Bewertung der Schenkung von Bedeutung. Nach alter Rechtslage (§ 951 Abs 3 ABGB aF) war noch eine primäre Haftung des zuletzt Beschenkten gesetzlich verankert, sodass der Zeitpunkt der Schenkung von wesentlicher Bedeutung war, um feststellen zu können, gegen wen der verkürzte Pflichtteilsberechtigte seinen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen hatte. Nach neuer Rechtslage ist nunmehr in § 789 Abs 1 ABGB eine verhältnismäßige Haftung sämtlicher Geschenknehmer vorgesehen. Der Zeitpunkt der Schenkung ist daher für die Feststellung eines primären Anspruchsgegners nicht mehr relevant. Dieser ist jedoch sehr wohl für die Beantwortung der Frage, ob die Zweijahresfrist des § 782 Abs 1 ABGB sowie des § 792 ABGB bereits abgelaufen ist, von Bedeutung. Würde man dem Auskunftswerber nicht zusätzlich auch Auskunft über das Verwandtschaftsverhältnis bzw die genaue Ausgestaltung der Schenkung – insb über Regelungen hinsichtlich der Erbringung des Vermögensopfers – erteilen, so wäre ihm die Beurteilung, ob die Schenkung der befristeten oder unbefristeten Hinzu- und/oder Anrechnung unterliegt nicht möglich.⁹²⁰

⁹¹⁸ *Hofmann*, NZ 2019, 334; diesem folgend *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 63.

⁹¹⁹ *Linimayer/Obermayr*, JEV 2021, 85.

⁹²⁰ Ebenso *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 334.

Ein konkret oder abstrakt pflichtteilsberechtigter Geschenkennehmer genießt eine Haftungsfreistellung in Höhe des (hypothetischen) Pflichtteils.⁹²¹ Um den genauen Haftungsumfang dieses pflichtteilsberechtigten Geschenkennehmers feststellen zu können, ist es von großer Bedeutung, ob und in welchem Ausmaß eine Haftungsfreistellung besteht. Es kann daher angedacht werden, den Auskunftsanspruch inhaltlich auf Informationen über eine allfällige Pflichtteilsminderung, Enterbung oder Erbunwürdigkeit zu erstrecken. Diese Informationen sind nicht nur für den Pflichtteilsberechtigten zur Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs relevant, sondern auch für haftende Geschenkennehmer, da diese das Risiko des Ausfalls eines anderen haftenden Geschenkennehmers zu tragen haben.⁹²² Durch den Erhalt dieser Informationen kann der Haftungsumfang von pflichtteilsberechtigten Geschenkennehmern festgestellt werden.

3. Vom Auskunftsanspruch umfasster Zeitraum

In Bezug auf den Zeitraum, auf den sich die Auskunft bezieht, sieht das Gesetz keine Beschränkungen vor. Es ist daher anzunehmen, dass sich der Auskunftsanspruch sowohl auf Umstände vor dem Tod als auch auf Umstände nach dem Tod beziehen kann. Das ist sinnvoll, da sowohl vor als auch nach dem Tod Umstände eintreten können, die für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs relevant sind.⁹²³ Die Bestimmung des § 786 ABGB trat mit 1. 1. 2017 in Kraft und ist gem § 1503 Abs 7 Z 1 und 2 ABGB anzuwenden, wenn der Tod des Verstorbenen nach dem 31. 12. 2016 eingetreten ist. Die Auskunftspflicht erstreckt sich jedoch auch auf Zeiträume vor Inkrafttreten der Bestimmung.⁹²⁴

VIII. Verjährung und Durchsetzung

1. Allgemeines

§ 1487a ABGB legt für sämtliche erbrechtliche Ansprüche eine einheitliche dreijährige Verjährungsfrist fest. Zwar wird die Durchsetzung des Auskunftsanspruchs in der gesetzlichen Bestimmung nicht ausdrücklich erwähnt, dennoch geht aus den Gesetzesmaterialien⁹²⁵ hervor, dass mit der Einführung des § 1487a ABGB eine einheitliche Regelung für sämtliche

⁹²¹ Vgl hierzu § 791 Abs 1 und 2 ABGB.

⁹²² Vgl hierzu Kapitel E.II.3.

⁹²³ Zankl in Rabl/Zöchling-Jud 117.

⁹²⁴ Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 786 ABGB Rz 3.

⁹²⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 40.

erbrechtliche Ansprüche beabsichtigt war. Weiters dient das Auskunftsrecht vor allem der Geltendmachung des Pflichtteils sowie der Inanspruchnahme der haftenden Geschenknnehmer bei unzureichender Verlassenschaft, sodass sich § 1487a ABGB auch auf den Auskunftsanspruch bezieht.⁹²⁶ Der Auskunftsanspruch verjährt gleichzeitig mit der Verjährung des Rechts, auf den sich der Anspruch bezieht, also insb gleichzeitig mit dem Recht, den Pflichtteil zu fordern, weil der Auskunftsanspruch nicht weiter gehen kann, als das Recht, dessen Durchsetzung er dient.⁹²⁷ Durch die Bezugnahme auf „sonstige Rechte aus einem Geschäft von Todeswegen“ in § 1487a ABGB sind von der Bestimmung wohl alle Ansprüche und Rechte aufgrund des Erb-, Vermächtnis- und Pflichtteilsrechts umfasst.⁹²⁸ Der Auskunftsanspruch verjährt daher drei Jahre ab Kenntnis der für das Bestehen des Anspruchs maßgebenden Tatsachen, jedenfalls aber 30 Jahre nach dem Tod des Verstorbenen.

2. Beginn der Verjährungsfrist

Fraglich ist nunmehr, ab welchem Zeitpunkt von einer Kenntnis der für das Bestehen des Anspruchs maßgebenden Tatsachen auszugehen ist, welche den Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist in Gang setzt, und welchen Einfluss das Auskunftsrecht des Pflichtteilsberechtigten auf die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs hat. Den Gesetzesmaterialien⁹²⁹ zufolge beginnt die dreijährige kenntnisabhängige Frist erst dann zu laufen, wenn das Recht geltend gemacht werden kann.⁹³⁰ Das ist jedenfalls der Tod des Verstorbenen. Die weiteren maßgebenden Tatsachen ergeben sich aus der jeweiligen Anspruchsgrundlage. Grds ist die Kenntnis dieser Tatsache maßgeblich.⁹³¹ Liegen Indizien für das Bestehen eines Anspruchs vor, so wird eine Erkundungsobliegenheit des Inhabers eines erbrechtlichen Anspruchs angenommen.⁹³²

⁹²⁶ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 185; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 333; *Rucker* NZ 2016, 89.

⁹²⁷ *Zankl* in *Rabl/Zöchling-Jud* 117; *Pesendorfer* in *Barth/Pesendorfer* 36; *Rucker*, NZ 2016, 89; Zur Verjährung des Anspruchs gegen den Geschenknnehmer vgl Kapitel J.II.

⁹²⁸ *Dehn* in *KBB*⁷ § 1487a ABGB Rz 1.

⁹²⁹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 40.

⁹³⁰ OGH 20.11.2012, 5 Ob 116/12p = SZ 2012/122.

⁹³¹ *Dehn* in *KBB*⁷ § 1487a ABGB Rz 2.

⁹³² *Dehn* in *KBB*⁷ § 1487a ABGB Rz 2; *Brandstätter*, Die neue Verjährung erbrechtlicher Ansprüche, Zak 2017, 44 (46).

a) Meinungsstand

Nach der überwiegenden Ansicht in der Lit⁹³³ erlangt der Pflichtteilsberechtigte erst durch die Auskunft Kenntnis über die maßgebenden Tatsachen. Die dreijährige kenntnisabhängige Frist beginnt daher erst mit Erlangung der entsprechenden Auskunft zu laufen. Es kommt folglich auch in Fällen, in denen die Einantwortung erst später als drei Jahre nach dem Tod des Verstorbenen erfolgt, zwischenzeitlich nicht zu einer Verjährung des Anspruchs.⁹³⁴ Demgegenüber wird ausgeführt, dass es für den Beginn der Verjährungsfrist entscheidend ist, dass dem Anspruchsberechtigten bloß die den Anspruch begründenden Umstände objektiv bekannt sein müssen. Beim Recht, den Geschenknahmer wegen Verkürzung des Pflichtteils in Anspruch zu nehmen, komme es daher nur auf die Kenntnis der Schenkung des Verstorbenen an den Geschenknahmer an. Die Höhe des ihm dem Grunde nach bekannten Anspruchs müsse er nicht kennen, jedoch müsse er die ihm ohne weiteres zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um seinen Anspruch beziffern zu können, wie insb einen Antrag auf Errichtung eines Inventars im Verlassenschaftsverfahren stellen und Auskunft nach § 786 ABGB verlangen.⁹³⁵

b) Stellungnahme

Geht man davon aus, dass die Verjährungsfrist erst nach erfolgreicher Geltendmachung des Auskunftsanspruchs zu laufen beginnt, hätte dies zur Folge, dass die Verjährungsfrist bei Untätigkeit des Pflichtteilsberechtigten nicht in Gang gesetzt wird. Die bereits angeführte Erkundungsobliegenheit⁹³⁶ ist daher jedenfalls zu bejahen.

In Anlehnung an *R. Madl*⁹³⁷ sollte Kenntnis über jene Tatsachen erforderlich sein, die von Bedeutung sind, um beurteilen zu können, ob der Anspruch dem Grunde nach gegen den jeweiligen Anspruchsgegner besteht. Dies ist insb die Tatsache, dass eine Schenkung vom Verstorbenen an die betreffende Person erfolgt ist. Zur Beantwortung der Frage, ob die Zweijahresfrist bei Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen abgelaufen ist und somit eine Haftung des Geschenknahmers abzulehnen ist, ist die Kenntnis über das

⁹³³ Zankl in Rabl/Zöchling-Jud 117; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 333; Eccher, Erbrechtsreform Rz 186; Rucker, NZ 2016, 89.

⁹³⁴ Zankl in Rabl/Zöchling-Jud 117.

⁹³⁵ R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1487a ABGB Rz 8.

⁹³⁶ R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1487a ABGB Rz 8; Dehn in KBB⁷ § 1487a ABGB Rz 2; Brandstätter, Zak 2017, 46.

⁹³⁷ R. Madl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1487a ABGB Rz 8.

Verwandtschaftsverhältnis des Verstorbenen zum Geschenknehmer notwendig. Weiters sind in diesem Zusammenhang die Umstände über die Erbringung des Vermögensopfers relevant.⁹³⁸ Für die Beurteilung, ob ein Haftungsanspruch gegen einen pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer besteht, ist überdies die Kenntnis erforderlich, ob die erhaltene Schenkung den ihm zustehenden Pflichtteil übersteigt, da der pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten nach § 791 Abs 1 ABGB nur mit dem den Pflichtteil übersteigenden Wert der Schenkung haftet.

Es würde zu weit gehen, auch Kenntnis über die Höhe des Anspruchs zu verlangen, da hierfür neben dem genauen Wert der Schenkung aufgrund der verhältnismäßigen Haftung der Geschenknehmer sämtliche Geschenknehmer bekannt sein müssten. Weiters müssten bereits Informationen über die Zahlungsfähigkeit der Geschenknehmer vorliegen, da die übrigen Geschenknehmer den Ausfall eines Geschenknehmers zu tragen haben und sich deren Haftungsumfang bei Ausfall eines Geschenknehmers erhöht.⁹³⁹ Wären all diese Informationen für den Beginn der Verjährungsfrist notwendig, so könnte es kaum zu einer Verjährung des Auskunftsanspruchs kommen. Der Auskunftsanspruch verjährt gleichzeitig mit der Verjährung des Rechts, auf den sich der Anspruch bezieht, also insb gleichzeitig mit dem Recht, den Pflichtteil zu fordern, weil der Auskunftsanspruch nicht weiter gehen kann, als das Recht, dessen Durchsetzung er dient.⁹⁴⁰ Zudem wird in § 1487a ABGB Kenntnis über die für das Bestehen des Anspruchs maßgebenden Tatsachen verlangt und nicht Kenntnis über die für die Höhe des Anspruchs maßgebenden Tatsachen.

3. Durchsetzung

Von wesentlicher Bedeutung sind nicht nur die soeben erörterten Problemstellungen hinsichtlich des Auskunftsanspruchs, sondern auch dessen Durchsetzung. Der Auskunftsanspruch ist im streitigen Verfahren geltend zu machen.⁹⁴¹ Da die Auskunft nur von einer natürlichen Person erteilt werden kann, muss in Fällen, in denen die Klage gegen die Verlassenschaft gerichtet ist, im Exekutionsantrag die Person, die aufgrund ihrer einschlägigen Sachkenntnis Auskunft erteilen soll, namentlich angeführt werden.⁹⁴²

⁹³⁸ Vgl hierzu Kapitel H.V.4.

⁹³⁹ Vgl hierzu Kapitel E.II.3.

⁹⁴⁰ *Zankl* in Rabl/Zöchling-Jud 117; *Pesendorfer* in Barth/Pesendorfer 36; *Rucker*, NZ 2016, 89; Zur Verjährung des Anspruchs gegen den Geschenknehmer vgl Kapitel J.II.

⁹⁴¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 333; OGH 27.09.2001, 5 Ob 30/01z = NZ 2002, 150 = SZ 74/164.

⁹⁴² *Samek*, Pflichtteilsrecht 123 f.

L. ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE

Abschließend sollen die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung zusammenfassend dargestellt werden. Für eine genauere Darstellung der Inhalte und weitere Literaturnachweise wird auf die Ausführungen in den jeweiligen Kapiteln verwiesen.

I. Anwendungsbereich der §§ 789 ff ABGB

Gem § 789 ABGB kommt es für die Anwendbarkeit der Bestimmungen der §§ 789 ff ABGB über die subsidiäre Haftung des Geschenknehmers darauf an, dass es durch die „Hinzuo- oder Anrechnung“ von Schenkungen dazu führt, dass die Verlassenschaft zur Deckung der Pflichtteilsansprüche nicht ausreicht. Da es mangels Hinzurechnung nicht zu einer Anrechnung kommen kann, ist diese Formulierung dahingehend zu verstehen, dass es für die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Haftung des Geschenknehmers allein auf die Hinzurechnung⁹⁴³ der an ihn erfolgten Schenkung ankommt. Ob eine Anrechnung der betreffenden Schenkung stattgefunden hat, ist für die Beantwortung der Frage, ob Haftungsansprüche gegen einen Geschenknehmer geltend gemacht werden können, unerheblich.

II. Anspruchsberechtigte

Anspruchsberechtigt ist der konkret Pflichtteilsberechtigte,⁹⁴⁴ dessen Pflichtteil in der Verlassenschaft keine Deckung findet und somit weder von der Verlassenschaft noch von den Erben erfüllt werden kann. Der Haftungsanspruch ist vererblich und steht somit auch den Erben des verkürzten Pflichtteilsberechtigten zu.⁹⁴⁵ Die unzureichende Verlassenschaft kann im Sinne einer proportionalen Aufteilung⁹⁴⁶ im Verhältnis der Fehlbeträge vorgenommen werden, was dazu führt, dass dem beschenkten Pflichtteilsberechtigten aufgrund der bereits erhaltenen Zuwendung im Ergebnis ein höherer Anteil zukommt. Andererseits kann eine Aufteilung

⁹⁴³ Vgl auch *Kogler*, Formvorschriften 88; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 207; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 73 f; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB FN 2.

⁹⁴⁴ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 205; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 1; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6.

⁹⁴⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 205; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6; noch zur alten Rechtslage OGH 29.01.2004, 6 Ob 263/03z = RZ 2004, 138 = ecolex 2004, 442 = NZ 2004, 348 = SZ 2004/15 = NZ 2005, 77 (Müller); *Schubert* in Rummel, ABGB I³ § 951 ABGB Rz 2.

⁹⁴⁶ Dafür *Schamberger*, NZ 2017, 375 ff; *Kogler*, Formvorschriften 91 ff; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 787 ABGB Rz 3; sowie bereits zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 *Weiß* in Klang, ABGB III² 932 f; *Stubenrauch*, Kommentar I⁸ 962 f.

entsprechend einer sukzessiven Gleichstellung⁹⁴⁷ in der Weise vorgenommen werden, dass jeder Pflichtteilsberechtigte so viel aus der Verlassenschaft erhält, dass die erhaltenen Beträge aller Pflichtteilsberechtigten unter Berücksichtigung der bereits erfolgten Zuwendungen im Ergebnis gleich hoch sind. Da die Methode der sukzessiven Gleichstellung besser geeignet ist, um den Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten herbeizuführen,⁹⁴⁸ ist dieser Methode der Vorzug zu geben. Problematisch ist diese Vorgehensweise jedoch bei Vorliegen eines Anrechnungserlasses.

III. Anspruchsgegner

Haftungsansprüche gem §§ 789 ff ABGB können nur gegen den Geschenknehmer⁹⁴⁹ oder dessen Gesamtrechtsnachfolger⁹⁵⁰ geltend gemacht werden, und zwar nur dann, wenn die an den betreffenden Geschenknehmer erfolgte Schenkung bei der Ermittlung der Pflichtteilsansprüche hinzugerechnet wurde.⁹⁵¹ Einzelrechtsnachfolger des Beschenkten haften jedoch nicht für in der Verlassenschaft nicht gedeckte Pflichtteilsansprüche.⁹⁵² So kann ein Dritter, an den die geschenkte Sache weiterveräußert oder geschenkt worden ist, vom verkürzten Beschenkten nicht zur Haftung herangezogen werden.⁹⁵³

Mehrere Geschenknehmer haften im Verhältnis des Wertes ihrer Geschenke. Für die Berechnung des Haftungsverhältnisses im Falle von mehreren Geschenknehmern ist auf den den eigenen Pflichtteil des Geschenknehmers übersteigenden Wert abzustellen. Nur der den

⁹⁴⁷ Dafür bereits zur alten Rechtslage *Umlauf*, Anrechnung 99 ff; zur neuen Rechtslage *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 191; *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 108 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 232 ff; *Krausler*, Schenkungsanrechnung, 230 ff; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 82 ff.

⁹⁴⁸ *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 85.

⁹⁴⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 224; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 91; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 798 ABGB Rz 1; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 1; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 3; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 103.

⁹⁵⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 224; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 91; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 798 ABGB Rz 1; *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 11; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 3.

⁹⁵¹ Vgl zB *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 12; *Kogler*, Formvorschriften 88.

⁹⁵² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 206; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 11; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 1; *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 1; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6.

⁹⁵³ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 224; *K. Müller/Melzer* in Deixler-Hübner/Schauer 90; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 5; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 3; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 9.

Pflichtteil übersteigende Betrag stellt eine Schenkung, mit der gehaftet wird, dar. Der Differenzbetrag bildet eine für die Haftung nicht relevante Pflichtteilsdeckung.⁹⁵⁴ Das Ausfallsrisiko eines haftenden Geschenknehmers ist von den übrigen Geschenknehmern zu tragen,⁹⁵⁵ sodass eine Verlagerung des Insolvenzrisikos auf den Pflichtteilsberechtigten nicht anzunehmen ist.⁹⁵⁶

IV. Gegenstand und Umfang der Haftung

Nach § 789 Abs 3 ABGB haftet der Geschenknehmer „nur mit der zugewendeten Sache“. Aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes ist eine reine Sachhaftung⁹⁵⁷ des Geschenknehmers anzunehmen, sodass nur in die geschenkte Sache, nicht jedoch in das übrige Vermögen des Geschenknehmers,⁹⁵⁸ Exekution geführt werden kann. Die Ansicht,⁹⁵⁹ wonach dadurch zum Ausdruck gebracht werden soll, dass der Geschenknehmer nur mit dem Wert der geschenkten Sache haftet, ist daher abzulehnen.

In der Lit⁹⁶⁰ wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, der Geschenkgeber könne sich durch Herausgabe der geschenkten Sache von der ihn treffenden Zahlungspflicht befreien, dies aufgrund der auf die geschenkte Sache bezogene Vollstreckungsbeschränkung, die dem Geschenknehmer zugutekomme⁹⁶¹ sowie aufgrund des Wortlautes des § 951 ABGB aF und den fehlenden Anhaltspunkten in den Mat, die für eine Abkehr von der alten Rechtslage sprechen würden.⁹⁶² Aufgrund der Natur des Pflichtteilsanspruchs als Geldanspruch ist diese Ansicht jedoch abzulehnen und dem Geschenknehmer daher nicht die Möglichkeit einzuräumen, sich

⁹⁵⁴ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 210 ff; *Geroldinger/Kogler*, NZ 2022, 213 f; dagegen aufgrund des entgegenstehenden Gesetzeswortlautes *Schamberger*, NZ 2017, 372 und *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 116 f.

⁹⁵⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 212 f; *ders* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 17; für die Beibehaltung der in der vorgesehenen Teilhaftung auch *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 120 ff.

⁹⁵⁶ Für eine Teilhaftung der Geschenknehmer und somit für eine Verlagerung des Insolvenzrisikos auf den Pflichtteilsberechtigten vgl *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 224 f; *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 108 f; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 10.

⁹⁵⁷ *Schamberger*, NZ 2017, 370 f; *Apathy*, ÖJZ 2016, 810; *ders* in *Artmann/Rüffler/Torggler* 16; *Umlauf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 19; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 6; *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 791 Rz 11; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 111 f; *Walch*, NZ 2022, 28, 38.

⁹⁵⁸ Ausgenommen jedoch in Fällen des § 790 Abs 1 ABGB.

⁹⁵⁹ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 131.

⁹⁶⁰ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 223; *Musger* in *KBB*⁷ § 789 ABGB Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 6; *ders*, Erbrecht 224; *Umlauf* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 19; *ders*, Hinzu- und Anrechnung² 228; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 4; *Walch*, NZ 2022, 27, 33.

⁹⁶¹ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 223 f.

⁹⁶² *Walch*, NZ 2022, 30.

durch Herausgabe der geschenkten Sache von der Zahlungspflicht zu befreien.⁹⁶³ Dafür sprechen die Ausführungen in den Mat, nach welchen deutlicher als bisher zum Ausdruck gebracht werden soll, dass der verkürzte Pflichtteilsberechtigte nicht nur bei Geldschenkungen sondern bei allen Schenkungen auf Zahlung des Ausfalls am Pflichtteil klagen kann. Weiters liegt es allein in der Entscheidungsbefugnis des Verstorbenen, wie der Pflichtteil gedeckt wird. Es sollte daher nicht möglich sein, durch eine einseitige Entscheidung des Geschenknehmers dem Pflichtteilsberechtigten seinen Geldpflichtteil zu verwehren.

Für die Berechnung des Haftungsumfangs ist der aktuelle Wert der Schenkung maßgeblich.⁹⁶⁴ Ein Abstellen auf den Wert nach § 788 ABGB, nach welchem die geschenkte Sache auf den Zeitpunkt zu bewerten ist, in dem die Schenkung wirklich gemacht wurde und nach dem von der Statistik Austria verlautbarten Verbraucherpreisindex auf den Todeszeitpunkt aufzuwerten ist, ist abzulehnen.⁹⁶⁵ Für die Maßgeblichkeit des tatsächlichen Wertes der geschenkten Sache spricht vor allem die Gleichstellung der geschenkten Sache mit ihrem Wert gem § 790 Abs 1 ABGB.⁹⁶⁶

V. Einfluss von Vereinbarungen auf die Haftung

Die in der vorliegenden Arbeit dargestellten Vereinbarungen bieten dem Verstorbenen, dem (pflichtteilsberechtigten) Geschenknehmer und dem verzichtenden Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit, von gesetzlich vorgesehenen Regelungen des Pflichtteilsrechts abzugehen. So kann – wie bereits dargelegt wurde – nach § 784 ABGB die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen vereinbart werden, die grds nicht der Hinzu- und Anrechnung unterliegen, was somit zu einer Erhöhung der Pflichtteilsansprüche führt. Weiters besteht nach § 785 ABGB die Möglichkeit, im Hinblick auf eine Schenkung, die grds der Hinzu- und Anrechnung unterliegt, einen Anrechnungserlass zu verfügen oder zu vereinbaren, was den Pflichtteilsanspruch des betreffenden pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers ebenfalls erhöht. Ebenso kann im Falle eines Pflichtteilsverzichts, der nach § 758 Abs 2 Satz 2 ABGB im Zweifel auch auf die Nachkommen wirkt und nach § 760 Abs 1 ABGB im Zweifel nicht zu einer Quotenerhöhung der übrigen Pflichtteilsberechtigten führt, eine anderslautende Vereinbarung getroffen werden.

⁹⁶³ Schamberger, NZ 2017, 371.

⁹⁶⁴ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 215 f; Walch, NZ 2022, 35; Welser, Erbrecht 224; ders, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 7; Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 12.

⁹⁶⁵ Dafür jedoch Musger in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 3; ebenso Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 10.

⁹⁶⁶ Walch, NZ 2022, 263.

Nach *Kogler*⁹⁶⁷ und *Schamberger*⁹⁶⁸ führen diese Vereinbarungen⁹⁶⁹ zu keiner Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils, sondern stellen eine gewillkürte Regelung der Erbfolge dar, die „über Pflichtteile“ erfolgt, und sind daher nur als freiwillige Zuwendungen des Verstorbenen an den jeweiligen Pflichtteilsberechtigten anzusehen. Entgegen dieser Ansicht wollte man mE in diesen Fällen dem Verstorbenen und den betreffenden Vertragspartnern die Möglichkeit einräumen, eine Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils mit den damit verbundenen Haftungsfolgen iSd §§ 789 ff ABGB zu verfügen bzw zu vereinbaren.⁹⁷⁰ Ausgenommen sind jedoch jene Fälle, in denen der verzichtende Pflichtteilsberechtigte vom Verstorbenen eine Abfindung oder eine andere Zuwendung erhalten hat, sodass ihm eine Haftungsbeschränkung iSd § 791 Abs 2 ABGB zusteht, um eine doppelte Begünstigung im Hinblick auf die übergehende Pflichtteilsquote zu vermeiden.

Es kann hier eine Ungleichbehandlung von Vereinbarungen der Hinzurechnung und Erlass der Anrechnung einerseits sowie von Vereinbarungen im Zusammenhang mit einem Pflichtteilsverzicht – sofern an den Verzichtenden eine Abfindung oder andere Zuwendung geleistet wurde – andererseits festgestellt werden, da es nur im letzteren Fall trotz Vorliegens einer Vereinbarung zu keiner Begründung von Haftungsansprüchen nach §§ 789 ff ABGB führt. Dies kann jedoch damit begründet werden, dass es sich bei Vereinbarungen iSd § 760 Abs 1 ABGB und § 785 Abs 2 Satz 2 ABGB bloß um eine Verschiebung der Pflichtteilsquote handelt, welche iSd § 791 Abs 3 ABGB nicht doppelt berücksichtigt werden darf. Im Gegensatz dazu wird bei der Vereinbarung der Hinzurechnung sowie bei einem Erlass der Anrechnung ein (zusätzlicher) erhöhter Pflichtteilsanspruch geschaffen.

VI. Haftungsfreistellungen und Haftungsbeschränkungen

1. Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung

Die Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung gem § 789 Abs 1 Satz 2 ABGB kann eine Ungleichbehandlung von Nachkommen des Verstorbenen, die den Ausstattungsanspruch geltend gemacht haben und denen daher eine Haftungsfreistellung in dieser Höhe zusteht, und

⁹⁶⁷ *Kogler*, Formvorschriften 88 und 93; *ders*, EF-Z 2016, 63.

⁹⁶⁸ *Schamberger*, NZ 2017, 372;

⁹⁶⁹ Im Hinblick auf die Vereinbarung der Hinzu- und Anrechnung und im Hinblick auf den Erlass der Anrechnung.

⁹⁷⁰ So ist auch nach *Umlauf* im Falle der Vereinbarung der Hinzu- und Anrechnung eine Erhöhung des gesetzlichen Pflichtteils sowie eine Erhöhung des damit verbundenen Haftungsschutzes anzunehmen. Vgl *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 207 FN 486; für weitere Literaturnachweise vgl die Ausführungen in Kapitel G.

jenen Nachkommen, die anstelle einer Ausstattung eine Schenkung erhalten haben, herbeiführen. Es sollte daher eine analoge Anwendung der Haftungsbefreiung auf Kinder, die anstelle einer Ausstattung eine Schenkung erhalten haben, erfolgen.⁹⁷¹ Da im Regelfall der Pflichtteilsanspruch den Ausstattungsanspruch übersteigen wird, ist der Anwendungsbereich für eine analoge Anwendung der Haftungsbefreiung jedoch gering.⁹⁷² Eine kumulative Inanspruchnahme ist abzulehnen, sodass die Haftungsfreistellung in Höhe der Ausstattung auf die Haftungsfreistellung in Höhe des Pflichtteils anzurechnen ist⁹⁷³ und im Ergebnis die jeweils umfassendere Haftungsbeschränkung⁹⁷⁴ zur Anwendung kommt.

2. Haftungsminderung bei Verlust oder Wertminderung

Nach § 790 Abs 1 ABGB haftet der Geschenknehmer bei Verlust oder Wertminderung der Sache nur mit dem noch vorhandenen Wert, sofern ihm nicht Unredlichkeit⁹⁷⁵ anzulasten ist. Unredlichkeit und somit eine persönliche Haftung des Geschenknehmers ist anzunehmen, wenn der Geschenknehmer im Zeitpunkt des Verbrauchs oder der Weggabe der Sache mit einer Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen und einer damit einhergehenden Haftung gem §§ 789 ff ABGB rechnen musste.⁹⁷⁶ Da der Verlust des Geschenks bei Unredlichkeit für den Geschenknehmer weder mit besonderen Nachteilen noch mit besonderen Vorteilen verbunden sein soll,⁹⁷⁷ ist für die Berechnung des Haftungsfonds daher auf den Wert abzustellen, den die Sache im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs gegen den Geschenknehmer hätte.⁹⁷⁸ Entgegen der Ansicht des OGH⁹⁷⁹ wird in der Lit⁹⁸⁰ die Verwendung der geschenkten Sache zur Schuldentilgung nicht einem Verbrauch der Sache gleichgestellt, was nicht zu einer

⁹⁷¹ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 95 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 214; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 129; *dies*, EF-Z 2020, 251 f.

⁹⁷² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 214 f.

⁹⁷³ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 214.

⁹⁷⁴ *Vaclavek*, EF-Z 2020, 251 f.

⁹⁷⁵ Krit zu den Ausführungen in den Mat, wonach ein Geschenknehmer als redlich anzusehen ist, wenn er die Sache veräußern musste, um mit dem Erlös sein Unternehmen zu sanieren, äußert sich *Rabl*, NZ 2015, 342 f.

⁹⁷⁶ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 3; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 33; *Musger* in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 7; *Rucker*, NZ 2016, 90; nach *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225, stellt die Verwendung der geschenkten Sache zur Sanierung eines Unternehmens eine unredliche Umschichtung des Vermögens dar.

⁹⁷⁷ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 7.

⁹⁷⁸ Vgl *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³ 307 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 224 f; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 790 ABGB Rz 7, *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 12; *Musger* in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 1; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 7; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 136.

⁹⁷⁹ OGH 29.10.2009, 9 Ob 48/09p = JBl 2010, 235 (Holzner) = EF-Z 2010, 180 (Jaksch-Ratajczak) = iFamZ 2010, 110 = NZ 2010, 307.

⁹⁸⁰ *Jaksch-Ratajczak*, EF-Z 2010, 181 ff; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 225 f; *Holzner*, JBl 2010, 236; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 137.

Haftungsbeschränkung führt. Um eine persönliche Haftung des Geschenknehmers bei Redlichkeit vermeiden zu können, sollte mE die Verwendung des Geschenks zur Schuldentilgung einem Verbrauch der Sache gleichgestellt werden.

3. Haftungsfreistellung für pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer

Konkret pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer genießen gem § 791 Abs 1 ABGB eine Haftungsfreistellung in Höhe ihres Pflichtteils. § 791 Abs 2 ABGB legt hinsichtlich der Haftungsfreistellung des abstrakt Pflichtteilsberechtigten fest, dass eine Schenkung auch dann hinzuzurechnen ist, wenn deren Anrechnung erlassen wurde. Um dem Pflichtteilsberechtigten seinen Pflichtteil zu erhalten, ist eine analoge Anwendung vorzunehmen, sodass die Schenkung an den Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, bei der Ermittlung seiner Haftungsfreistellung zu berücksichtigen ist.⁹⁸¹ Legt man die Wortfolge „bei Berücksichtigung der hinzuzurechnenden Schenkungen“ in § 791 Abs 1 ABGB dahingehend aus, dass darunter alle hinzuzurechnenden Schenkungen, inklusive der an den Pflichtteilsberechtigten, dem die Anrechnung erlassen wurde, zu verstehen sind, so kann die Berücksichtigung der betreffenden Schenkung mE bereits aus dieser Bestimmung abgeleitet werden, sodass eine analoge Anwendung des § 791 Abs 2 ABGB nicht notwendig ist. Die Haftungsfreistellung der pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer ist lediglich in Höhe des Pflichtteils ohne gesetzliche Zinsen anzunehmen.⁹⁸²

Bei der Berechnung der Haftungsfreistellung in Höhe des hypothetischen Pflichtteils iSd § 791 Abs 2 ABGB ist nach dem Gesetzeswortlaut auf den hypothetischen Pflichtteil im Todeszeitpunkt abzustellen.⁹⁸³ Aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes und den Ausführungen in den Mat⁹⁸⁴ ist ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Verzichts abzulehnen.⁹⁸⁵ Die Regelung des § 791 Abs 3 ABGB, wonach ein Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigter eine Haftungsfreistellung nicht geltend machen kann, soweit der Geschenknehmer oder dessen Erbe eine Haftungsfreistellung bereits geltend gemacht hat,

⁹⁸¹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 217; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 195; *Schamberger*, NZ 2017, 374; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 157 ff, die sich zwar gegen eine analoge Anwendung ausspricht, es solle dem Pflichtteilsberechtigten jedoch jedenfalls der „allgemeine“ Pflichtteil, der ihm ohne Anrechnungserlass zustehen würde, zukommen.

⁹⁸² *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 218; *ders* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 22.

⁹⁸³ Krit dazu *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 197.

⁹⁸⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37.

⁹⁸⁵ Für ein Abstellen auf den Todesfall ebenso *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 219 FN 518 sowie *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers, 169.

bezieht sich auf Fälle, in denen der Repräsentations- oder Anwachsungsberechtigte vom Verstorbenen selbst eine Schenkung erhalten hat.⁹⁸⁶ Es soll jedoch nicht darauf ankommen, ob der Beschenkte oder dessen Erbe eine Haftungsfreistellung bereits geltend gemacht hat, sondern ob dem Beschenkten oder dessen Erben eine Haftungsfreistellung zusteht.⁹⁸⁷

Aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes ist eine analoge Anwendung der Haftungsfreistellung nach § 791 Abs 2 ABGB in Höhe des hypothetischen Pflichtteils bei Enterbung, Erbunwürdigkeit und Verlust der Angehörigenstellung abzulehnen, da der Gesetzgeber hier bewusst keine Haftungsfreistellung festgelegt hat.⁹⁸⁸ ME kann jedoch erwogen werden, dem Gesamtrechtsnachfolger des enterbten Beschenkten, dem aufgrund seines Repräsentations- oder Anwachsungsrechts ein Pflichtteil nach dem verstorbenen Geschenkgeber zukommt, eine Haftungsfreistellung in Höhe seines Pflichtteils aufgrund der an den verstorbenen, enterbten Geschenknehmer erfolgten Schenkung zuzugestehen.⁹⁸⁹

4. Befristete Haftung für nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer

Für die Feststellung, ob ein Geschenknehmer zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen zählt und somit nicht der befristeten Haftung iSd § 792 ABGB unterliegt, wird überwiegend abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Schenkungs- und im Todeszeitpunkt gefordert.⁹⁹⁰ In der Lit wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, der Bestimmung des § 792 ABGB komme nur klarstellende Wirkung zu, da sich die Haftungsbeschränkung des nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers bereits aus der Bestimmung des § 782 ABGB, der eine befristete Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer vorsieht, und der Bestimmung des § 789 ABGB, nach der eine Haftung nur

⁹⁸⁶ *Musger* in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 3; ebenso *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 791 ABGB Rz 4; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 173.

⁹⁸⁷ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 222 unter Hinweis auf ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37; *ders* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 28.

⁹⁸⁸ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 135; *Schamberger*, NZ 2017, 374 f; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 220; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 792 ABGB Rz 2; *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 14; *Eccher/Umlauf*, Erbrecht⁷ Rz 12/35; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 164.

⁹⁸⁹ Für nähere Ausführungen vgl Kapitel H.IV.6.b.

⁹⁹⁰ OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v = Zak 2020, 334 = EF-Z 2021, 37 (Tschugguel) = EvBl 2021, 234 (Kietaihl) = ecolex 2021, 31 = JBl 2021, 512 (Kogler) = SZ 2020/68; RIS-Justiz RS0133335; zuletzt OGH 28.05.2014, 2 Ob 79/24t; *Schauer* in Barth/Pesendorfer 218 f; *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 123 und 125; *Rucker*, NZ 2016, 88; *K. Müller/Melzer* in Gruber/Kalss/Müller/Schauer² Rz 39; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 173; *Barth*, iFamZ 2015, 242; *Tschugguel*, Glosse zu OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v, EF-Z 2021, 37; *Wolkerstorfer*, NZ 2017, 419; *Kietaihl*, EvBl 2021, 234; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 189 f.

bestehen kann, wenn die betreffende Schenkung hinzugerechnet wurde, ergebe.⁹⁹¹ § 792 ABGB kann nur dann ein Anwendungsbereich zukommen, wenn der Kreis der unbefristet hinzu- und anzurechnenden Schenkungen größer ist, als der Kreis der Schenkungen iSd § 792 ABGB.⁹⁹² So kann der Bestimmung des § 792 ABGB in Einzelfällen normative Bedeutung zukommen, und zwar dann, wenn eine von § 782 ABGB abweichende Vereinbarung getroffen wird, nach welcher eine Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person trotz Ablaufs der Zweijahresfrist hinzuzurechnen ist, da diesfalls § 789 ABGB keine Beschränkung der Haftung bewirkt und sich diese sodann aus § 792 ABGB ergibt.⁹⁹³ Seit dem ErbRÄG 2015 steht laut OGH⁹⁹⁴ der Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts der Erbringung des Vermögensopfers nicht mehr entgegen. Für die Erbringung des Vermögensopfers ist der Zeitpunkt des Eigentumsübergangs maßgeblich.

VII. Fälligkeit und Verjährung

Der Anspruch gegen den Beschenkten entsteht mit der Geltendmachung,⁹⁹⁵ welche die Feststellung der Unzulänglichkeit der Verlassenschaft voraussetzt und ist ab diesem Zeitpunkt zu verzinsen.⁹⁹⁶ Der Anspruch ist direkt gegen den Geschenknehmer zu richten.⁹⁹⁷ Die Durchsetzung erfolgt im streitigen Rechtsweg. Eine Geltendmachung im Verlassenschaftsverfahren ist nicht erforderlich.⁹⁹⁸ Die kurze Verjährungsfrist des § 1487a ABGB beginnt auch hinsichtlich des subsidiären Anspruchs gegen den Geschenknehmer nach den Bestimmungen der §§ 789 ff ABGB frühestens ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen zu laufen.⁹⁹⁹

⁹⁹¹ Vgl *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 136; *Musger* in KBB⁷ § 792 ABGB Rz 1 unter Hinweis auf die Ausführungen in ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 37; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 792 ABGB Rz 1; *Kogler*, JBl 2016, 234. Nach aA kommt der Bestimmung normative Bedeutung im Hinblick auf die Festlegung des relevanten Zeitpunktes zu. Vgl *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 136; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 178.

⁹⁹² *Kogler*, JBl 2016, 228.

⁹⁹³ Vgl hierzu die Ausführungen in Kapitel H.V.3.c.

⁹⁹⁴ OGH 24.06.2021, 2 Ob 119/20v = NZ 2021, 457 (Rabl) = NZ 2021, 458 (Kepplinger) = PSR 2021, 124 (Zollner) = EF-Z 2022, 85 (Tschugguel) = JBl 2022, 304 (Kogler); OGH 28.09.2021, 2 Ob 111/21v = Zak 2021, 375 = PSR 2022, 30; OGH 22.02.2022, 6 Ob 6/22d = Zak 2022, 132; OGH 21.11.2023, 2 Ob 210/23f = iFamZ 2024, 99 (Entleitner) = NZ 2024, 118 (Musger) = JBl 2024, 244 (Holzner).

⁹⁹⁵ Vgl zB *Löcker* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 791 ABGB Rz 6.

⁹⁹⁶ Es wird auch die Ansicht vertreten, dass der Anspruch zwar bereits mit dem Erbfall entsteht, mangels eines Verweises auf § 788 ABGB, der die Verzinsung ab dem Todestag festlegt, jedoch erst ab der Einmahnung des Anspruchs zu verzinsen ist. Vgl *Musger* in KBB⁷ § 789 ABGB Rz 4.

⁹⁹⁷ *Barth*, iFamZ 2015, 242.

⁹⁹⁸ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 228.

⁹⁹⁹ OGH 17.01.2023, 2 Ob 214/22 = NZ 2023, 192 (Bertsch) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

VIII. Stundung und Ratenzahlung

Nach § 790 Abs 2 ABGB sind die Regelungen über die Stundung des Pflichtteils nach §§ 766 bis 768 ABGB sinngemäß anzuwenden. Obwohl nach § 766 ABGB eine Stundung oder Ratenzahlung nur vom letztwillig Verfügenden oder durch das Gericht angeordnet werden kann, spricht nichts dagegen, eine Stundung oder Ratenzahlung durch Vereinbarung zwischen Geschenkgeber und Geschenknehmer zuzulassen.¹⁰⁰⁰ § 790 Abs 2 ABGB erwähnt nur die Stundung des Pflichtteils, nicht jedoch die Ratenzahlung. Aufgrund des generellen Verweises auf die Regelungen der §§ 766 bis 768 ABGB ist jedoch auch eine Zahlung des geschuldeten Fehlbetrages in Teilbeträgen möglich.

IX. Auskunftsanspruch

Die Aktivlegitimation nach § 786 ABGB bei Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen kommt neben den in § 783 Abs 1 ABGB ausdrücklich genannten konkret¹⁰⁰¹ Pflichtteilsberechtigten und den Erben auch der Verlassenschaft¹⁰⁰² zu. Da nach § 783 Abs 2 ABGB auch der beitragspflichtige Vermächtnisnehmer aktivlegitimiert ist, kann – sofern man eine Beitragspflicht von Auflagenberechtigten bejaht¹⁰⁰³ – eine Aktivlegitimation des Auflagenberechtigten angedacht werden. Die im § 783 Abs 1 ABGB enthaltene Berechtigung des verzichtenden Pflichtteilsberechtigten ist auf den Fall teleologisch zu reduzieren, dass der verzichtende Pflichtteilsberechtigte nach §§ 789 ff ABGB in Anspruch genommen wird.¹⁰⁰⁴ Darüber hinaus kann „anderen aus besonderen Gründen von einem konkreten Pflichtteilsrecht Ausgeschlossenen“ eine Aktivlegitimation zugestanden werden.¹⁰⁰⁵ In analoger Anwendung des § 783 ABGB sind weiters alle Geschenknehmer, die vom Pflichtteilsberechtigten zur Haftung nach §§ 789 ff ABGB in Anspruch genommen werden, zur Erhebung eines Hinzu- und Anrechnungsbegehrens berechtigt,¹⁰⁰⁶ und somit auch gem § 786 ABGB aktivlegitimiert. Es ist

¹⁰⁰⁰ *Schauer* in Barth/Pesendorfer 226; ebenso *Umlauf* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ §§ 789-792 ABGB Rz 17; *Musger* in KBB⁷ § 790 ABGB Rz 2; *Nemeth/Niedermayr* in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ §§ 789-790 ABGB Rz 12; dagegen *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 132; *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers 132.

¹⁰⁰¹ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 125; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 783 ABGB Rz 1; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 331.

¹⁰⁰² *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 13 f.

¹⁰⁰³ So *Zemen*, ÖJZ 1985, 69; vgl auch *Musger* in KBB⁷ § 764 ABGB Rz 2.

¹⁰⁰⁴ *Kletečka* in Rabl/Zöchling-Jud 94 FN 18; *Rucker*, NZ 2016, 87 f; *Rabl*, NZ 2015, 340; *Musger* in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 10; *Pollan*, NZ 2018, 87 FN 22.

¹⁰⁰⁵ So *Pollan*, NZ 2018, 92, mit besonderem Hinweis auf den beschenkten Enkel, dessen das Verwandtschaftsverhältnis zum Verstorbenen vermittelnder Elternteil noch lebt.

¹⁰⁰⁶ OGH 25.07.2023, 2 Ob 100/23 d = Zak 2023, 294 = NZ 2023, 505 (Kogler) = EvBl 2024, 100 (Brandstätter) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

daher dem nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer¹⁰⁰⁷ sowie dessen Gesamtrechtsnachfolgern,¹⁰⁰⁸ die nach §§ 789 ff ABGB zur Erfüllung der Pflichtteilsansprüche beizutragen haben, ein Auskunftsanspruch zuzubilligen.

In Bezug auf Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen sind nur konkret¹⁰⁰⁹ Pflichtteilsberechtigte auskunftsberechtigt. Nach dem Gesetzeswortlaut¹⁰¹⁰ sind Nachkommen nur auskunftsberechtigt, sofern die Schenkung zu einem Zeitpunkt gemacht wurde, zu dem der Verstorbene bereits ein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte. Dabei muss es sich jedoch nicht um das Kind handeln, von dem das Begehren ausgeht.¹⁰¹¹ Der Ehegatte ist nur hinsichtlich solcher Schenkungen auskunftsberechtigt, die während aufrechter Ehe gemacht wurden.¹⁰¹² Hierbei ist es unerheblich, ob dem Ehegatten im Zeitpunkt der Schenkung bereits ein Pflichtteilsrecht zukam.¹⁰¹³

Passivlegitimiert sind die Verlassenschaft, die Erben und der Geschenknehmer.¹⁰¹⁴ Hierbei ist keine bestimmte Reihenfolge der Inanspruchnahme zu beachten,¹⁰¹⁵ sodass trotz dessen subsidiärer Haftung keine Subsidiarität der Auskunftspflicht anzunehmen ist. Ebenso ist eine Inanspruchnahme eines weiteren Auskunftspflichtigen trotz bereits erhaltener Auskunft möglich. Es soll dabei jedoch nicht darauf ankommen, ob begründete Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der bereits erhaltenen Auskunft bestehen.

Für die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs sind das Vorliegen eines rechtlichen Interesses und die Glaubhaftmachung von Umständen, die auf eine anrechenbare Schenkung schließen lassen, erforderlich.¹⁰¹⁶ Das Bestehen eines Hinzurechnungsanspruchs ist nicht

¹⁰⁰⁷ Rabl, NZ 2015, 340 FN 191; Eccher, Erbrechtsreform Rz 179; ders, Erbrecht VI⁶ Rz 12/18; Musger in KBB⁷ §§ 782-783 ABGB Rz 14.

¹⁰⁰⁸ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 96.

¹⁰⁰⁹ Eccher, Erbrechtsreform Rz 175; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 75

¹⁰¹⁰ Vgl § 782 Abs 2 ABGB.

¹⁰¹¹ Vgl zB Weiß in Klang, ABGB III² 907; Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 785 ABGB Rz 5; ders in FS Kralik 585; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar III⁴ § 785 ABGB Rz 12; Musger in KBB⁴ § 782 ABGB Rz 7; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 76 f.

¹⁰¹² Vgl § 782 Abs 2 ABGB.

¹⁰¹³ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 80 f.

¹⁰¹⁴ Vgl § 786 ABGB.

¹⁰¹⁵ Till, iFamZ 2017, 275; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 333; ders in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 786 ABGB Rz 4; vgl auch Eccher, Erbrechtsreform Rz 186; Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar IV⁵ § 786 ABGB Rz 3; Hofmann, NZ 2019, 334; AA Zankl in Rabl/Zöchling-Jud 116.

¹⁰¹⁶ Schauer in Barth/Pesendorfer 222; Zankl in Rabl/Zöchling-Jud 117; Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 127; Till, iFamZ 2017 275.

Voraussetzung, um Auskunft über eine erfolgte Schenkung begehren zu können.¹⁰¹⁷ Vom Auskunftsanspruch umfasst sind jedenfalls der Wert und der Zeitpunkt der Schenkung.¹⁰¹⁸ Darüber hinaus ist weiters über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses des Verstorbenen zum Geschenknehmer sowie über Umstände, aufgrund derer beurteilt werden kann, ob das Vermögensopfer erbracht wurde, Auskunft zu erteilen.¹⁰¹⁹ Aufgrund der Haftungsfreistellung eines Pflichtteilsberechtigten in Höhe des (hypothetischen) Pflichtteils¹⁰²⁰ sind für die Feststellung der Höhe des Haftungsanspruchs Informationen über eine allenfalls bestehende Pflichtteilsminderung, Enterbung oder Erbunwürdigkeit von Bedeutung.

Der Auskunftsanspruch verjährt drei Jahre ab Kenntnis der für das Bestehen des Anspruchs maßgebenden Tatsachen, jedenfalls aber 30 Jahre nach dem Tod des Verstorbenen.¹⁰²¹ Gibt es Anhaltspunkte für das Bestehen eines Anspruchs, so ist eine Erkundungsobliegenheit des Anspruchsberechtigten anzunehmen.¹⁰²² Die Durchsetzung des Auskunftsanspruchs erfolgt im streitigen Verfahren.¹⁰²³

Mit dem Auskunftsanspruch wurde ein Instrument geschaffen, das dem Pflichtteilsberechtigten die Durchsetzung seines Anspruchs erleichtern soll. Die notwendigen Voraussetzungen werden mitunter im jeweiligen Einzelfall jedoch nicht vorliegen, da der Auskunftsanspruch gerade aufgrund eines Informationsmangels geltend gemacht wird. Dies führt bei einer zu engen Auslegung der Voraussetzungen für die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs im Ergebnis wiederum zu einer Erschwernis der Durchsetzung der Rechte des Pflichtteilsberechtigten, sodass bei der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs kein allzu strenger Maßstab angelegt werden sollte.

¹⁰¹⁷ Vgl. *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 185; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 786 ABGB Rz 1; *Zollner/Pitscheider*, PSR 2016, 19.

¹⁰¹⁸ So *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 128; *Bittner/Hawel* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 786 ABGB Rz 2; ebenso *Schauer* in Barth/Pesendorfer 222, *Till*, iFamZ 2017, 275.

¹⁰¹⁹ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 334.

¹⁰²⁰ Vgl. § 791 Abs 1 und 2 ABGB.

¹⁰²¹ Vgl. § 1487a ABGB.

¹⁰²² *R. Madl* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1487a ABGB Rz 8; *Dehn* in KBB⁷ § 1487a ABGB Rz 2; *Brandstätter*, Zak 2017, 46.

¹⁰²³ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 333; OGH 27.09.2001, 5 Ob 30/01z = NZ 2002, 150 = 74/164.

M. SCHLUSSBEMERKUNGEN

Aufgrund der obigen Ausführungen wird deutlich, dass zum Thema der Haftung des Geschenknehmers nach §§ 789 ff ABGB einige offene Fragen bestehen. Zwar wurden durch das ErbRÄG 2015 Unklarheiten gelöst und Schwächen der vormaligen Regelungen beseitigt, allerdings wurde dargelegt, dass sich dennoch offene Fragestellungen ergeben. In der vorliegenden Untersuchung erfolgte eine Auseinandersetzung mit den in der Lit gebotenen Lösungsvorschlägen sowie eine Erörterung der darin vorgebrachten Kritik. Weiters wurde versucht, Lösungsansätze zu erarbeiten und Schwächen der gesetzlichen Regelungen aufzuzeigen sowie das Zusammenspiel der einzelnen Haftungsbestimmungen darzustellen. Eine abschließende Klärung der in der geltenden Rechtslage bestehenden Unklarheiten kann im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht geboten werden und es bleibt abzuwarten, wie diese Fragen in der Rspr gelöst werden.

LITERATURVERZEICHNIS

Apathy, Zur Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016, 805.

Apathy, Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht in Artmann/Rüffler/Torggler (Hg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 1.

Apathy/Neumayr in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkommentar zum ABGB⁵ (2017).

Apathy/Riss, Zivilrecht VII - Erbrecht⁶ (2018).

Arnold, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU-ErbVO, GesRZ 2015, 346.

Barth, Das Pflichtteilsrecht – Die Änderungen durch das ErbRÄG 2015 im Überblick, iFamZ 2015, 237.

Barth, Pflichtteilsrecht neu in Barth/Pesendorfer (Hg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 157.

Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015 (2015).

Battlog, Die mangelhafte Absicherung des Pflichtteilsanspruches im österreichischen Erbrecht, AnwBl 1998, 544.

Bertsch, Glosse zu OGH 17.01.2023, 2 Ob 214/22t, NZ 2023, 192.

Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.05} (2018).

Binder in Schwimann (Hg), Praxiskommentar zum ABGB V² (1997).

Brandstätter, Die neue Verjährung erbrechtlicher Ansprüche, Zak 2017, 44.

Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014).

Cach/Brehm, Die Stundung des Pflichtteils – ein „attraktives“ Werkzeug im Rahmen der Unternehmensnachfolge?, JEV 2015, 137.

Dehn in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkommentar zum ABGB⁷ (2023).

Dukic, Einklagbarkeit des Geldpflichtteils vor Ablauf der Jahresfrist, NZ 2019, 424.

Dukic, Der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten über das Verlassenschaftsvermögen und Schenkungen, NZ 2021, 170.

Eccher, Antizipierte Erbfolge (1979).

Eccher in Schwimann/Kodek (Hg), ABGB Praxiskommentar III⁴ (2012).

Eccher, Die österreichische Erbrechtsreform (2017).

Eccher, Erbrecht – Bürgerliches Recht Band VI⁶ (2016).

Eccher/Umlauft, Erbrecht – Bürgerliches Recht Band VI⁷ (2020).

Ehrenzweig, Zu den erbrechtlichen Bestimmungen der Zivilrechtsnovelle, JBl 1908, 85.

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2: Familien- und Erbrecht (1924).

Ertl in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg), Großkommentar zum ABGB (Klang)³ (2013).

Fischer-Czermak, Die erbrechtliche Anrechnung und ihre Unzulänglichkeiten, NZ 1998, 2.

Fucik in Kletečka/Schauer (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.06} (2022).

Geroldinger/Kogler, Verhältnismäßige Haftung der Geschenknnehmer und Haftungsfreistellung aufgrund eines Pflichtteilsverzichts, NZ 2022, 210.

Graf, Fünf Jahre ErbRÄG – Was hat der OGH daraus gemacht?, NZ 2022, 2.

Gschnitzer, Österreichisches Erbrecht (1964).

Hanausek, Das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht des Ehegatten (1910).

Hofmann, Anmerkung zu VfGH 13.12.2016, G 572/2015, NZ 2017, 102.

Hofmann, Der Anspruch auf Auskunft über Schenkungen nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2019, 322.

Holzner, Kein Pflichtteilsergänzungsanspruch bei redlicher Verwendung des Geschenks zur Schuldentilgung, OGH 29.10.2009, 9 Ob 48/09p, JBl 2010, 235.

Holzner, Klagbarkeit des Geldpflichtteils vor Ablauf der Jahresfrist, JBl 2020, 40.

Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 1220 ABGB.

Jaksch-Ratajczak, Pflichtteilsverkürzung durch Schuldentilgung mit Geldgeschenken? Anmerkungen zu OGH 9 Ob 48/09p, EF-Z 2010, 180 (181 ff).

Jud, Zur Entwicklung der Schenkungsanrechnung im ABGB, NZ 1998, 16.

Jud, Entwicklungen im Recht der Anrechnung beim Pflichtteil, AnwBl 2000, 716.

Kepplinger, Zur Konturierung der Vermögensopfertheorie durch 2 Ob 119/20v, NZ 2021, 458.

Kietaibl, Pflichtteilsermittlung: Unbefristete Hinzurechnung nur bei Pflichtteilsberechtigung im Schenkungs- und Todeszeitpunkt, Anmerkung zu OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v, EvBl 2021, 234.

Kletečka, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015 in Rabl/Zöchling-Jud (Hg), Das neue Erbrecht – Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (2015) 89.

Kogler, Der Erbverzicht nach dem Erbrechts-Änderungsgesetz, JBl 2015, 613.

Kogler, Befristete oder unbefristete Schenkungsanrechnung: Wer ist pflichtteilsberechtigt iS der §§ 782, 783 ABGB nF?, JBl 2016, 220 (220 f).

Kogler, Formvorschriften im neuen Erbrecht: zugleich ein Beitrag zu Vereinbarungen über die Anrechnung (2016).

Kogler, Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen des neuen Erbrechts, EF-Z 2016, 60.

Kogler, Keine Pflicht des Pflichtteilsberechtigten, der aufgrund lebzeitiger Schenkungen einen erhöhten Pflichtteil fordert, zur Anrechnung von Eigenschenkungen, Anmerkungen zu OGH 31.08.2016, 2 Ob 197/15g, JBl 2017, 515.

Kogler, Anrechnungsvereinbarungen, EF-Z 2018, 190.

Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg), Großkommentar zum ABGB (Klang)³ (2021).

Kogler, Nochmals zur befristeten oder unbefristeten Schenkungsanrechnung – Eine Replik auf *Hofmann*, NZ 2017/38 und *Pollan*, NZ 2018/28, NZ 2021, 399.

Kogler, Unbefristete Hinzurechnung von Schenkungen bei abstrakter Pflichtteilsberechtigung im Schenkungs- und Todeszeitpunkt, Anmerkung zu OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v, JBl 2021, 512.

Krausler, Die Schenkungsanrechnung – Analyse des österreichischen, deutschen und französischen Pflichtteilsrechts (2019).

Ehrenzweig/Kralik, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 4. Buch: Das Erbrecht³ (1983).

Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer (Hg), Erbrecht – Ein Handbuch für die Praxis (2007).

Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer (Hg), Handbuch Erbrecht² (2020).

Linimayer/Obermayr, Der Auskunftsanspruch gem § 786 ABGB – Besprechung von OGH 2 Ob 227/19z, JEV 2021, 83.

Löcker in *Kletečka/Schauer* (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2010) §§ 951 f ABGB.

Löcker in *Kletečka/Schauer* (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.04} (2020) § 791 ABGB.

R. Madl in *Kletečka/Schauer* (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinem bürgerlichen Gesetzbuch^{1.03} (2022).

Mondel, Erbringung des Vermögensopfers bei Schenkung einer Liegenschaft gegen Einräumung eines Wohnungsgebrauchsrechtes, Glosse zu OGH 29.09.2016, NZ 2017, 55.

F. Müller, Schenkungsanrechnung und verlorene Pflichtteilsberechtigung – Die Haftungsbeschränkung des § 951 Abs 2 ABGB, NZ 2005, 77.

K. Müller/Melzer Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht in Deixler-Hübner/Schauer (Hg), Erbrecht neu: rechtspolitische Grundlagen, Erbrecht und Familie, letztwillige Verfügungen, Pflichtteilsrecht/-anrechnung, Unternehmensübertragung, Steuerrecht und Bankenpraxis (2015) 73.

K. Müller/Melzer, Erbrechtliche und pflichtteilsrechtliche Konsequenzen der vorweggenommenen Erbfolge in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hg), Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018).

Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014).

Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020).

Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hg), Kurzkomentar zum ABGB⁷ (2023).

Nemeth in Schwimann/Kodek (Hg), ABGB Praxiskommentar IV⁵ (2018).

Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek (Hg), ABGB Praxiskommentar IV⁵ (2018).

Ofner, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I und II (1889).

Parapatits in Schwimann/Kodek (Hg), ABGB Praxiskommentar IV⁴ (2014).

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁵ (2016).

Pesendorfer, Entstehung des Erbrechts, Erbverzicht, Erbschaftserwerb und Verjährung in Barth/Pesendorfer (Hg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 17.

Pollan, Schenkungsanrechnung und Pflichtteilsberechtigung, NZ 2018, 81.

Raber, Die Verjährung des Anspruchs auf den Schenkungspflichtteil; entwickelt aus ihren Grundlagen, JBl 1988, 137, 217.

Rabl, Die historische Entwicklung der Anrechnung von Vorempfängen und Vorschüssen auf von Vorempfängen und Vorschüssen auf den Pflichtteil seit den Vorentwürfen zum ABGB, NZ 1998, 7.

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

Rabl, Das neue Pflichtteilsrecht des Ehegatten (Eingetragenen Partners) EF-Z 2016, 284.

Rabl, Der Pflichtteilsverzicht als anrechenbare Schenkung, NZ 2016, 201.

Rabl, Die Berechtigten einer Hinzü- und Anrechnung auf den Pflichtteil, Ein Beitrag zu den Zwecken des Anrechnungsrechts in FS Bittner (2018) 471.

Rabl, Erbrecht, NZ 2021/125.

- Rucker*, Die Anrechnung im neuen Erbrecht, NZ 2016, 81.
- Samek*, Das österreichische Pflichtteilsrecht samt Anrechnungsrecht (2004).
- Schamberger*, Die Haftung des Geschenknehmers nach §§ 789 ff ABGB, NZ 2017, 369.
- Schauer*, Rechtsprobleme bei der Anrechnung im Erbrecht, JBl 1980, 449.
- Schauer*, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen in Barth/Pesendorfer (Hg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 193.
- Schauer*, Das neue Erbrecht, Grundlegende Wertungen und ausgewählte Einzelfragen, ÖJZ 2017, 53.
- Schiffner*, Die Erbrechtsreform in der Novelle zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche (1908).
- Schubert* in Rummel (Hg), ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ § 951 ABGB.
- Schweda*, Endgültige Erbringung des Vermögensopfers, iFamZ 2022, 307.
- Schwind*, Der aktiv und passiv Pflichtteilsberechtigte – Bemerkungen zu § 785 ABGB in FS Firsching (1985) 263.
- Schwind*, Grenzen der Universalsukzession in FS Kralik (1986) 515.
- Stanzl* in Klang (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² (1968).
- Swoboda* in Klang (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1 (1934).
- Till*, Zum neuen Auskunftsanspruch im Erbrecht, Aktiv-/Passivlegitimation – Inhalt – Beweislast – Verjährung, iFamZ 2017, 274.
- Tschugguel*, Neue Repräsentationsfragen bei Enterbung und Pflichtteilsminderung, EF-Z 2016, 139.
- Tschugguel*, Glosse zu OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v, EF-Z 2021, 37.
- Tschugguel*, Glosse zu OGH 24.06.2021, 2 Ob 119/20v, EF-Z 2022, 85.
- Umlauft*, Gedanken zur Änderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Anrechnung im Erbrecht, NZ 1998, 48.
- Umlauft*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001).
- Umlauft*, Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht in Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischen Juristentages Wien 2009 Band II/2 (2009).
- Umlauft*, Das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2017, 241.

Umlauf, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015² (2018).

Umlauf, Fragen im Zusammenhang mit der Pflichtteilsberechtigung gem § 783 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015 als Voraussetzung für die unbefristete Schenkungshinzurechnung in FS Bittner (2018) 719.

Umlauf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hg), Großkommentar zum ABGB (Klang)³ (2021).

Unger, Das österreichische Erbrecht VI⁴ (1894).

Vaclavek, Die Haftung des Geschenknehmers – Analyse der Haftung gegenüber Pflichtteilsberechtigten gem §§ 789 ff ABGB (2020).

Vaclavek, Ausstattung und Pflichtteilsrecht – Die Haftungsbefreiung des Empfängers einer Ausstattung gem § 789 Abs 1 S 2 ABGB, EF-Z 2020, 250.

Verweijen, Handbuch Verlassenschaftsverfahren² (2018).

Walch, Zur Begrenzung der Haftung des Geschenknehmers nach § 789 ABGB auf den Wert des Geschenks, NZ 2022, 27.

Wehli in Stubenrauch, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche II⁸ (1903).

Weiß in Klang (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III² (1952).

Welser, Zur Berücksichtigung von Schenkungen im Pflichtteilsrecht in FS Kralik (1986) 583.

Welser, Vorschläge zur Neuregelung der Anrechnung beim Pflichtteil, NZ 1998, 40.

Welser, Die Reform des österreichischen Erbrechts in Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischen Juristentages Wien 2009 Band II/1 (2009).

Welser, Die Reform des österreichischen Erbrechts, NZ 2012, 1.

Welser, Zur Reform der Anrechnung im Erbrecht in Grünwald/Schummer/Zoller (Hg), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis (2012) 774.

Welser in Rummel/Lukas (Hg), ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2014).

Welser, Die Fälligkeit von Pflichtteilsansprüchen und Legatsforderungen nach dem neuen Erbrecht, GesRZ 2016, 164.

Welser, Zweijahresfrist und Rechtsmissbrauch bei der Schenkungsanrechnung in FS Bittner (2018) 773.

Welser, Der Erbrechts-Kommentar (2019).

Welser, Erbrecht (2019).

Werkusch-Christ in Kletečka/Schauer (Hg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.10} (2023).

Winiwarter, Das österreichische bürgerliche Recht IV² (1844).

Wolkerstorfer, Eintritt des Vermögensopfers bei der Schenkung auf den Todesfall, NZ 2017, 418.

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie III/1 (1812).

Zemen, Zur Kürzung der Vermächtnisse nach § 783 ABGB, ÖJZ 1985, 65.

Zankl, Rechtsvergleichende Gedanken zu einer Reform der Anrechnung, NZ 1998, 35.

Zankl, Durchsetzung der Anrechnung und Auskunftsanspruch in Rabl/Zöchling-Jud (Hg), Das neue Erbrecht – Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (2015) 111.

Zöchling-Jud, Die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015 in Rabl/Zöchling-Jud (Hg), Das neue Erbrecht – Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (2015) 71.

Zöchling-Jud, Pflichtteilsrechtliche Aspekte im neuen Erbrecht in Pabel (Hg), 50 Jahre JKU – Eine Vortragsreihe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät (2018) 49.

Zollner, Neues zur Vermögensopfertheorie, PSR 2021, 124.

Zollner/Pitscheider, Pflichtteilsrechtliche Aspekte einer Begünstigtenstellung, Eine Erste Einschätzung der Änderungen durch das ErbRÄG 2015, PSR 2016, 8.

JUDIKATURVERZEICHNIS

OGH

OGH 03.06.1903 in GIUNF 2365.

OGH 03.03.1909 in GIUNF 4544.

OGH 09.08.1950, 3 Ob 444/50 = SZ 23/232.

OGH 28.02.1971, 6 Ob 781/78.

OGH 10.05.1972, 7 Ob 105/72 = NZ 1973, 155.

OGH 20.02.1975, 6 Ob 206/74 = EvBl 1975, 551 = JBl 1976, 157 = SZ 48/19.

OGH 20.10.1975, 1 Ob 222/75 = SZ 48/114 = JBl 1976, 372.

OGH 12.01.1984, 6 Ob 805/82 = SZ 57/7 = NZ 1988, 281.

OGH 07.05.1952, 7 Ob 547/92 = EvBl 1992, 793 = SZ 65/73.

OGH 27.05.1970, 7 Ob 86/70 = EvBl 1971, 16 = NZ 1971, 124 = NZ 1972, 91.

OGH 29.10.1975, 1 Ob 222/75.

OGH 16.01.1986, 6 Ob 716/85 = SZ 59/13 = GesRZ 1986, 259.

OGH 12.11.1992, 8 Ob 527/92 = SZ 65/165 = EvBl 1993, 236 = ÖZW 1994, 78.

OGH 15.12.1992, 1 Ob 652/92 = EFSlg 68.982 = EFSlg 69.869 = NZ 1996, 88.

OGH 24.10.1995, 5 Ob 526/95 = EvBl 1996, 111.

OGH 26.05.1998, 4 Ob 136/98y = SZ 71/93.

OGH 25.01.2000, 1 Ob 363/99k = EF 93.461.

OGH 23.10.2000, 6 Ob 189/00p.

OGH 27.09.2001, 5 Ob 30/01z = NZ 2002, 150 = SZ 74/164.

OGH 18.04.2002, 6 Ob 37/02p = ecolex 2002, 508.

OGH 10.07.2003, 6 Ob 109/03 b = RZ 2003, 257 = NZ 2004, 147 = EFSlg 104.637 = EFSlg 104.639.

OGH 29.01.2004, 6 Ob 263/03z = RZ 2004, 138 = ecolex 2004, 442 = NZ 2004, 348 = SZ 2004/15 = NZ 2005, 77 (Müller).

OGH 21.07.2005, 8 Ob 79/04g = Zak 2005, 75 = NZ 2006, 335.

OGH 28.06.2007, 3 Ob 111/07f.

OGH 25.11.2008, 9 Ob 57/07h = iFamZ 2009, 112 = EF-Z 2009, 69 = Zak 2009, 133 = JEV 2009, 68.

OGH 29.10.2009, 9 Ob 48/09p = JBl 2010, 235 (Holzner) = EF-Z 2010, 180 (Jaksch-Ratajczak) = iFamZ 2010, 110 = NZ 2010, 307.

28.04.2010, 3 Ob 240/09d = ÖBA 2010/1641 = RdW 2010, 553 (Info aktuell).

OGH 19.04.2011, 7 Ob 248/11p = NZ 2013, 78 (Umlauf).

OGH 29.09.2011, 2 Ob 186/10g = SZ 2011/122.

OGH 20.11.2012, 5 Ob 116/12p = SZ 2012/122.

OGH 28.10.2013, 8 Ob 55/13s = iFamZ 2014, 41 = AnwBl 2014, 159 = JBl 2014, 180 = Zak 2014, 16 = JEV 2014, 40 = EvBl 2014, 417 = EF-Z 2014, 136 = NZ 2014, 344 = SZ 2013/102 = EFSlg 138.752 = EFSlg 138.753 = EFSlg 138.754 = EFSlg 138.756 = EFSlg 139.887 = EFSlg 139.888 = EFSlg 139.889.

OGH 11.09.2014, 2 Ob 39/14w = JEV 2014/11 = JBl 2014, 795 = NZ 2015, 20 (Battlog) = EF-Z 2015, 38 (Tschugguel) = iFamZ 2015, 39 (Mondel) = ecolex 2015, 273 (Schoditsch) = EFSlg 142.381.

OGH 26.08.2015, 2 Ob 125/15v.

OGH 16.12.2015, 2 Ob 73/15x = Zak 2016, 95 = iFamZ 2016, = NZ 2016, 145 = EFSlg 146.270.

OGH 31.08.2016, 2 Ob 197/15g = Zak 2016, 375 = JEV 2016, 197 = NZ 2017, 18 = JBl 2017, 515 (Kogler).

OGH 27.10.2016, 2 Ob 145/16m = Zak 2017, 15 = NZ 2017, 20 = EF-Z 2017, 85 (Tschugguel) = JEV 2017, 18 = iFamZ 2017, 109 (Schweda) = EvBl 2017, 412 (Apathy) = JBl 2017, 329 = SZ 2016/111 = EFSlg 150.158.

OGH 28.03.2017, 2 Ob 35/17m.

OGH 20.06.2017, 2 Ob 91/16w = NZ 2017, 304 = EF-Z 2017, 226.

OGH 24.09.2018, 2 Ob 119/18s = EFSlg 157.284 = EFSlg 157.286.

OGH 17.12.2019, 2 Ob 174/19f = EFSlg 160.566 = EFSlg 160.568 = EFSlg 162.140.

OGH 06.08.2020, 2 Ob 195/19v = Zak 2020, 334 = EF-Z 2021, 37 (Tschugguel) = EvBl 2021, 234 (Kietaibl) = ecolex 2021, 31 = JBl 2021, 512 (Kogler).

OGH 27.11.2020, 2 Ob 227/19z.

OGH 28.01.2021, 2 Ob 166/20 f.

OGH 24.06.2021, 2 Ob 119/20v = NZ 2021, 457 (Rabl) = NZ 2021, 458 (Kepplinger) = PSR 2021, 124 (Zollner) = EF-Z 2022, 85 (Tschugguel) = JBl 2022, 304 (Kogler).

OGH 28.09.2021, 2 Ob 111/21v = Zak 2021, 375 = PSR 2022, 30.

OGH 15.11.2021, 2 Ob 117/21a = Zak 2022, 54 = JEV 2022, 4 (Hofmann) = EF-Z 2022, 160 (Schwarzenegger) = iFamZ 2022, 151 (Mondel) = JBl 2023, 25 (Knotz).

OGH 22.02.2022, 6 Ob 6/22d = Zak 2022, 132.

OGH 26.04.2022 2 Ob 60/22w = EvBl-LS 2022/101 = Zak 2022, 193 = SZ 2022/39.

OGH 13.12.2022, 2 Ob 223/22s.

OGH 17.01.2023, 2 Ob 214/22 = NZ 2023, 192 (Bertsch) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

OGH 21.02.2023, 2 Ob 244/22d.

OGH 27.06.2023, 2 Ob 105/23i = NZ 2023, 401.

OGH 27.06.2023, 2 Ob 81/23k = NZ 2023, 452 (Krist) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

OGH 25.07.2023, 2 Ob 100/23 d = Zak 2023, 294 = NZ 2023, 505 (Kogler) = EvBl 2024, 100 (Brandstätter) = NZ 2024, 118 (Musger, Rechtsprechungsübersicht).

OGH 21.11.2023, 2 Ob 210/23f = iFamZ 2024, 99 (Entleitner) = NZ 2024, 118 (Musger) = JBl 2024, 244 (Holzner).

OGH 28.05.2014, 2 Ob 79/24t.

VfGH

VfGH 13.12.2016, G 572/15.

ABSTRACT

Das Pflichtteilsrecht verfolgt den Zweck, den pflichtteilsberechtigten Personen einen gewissen Anteil am Vermögen des Verstorbenen zu sichern. Um sicherstellen zu können, dass das Pflichtteilsrecht nicht im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vereitelt wird, ist es erforderlich, zu Lebzeiten des Verstorbenen erfolgte Schenkungen bei der Berechnung des Pflichtteils zu berücksichtigen. Reicht die Verlassenschaft nicht aus, um die Pflichtteilsansprüche zu erfüllen, sehen die Bestimmungen der §§ 789 ff ABGB eine subsidiäre Haftung des Geschenknehmers vor. Mehrere Geschenknehmer haften im Verhältnis des Wertes ihrer Geschenke. Erfüllt ein Geschenknehmer, den gegen ihn bestehender Anspruch nicht, so haftet er nur mit der zugewendeten Sache. Besitzt der Geschenknehmer die geschenkte Sache oder deren Wert nicht mehr, oder hat sich der Wert vermindert, so haftet er im Falle von Unredlichkeit mit seinem gesamten Vermögen. Pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer haften nur mit dem Wert der Schenkung, der ihren Pflichtteil übersteigt. Nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer sind von der Haftung ausgenommen, sofern die Schenkung mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers wirklich gemacht wurde. Weiters ist der Empfänger einer Ausstattung von der Haftung ausgenommen. Damit allenfalls bestehende Haftungsansprüche gegen den Geschenknehmer durchgesetzt werden können, ist es erforderlich, Informationen über zu Lebzeiten des Verstorbenen erfolgte Schenkungen zu erhalten. In engem Zusammenhang mit der Haftung des Geschenknehmers steht daher der in der Bestimmung des § 786 ABGB festgelegte Auskunftsanspruch. Durch das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 wurden einzelne Fragestellungen zum Teil gelöst. Dennoch bestehen weiterhin Unklarheiten und es sind durch die Neuregelungen weitere Problemstellungen hinzugekommen, die im Rahmen dieser Untersuchung behandelt werden. Es erfolgt eine Auseinandersetzung mit den in der Literatur gebotenen Lösungsvorschlägen sowie eine Erörterung der darin vorgebrachten Kritik. Weiters wird versucht, Lösungsansätze zu erarbeiten und Schwächen der gesetzlichen Regelungen aufzuzeigen sowie das Zusammenspiel der einzelnen Bestimmungen darzustellen.