

NZ 2017/86

## Das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015

Durch das Erbrechtsänderungsgesetz 2015<sup>1</sup> (ErbRÄG 2015) hat die Vermögensopfertheorie Eingang in das Gesetz gefunden. Insbesondere ist der Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers maßgeblich für den Beginn der Zweijahresfrist des § 782 ABGB<sup>2</sup> bei der Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigzte Person. Weiters ist eine hinzu- bzw anzurechnende Schenkung im Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers zu bewerten (§§ 755, 788); der so ermittelte Betrag ist sodann nach einem Verbraucherpreisindex der Statistik Austria auf den Todestag zu valorisieren. Obwohl also der Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers große Bedeutung hat, findet sich im Gesetz keine Regelung, wann das Vermögensopfer erbracht ist. Das Ziel dieses Beitrags ist es, auf diese wichtige Frage eine Antwort zu finden.

Von Manfred Umlauf

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Das Vermögensopfer nach der Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015
  1. Lehre
  2. Rechtsprechung
- C. Die durch das ErbRÄG 2015 geschaffene neue Rechtslage
  1. Fehlen einer gesetzlichen Regelung
  2. Gesetzesmaterialien und Äußerungen in der Literatur
  3. In Frage kommende Lösungen und deren Verwerfung
- D. Der Weg zu einer Lösung
  1. Maßgebliche Kriterien für ein sachgerechtes Gesetzesverständnis
  2. Lösungsvorschlag
- E. Folgen dieser Auslegung und Beispiele
  1. Allgemeines
  2. Die praktischen Konsequenzen
    - a) Beginn der Zweijahresfrist (§ 782)
    - b) Bewertung (§§ 755, 788)
    - c) Verbesserung, Abnützung, Verschlechterung, Untergang der geschenkten Sache
      - aa) Verbesserung der geschenkten Sache durch Investitionen des Geschenknehmers
      - bb) Abnützung der geschenkten Sache
      - cc) Verschlechterung/Untergang der geschenkten Sache
  3. Beispiele
- F. Zusammenfassung

sondere wurde das Anrechnungsrecht fast zur Gänze „neu geschrieben“.

Bei der Schenkungsanrechnung hat die **Vermögensopfertheorie** schon **bisher** eine wesentliche Rolle gespielt. Namentlich war dies für den Beginn der Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 Satz 2 aF<sup>3</sup> maßgeblich.

Die Vermögensopfertheorie ist keine „Erfindung“ der Praxis, sondern ihre **Wurzeln** gehen auf einen legislativen Akt und auf die diesbezüglichen Gesetzesmaterialien zurück: § 785 Abs 2 letzter Satz idF 3. Teilnovelle 1916<sup>4</sup> sah nämlich vor, dass die Zweijahresfrist bei Schenkungen unter Ehegatten nicht vor Auflösung oder Scheidung der Ehe beginnt. Die diesbezüglichen Materialien<sup>5</sup> führen dazu aus, dass bei der wenigstens tatsächlich bestehenden Gemeinschaft der Güter in der Ehe die Begünstigung des Beschenkten eigentlich erst in dem Augenblick in Erscheinung tritt, in welchem diese Gemeinschaft wegfällt. Noch deutlicher kommt es in den ErläutRV<sup>6</sup> zum Ausdruck: „Bei Schenkungen unter Ehegatten kann diese Frist sachgemäß erst von der Auflösung der Ehe oder ehelichen Gemeinschaft berechnet werden, weil vorher der Geschenkgeber zumeist auch im Genusse des geschenkten Gegenstandes war und gerade solche Schenkungen leicht zur absichtlichen Verletzung des Pflichtteilsanspruches missbraucht werden.“ § 785 Abs 2 letzter Satz idF 3. Teilnovelle 1916 ist bei der Reform des Ehegattenerbrechts 1978<sup>7</sup> ersatzlos weggefallen. Dies ist allerdings nur geschehen, weil die Gesetzesverfasser die Bestimmung als überflüssig angesehen haben, und zwar deshalb, weil dem Ehegatten im Rahmen der Erbrechtsnovelle 1978 erstmals ein gesetzliches Pflichtteilsrecht eingeräumt wurde und aus diesem Grund eine Schenkung an den pflichtteilsbe-

### A. Einleitung

Mit dem ErbRÄG 2015 wurde das Erbrecht des ABGB einer grundlegenden Novellierung unterzogen. Insbe-

<sup>1</sup> BGBl I 2015/87.

<sup>2</sup> Paragrafenzitate ohne nähere Angaben beziehen sich auf das ABGB idF ErbRÄG 2015 (BGBl I 2015/87). Sofern sich das Paragrafenzitat auf die Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 bezieht, wird dies durch den Zusatz „aF“ zum Ausdruck gebracht.

<sup>3</sup> Zur diesbezüglichen L und Rsp wird auf den nachfolgenden Abschnitt B verwiesen.

<sup>4</sup> Der nachmalige 3. Abs des § 785 aF war idF 3. Teilnovelle 1916 mit 2. bezeichnet; im Zuge der Reform des Ehegattenerbrechts 1978 (BGBl 1978/280) wurde ein neuer 2. Abs eingefügt, sodass der bisherige 2. Abs sodann zum 3. Abs wurde.

<sup>5</sup> Herrenhausbericht 116.

<sup>6</sup> 2 BlgHH 21. Sess 115.

<sup>7</sup> BGBl 1978/280.

rechtigten Ehegatten ohnedies unbefristet anzurechnen war.<sup>8</sup> Aus dieser Rechtsentwicklung und den in den Materialien dazu enthaltenen Erläuterungen lässt sich somit klar ableiten, dass die Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 letzter Satz aF nach der Absicht des historischen Gesetzgebers nicht zu laufen beginnen sollte, bevor der Geschenkgeber das Vermögensopfer endgültig erbracht hat. „Wiederentdeckt“ hat die Vermögensopfertheorie, ohne sich explizit auf sie zu berufen, *Kralik*<sup>9</sup>. In weiterer Folge hat auch *Schauer*<sup>10</sup> die Vermögensopfertheorie iZm der Privatstiftung ins Spiel gebracht.

Im **neuen Hinzu- und Anrechnungsrecht** kommt das Vermögensopfer in vier Gesetzesstellen vor. Dabei wird in wichtigen zeitlichen Fragen jeweils auf den Zeitpunkt abgestellt, in dem „die Schenkung wirklich gemacht“ wurde: Es sind dies die Bestimmungen **§ 755 Abs 1** (Zeitpunkt der Schenkungsbewertung iZm der Hinzu- und Anrechnung im Rahmen der Erbfolge); **§ 782 Abs 1** (Beginn der Zweijahresfrist bezüglich der Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen); **§ 788** (Zeitpunkt der Schenkungsbewertung iZm der Hinzu- und Anrechnung im Rahmen der Pflichtteilsermittlung); **§ 792** (Schenkungsanfechtung wegen Pflichtteilsverkürzung).<sup>11</sup>

Obwohl die Vermögensopfertheorie, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, nach der durch das ErbRÄG 2015 geschaffenen neuen Rechtslage eine bedeutende Rolle spielt, hat es der Gesetzgeber dennoch unterlassen zu regeln, welche Kriterien für die Erbringung des Vermögensopfers erfüllt sein müssen.

Nachfolgend soll die **L und Rsp** zur Vermögensopfertheorie nach der Rechtslage **vor** dem ErbRÄG 2015 skizziert werden (siehe nachfolgenden Abschnitt B). Dies erscheint notwendig bzw wichtig, da sich die Frage stellen wird, ob die damals entwickelten Grundsätze auch für die durch das ErbRÄG 2015 geschaffene neue Rechtslage unverändert oder in welcher (veränderten) Form beachtlich sind (siehe Abschnitte C und D).

<sup>8</sup> 136 BlgNR 14. GP 18; *Schauer*, Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personenhandelsgesellschaften (1999) 126 f.

<sup>9</sup> *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 304 f.

<sup>10</sup> Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personenhandelsgesellschaften 128; *ders*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 251 (253). Auch der Verfasser dieser Arbeit hat sich auf die Vermögensopfertheorie berufen (Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht [2001] 210 ff).

<sup>11</sup> *Rabl*, NZ 2015, 341, „bemängelt“, dass er in den Bestimmungen des § 783 Abs 1 Satz 1 und 2 und des § 782 Abs 2 die Beifügung „wirklich“ nicht findet. Dort werde nur auf „machen“ abgestellt. Dazu ist zu bemerken, dass in den von *Rabl* zitierten Bestimmungen das Vermögensopfer keine Bedeutung hat. IdZ kommt es mE auf den Zeitpunkt des schuldrechtlichen Vertragsabschlusses an.

## B. Das Vermögensopfer nach der Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015

Die **Anwendung der Vermögensopfertheorie** ist im Grundsatz sowohl in der L wie auch in der Rsp unbestritten (siehe nachfolgende Abschnitte 1 und 2). Allerdings bestehen schon bezüglich der Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 große Meinungsdivergenzen über den Inhalt der Vermögensopfertheorie, das heißt, es wird breit diskutiert, welche Rechte bzw Nutzungsmöglichkeiten der Geschenkgeber bezüglich der geschenkten Sache aufgegeben haben muss, damit das Vermögensopfer bejaht werden kann und dadurch die Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 letzter Satz aF in Gang gesetzt wurde.

### 1. Lehre

In der L werden zur bisherigen Rechtslage folgende Meinungsströmungen vertreten: Teilweise wird gelehrt, dass nur die dem Geschenkgeber zustehende Möglichkeit, das geschenkte Gut wieder in sein Eigentum zurückzuerlangen, das Vermögensopfer ausschließt.<sup>12</sup> Der Verfasser dieser Arbeit und andere wiederum sehen ein Hindernis für das Vermögensopfer nicht nur in der Möglichkeit der Wiedererlangung des Eigentums an der geschenkten Sache, sondern schon in gewissen Nutzungs- und Einflussmöglichkeiten am bzw bezüglich des Geschenksguts.<sup>13, 14</sup> Der Verfasser dieser Arbeit hat seine Meinung mit der im vorstehenden Abschnitt A dargelegten Absicht des historischen Gesetzgebers des Jahres 1916 begründet, wonach bei den Ehegatten schon ein faktisches Mitbenützungrecht das Vermögensopfer ausgeschlossen hat.

<sup>12</sup> *Schauer*, OGH: Schutz der Pflichtteilsberechtigten gegenüber Privatstiftung, JEV 2007, 90 (91 f); *Zollner*, Die neuen Herausforderungen an das Erbrecht, Stiftungsrecht und Pflichtteilsrecht – ein unlösbarer Widerspruch? EF-Z 2008/2, 4 (5 f); *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015 – der „neue“ Rechtsrahmen zur Berücksichtigung stiftungsnaher Transaktionen, JEV 2015, 120 (124 ff); *Kletečka*, Pflichtteilsrechtliche Behandlung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2, 4 (5 ff); *N. Arnold*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU-ErbVO, GesRZ 2015, 346 (347 f); *A. Tschugguel*, EF-Z 2017/20, 41 (Entscheidungsbesprechung).

<sup>13</sup> *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht<sup>3</sup> 304 f; *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht 210 ff; *ders*, Pflichtteilsermittlung im Zusammenhang mit Privatstiftungen – gleichzeitig ein Beitrag zur Vermögensopfertheorie im Anrechnungsrecht des Pflichtteilsrechtes, in FS Binder (210) 883 (886 ff); *ders*, Vermögensopfertheorie – Replik auf Kletečka, PSR 2012/32, 105 (106 ff); *Zollner*, PSR 2015, 187 f (Entscheidungsbesprechung); vgl auch *Limberg*, Privatstiftung und Erbrecht (2006) 31 ff.

<sup>14</sup> Siehe auch die Zusammenfassung der bisherigen Meinungsströmungen bei *Rabl*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015/107, 321 (341), *Schneiderbauer/Zwick*, Die Privatstiftung und die Erbringung des Vermögensopfers, PSR 2017/2, 4 (6 ff), *Welser*, Erbrechtsreform, 17. ÖJT Band II/2, 148 ff (jeweils mwN).

## 2. Rechtsprechung

Der OGH wendet die Vermögensopfertheorie, nachdem er diese erstmals iZm einer Privatstiftung herangezogen hat,<sup>15</sup> auch auf die Schenkung von Liegenschaften an.<sup>16</sup> Dabei nimmt das Höchstgericht – in einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechungslinie – aus Gründen der **Rechtssicherheit** eine **typisierende Betrachtung** vor: Das Vermögensopfer ist demnach nur dann nicht erbracht, wenn sich der Geschenkgeber bezüglich des Geschenkguts ein **Widerrufsrecht** oder/und ein **umfassendes Nutzungsrecht (Fruchtgenussrecht)** vorbehalten.<sup>17, 18</sup>

### C. Die durch das ErbRÄG 2015 geschaffene neue Rechtslage

#### 1. Fehlen einer gesetzlichen Regelung

Durch das ErbRÄG 2015 hat die Vermögensopfertheorie Eingang in das Gesetz gefunden, indem darauf abgestellt wird, dass eine Schenkung „wirklich gemacht“ wurde (§ 755 Abs 1; § 782 Abs 1; §§ 788, 792).<sup>19</sup> Im Gesetz fehlt jedoch eine Regelung, unter welchen Voraussetzungen das Vermögensopfer erbracht bzw nicht erbracht ist. Aus dem Gesetz ist lediglich zu entnehmen, dass die Schenkung „wirklich gemacht“ sein muss.<sup>20</sup>

#### 2. Gesetzesmaterialien und Äußerungen in der Literatur

Nach den **Gesetzesmaterialien**<sup>21</sup> soll es „für den Beginn des Fristenlaufes in Anlehnung an die ‚**Vermögensopfertheorie**‘ (Welser, Reform des Erbrechts 153f) darauf ankommen, wann die Schenkung wirklich gemacht wurde, also der Verstorbene das Vermögensopfer in Bezug auf die Zuwendung endgültig erbracht hat. Dies ist der Fall, wenn der Schenkungsvertrag ohne Widerrufsvorbehalt oder Möglichkeit des Rückerwerbs des Zuwendenden in Bezug auf die zugewendete Sache erfüllt worden ist (vgl auch Umlauf, Anrechnung 211 f). Insbe-

sondere ein Rückschenkungsangebot des Geschenknehmers, der Widerruf der Privatstiftung, wenn der Stifter Letztbegünstigter ist, sowie andere Stifterrechte, die zum Rückerwerb verwendet werden können, führen dazu, dass das Vermögensopfer noch nicht erbracht wurde. Durch ein bloßes Nutzungsrecht wird das Vermögensopfer aber regelmäßig nicht ausgeschlossen.“

Nach der **Absicht des Gesetzgebers** des ErbRÄG 2015 wird also das Vermögensopfer nur ausgeschlossen, wenn der Geschenkgeber in der Lage ist, sich (jederzeit) wieder das **Eigentumsrecht** an der geschenkten Sache zu **verschaffen**. Der Vorbehalt eines Nutzungsrechts (mE also auch eines Fruchtgenussrechts) schließt das Vermögensopfer demnach nach der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Absicht des Gesetzgebers **nicht** aus.<sup>22</sup>

Die Äußerungen in der Literatur zur Frage, wann das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015 als erbracht anzusehen ist, sind vage:

*Klampf*<sup>23</sup>, *Schauer*<sup>24</sup> und *Rucker*<sup>25</sup> scheinen der in den Gesetzesmaterialien (ansatzweise) zum Ausdruck kommenden Ansicht zu folgen, wonach ein vorbehaltenes Nutzungsrecht das Vermögensopfer nicht ausschließt. Gegenteiliges vertreten *Hasch/Wolfgruber*<sup>26</sup>, *Eccher*<sup>27</sup> äußert sich vorsichtig dahin, dass im Lichte der jüngsten Rsp<sup>28</sup> durch Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts das Vermögensopfer wohl als nicht erbracht anzusehen ist. *Schneiderbauer/Zwick*<sup>29</sup> übernehmen die Position der Rsp, wonach das Vermögensopfer nur dann nicht erbracht ist, wenn sich der Geschenkgeber die Rückgängigmachung der Schenkung oder/und alle Nutzungsrechte (Fruchtgenussrecht) vorbehalten. Auch *Musger*<sup>30</sup> geht davon aus, dass der OGH naheliegenderweise bei der bisherigen RspLinie bleiben wird, zumal die letz-

<sup>15</sup> 10 Ob 45/07 a EF-Z 2007, 187 (Zollner) = eolex 2007, 674 (Limberg) = GesRz 2007, 437 (N. Arnold).

<sup>16</sup> 2 Ob 39/14 w NZ 2015/6 (Battlogg) = EF-Z 2015/26 (A. Tschugguel) = iFamZ 2015/36 (Mondel) = eolex 2015/97 (Schoditsch); 2 Ob 125/15 v JBI 2015, 705 = EF-Z 2015/162 (A. Tschugguel) = eolex 2015/445 (Fritzer); 2 Ob 185/15 t NZ 2016/60; 2 Ob 144/16 i EF-Z 2017/20 (A. Tschugguel); 2 Ob 220/15 i EF-Z 2017/21 (A. Tschugguel).

<sup>17</sup> 2 Ob 125/15 v JBI 2015, 705 = EF-Z 2015/162 (A. Tschugguel) = eolex 2015/445 (Fritzer); 2 Ob 185/15 t NZ 2016/60; 2 Ob 144/16 i EF-Z 2017/20 (A. Tschugguel); 2 Ob 220/15 i EF-Z 2017/21 (A. Tschugguel).

<sup>18</sup> Eine etwas andere Haltung zum Vermögensopfer nimmt der FL OGH ein. Dort genügt schon ein bestimmter Einfluss des Stifters auf die Stiftung bzw die Möglichkeit, dass er Begünstigter ist bzw werden kann, für den Ausschluss des Vermögensopfers (zu alldem Bösch, ZStV 2016, 21 mwN).

<sup>19</sup> RV 688 BlgNR 25. GP 34.

<sup>20</sup> *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 220 (mwN).

<sup>21</sup> RV 688 BlgNR 25. GP 34.

<sup>22</sup> *Musger* (in KBB<sup>5</sup> §§ 782–783 Rz 5) vertritt zwar unter Berufung auf *Zollner* (PSR 215, 187 f [Entscheidungsbesprechung]) die Meinung, dass die Rsp mit dem Wortlaut der zitierten Gesetzesmaterialien vereinbar wäre. Den dort verwendeten Begriff „bloßes Nutzungsrecht“ verstehen *Musger* und *Zollner* (jeweils aaO) offenbar iS eines persönlichen Gebrauchsrechts. Das ist mE aber zu bezweifeln: Im Satz davor ist in den Gesetzesmaterialien die Rede davon, dass das Rückerwerbsrecht des Geschenkgebers bezüglich der geschenkten Sache das Vermögensopfer ausschließt. Im Gegensatz dazu werde jedoch das Vermögensopfer durch ein „bloßes Nutzungsrecht“ nicht ausgeschlossen. ME wollen die Gesetzesmaterialien dadurch zum Ausdruck bringen, dass im Gegensatz zum Rückerwerbsrecht des Geschenkgebers ein Nutzungsrecht (welcher Art auch immer) allein nicht geeignet ist, das Vermögensopfer auszuschließen.

<sup>23</sup> JEV 2015, 123 ff.

<sup>24</sup> Familie und Erbrecht, in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch 731.

<sup>25</sup> Die Anrechnung im neuen Erbrecht, NZ 2016/31, 81 (87).

<sup>26</sup> Potentielle Verschärfung pflichtteilsrechtlicher Auseinandersetzungen durch das ErbRÄG 2015, PSR 2016, 21 (23).

<sup>27</sup> Erbrechtsreform (2016) Rz 167.

<sup>28</sup> Siehe Abschnitt B.2.

<sup>29</sup> Die Privatstiftung und die Erbringung des Vermögensopfers, PSR 2017/2, 4 (8 ff).

<sup>30</sup> In KBB<sup>5</sup> §§ 782–783 Rz 3.

ten „Vermögensopfer-Entscheidungen“ schon **nach** der Verabschiedung der neuen gesetzlichen Regelung ergangen seien.<sup>31</sup> Festzuhalten ist aber, dass die Entscheidungen zwar in Kenntnis der neuen Bestimmungen, aber tatsächlich zur alten Rechtslage ergangen sind. Andere Autoren bedauern, dass der Gesetzgeber diese Frage nicht geregelt hat, ohne jedoch inhaltlich zur Streitfrage Stellung zu nehmen.<sup>32</sup>

Zur Frage, wann iZm einer **Schenkung auf den Todesfall** das Vermögensopfer nach der neuen Rechtslage erbracht ist, nimmt *Schauer*<sup>33</sup> Stellung: Die Schenkung auf den Todesfall ist gemäß § 603 nunmehr auch nach dem Tod des Geschenkgebers als Schenkung zu behandeln; sie unterliege daher als solche der Hinzu- und gegebenenfalls der Anrechnung. Wenn der Geschenkgeber nach der Schenkung auf den Todesfall an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person noch zumindest zwei Jahre lebe, würde die Anrechnung nach der in den Gesetzesmaterialien geäußerten Ansicht unterbleiben, da der Geschenkgeber nur ein Nutzungsrecht, jedoch keine Möglichkeit habe, die geschenkte Sache in sein **freies** Eigentum zu erhalten.<sup>34</sup> Die Pflichtteilsberechtigten gingen insoweit leer aus. Dies wäre nach *Schauer*<sup>35</sup> dann der Fall, wenn für den Beginn der Zweijahresfrist der Abschluss des schuldrechtlichen Titelgeschäfts maßgeblich wäre. *Schauer* kommt aaO zum Ergebnis, dass diese Ansicht, nachdem die Vermögensopfertheorie gesetzlich verankert wurde und die Vertragstheorie bezüglich der Schenkung auf den Todesfall ins Gesetz Eingang gefunden hat (§ 603), nicht mehr aufrechterhalten werden kann. Bei der Schenkung auf den Todesfall sei daher das Vermögensopfer **vor** dem Tod des Geschenkgebers **unter keinen Umständen** als erbracht anzusehen.<sup>36</sup>

<sup>31</sup> Ähnlich auch *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 782 Rz 3, wonach den Gesetzesmaterialien kein Hinweis entnommen werden könne, dass der Gesetzgeber an dem zuletzt von der Judikatur eingeschlagenen Weg Änderungen vornehmen wollte. Dies ist mE allerdings zu bezweifeln (siehe FN 22).

<sup>32</sup> *Kletečka*, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 99 ff; *Müller/Metzler*, Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht, in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erbrecht NEU (2015) 93.

<sup>33</sup> In *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 220 f.

<sup>34</sup> Der Geschenkgeber ist natürlich Eigentümer, aber eben durch die unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall schuldrechtlich gebunden und daher nicht frei.

<sup>35</sup> AaO.

<sup>36</sup> Die Sichtweise von *Schauer* wird dadurch untermauert, dass der Gesetzgeber diesen „Schwenk“ von der Vermächtnis- zur Vertragstheorie im Zuge des Begutachtungsverfahrens offenbar im Hinblick auf entsprechende Stellungnahmen vollzogen hat (RV 688 BlgNR 25. GP 12; siehe auch *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 198 FN 12 f mit weiteren Details und Nachweisen; *Ferrari*, Vermächtnis und Schenkung auf den Todesfall, in *Rabl/Zöchling-Jud* [Hrsg], Das neue Erbrecht [2015] 57 [65 ff]). Dies schien offenbar unproblematisch, da die Vermögensopfertheorie ins Gesetz Eingang gefunden hat und somit die Schenkung auf den Todesfall der Hinzu- bzw Anrechnung dadurch nicht „entgehen“ kann.

### 3. In Frage kommende Lösungen und deren Verwerfung

Theoretisch ist denkbar, die gefestigte **RspLinie des OGH** fortzuführen.<sup>37</sup> Demnach wäre das Vermögensopfer – abgesehen von der Möglichkeit des Schenkungswiderrufs – nur durch Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts ausgeschlossen, während bei Vorbehalt eines „schwächeren“ Nutzungsrechts wie zB eines Wohnungsgebrauchsrechts das Vermögensopfer trotzdem als erbracht anzusehen wäre. Dieser Ansatz begegnet jedoch bei näherer Betrachtung mehreren Bedenken:

Wie vorstehend dargelegt, sehen die **Gesetzesmaterialien**<sup>38</sup> das Vermögensopfer nur dann als nicht erbracht, wenn dem Geschenkgeber ein nach seinem freien Willen ausübbares Recht zusteht, das Eigentum an der geschenkten Sache wieder zurückzuerlangen, wohingegen ein vorbehaltenes Nutzungsrecht (offenbar welcher Art auch immer) diesbezüglich ohne Einfluss ist. Da dem Gesetz bezüglich der Frage des Vermögensopfers nichts entnommen werden kann, kommt den Gesetzesmaterialien diesbezüglich umso größeres Gewicht zu. Die Fortführung der bisherigen RspLinie des OGH auf der Grundlage der durch das ErbRÄG 2015 geschaffenen neuen Rechtslage scheint daher unter diesem Aspekt **problematisch**.<sup>39</sup>

Weiters ist auf die typisierende Betrachtung des OGH und auf die damit angestrebte **Rechtssicherheit** näher einzugehen: Diesem oberstgerichtlichen Argument kommt in einer Zeit, wo die Rechtslage immer komplexer und unübersichtlicher wird, besonderes Gewicht zu. Es ist allerdings fraglich, ob die Rechtssicherheit durch das Ziehen einer Trennlinie zwischen umfassendem Nutzungsrecht einerseits (Vermögensopfer ist nicht erbracht) und schwächeren Nutzungsrechten andererseits (Vermögensopfer ist erbracht) tatsächlich erreicht wird. Zu denken ist etwa an folgende Sachverhalte:

1. Gegenstand des Schenkungsvertrags ist ein (nicht parifiziertes) Haus mit drei Etagen, wobei die oberste Etage (Dachgeschoß) kleiner ist. In jeder Etage befindet sich eine Wohnung. Zum Haus gehören weiters ein Garten und vier Garagenplätze. Der Übergeber behält sich das umfassende Nutzungsrecht (Fruchtgenussrecht) an der Wohnung im Erdgeschoß und an zwei Garagen sowie das Mitbenützungsrecht am Garten vor. Ein Sachverhalt, der in der Praxis nicht selten vorkommt. Inwieweit ist das Vermögensopfer nunmehr erbracht?

2. Der Geschenkgeber behält sich das Recht vor, die gesamte übergebene Immobilie – mit wem auch immer – selbst zu bewohnen. Soweit er dieses Recht nicht ausübt, ist der Geschenknehmer verpflichtet, die Immobilie zu vermieten und dem Geschenkgeber eine monatliche Leibrente zu bezahlen, deren

<sup>37</sup> 2 Ob 39/14w NZ 2015/6 (*Battlogg*) = EF-Z 2015/26 (*A. Tschugguel*) = iFamZ 2015/36 (*Mondel*) = ecoloex 2015/97 (*Schoditsch*); 2 Ob 125/15v JBl 2015, 705 = EF-Z 2015/162 (*A. Tschugguel*) = ecoloex 2015/445 (*Fritzer*); 2 Ob 185/15t NZ 2016/60; 2 Ob 144/16i EF-Z 2017/20 (*A. Tschugguel*); 2 Ob 220/15i EF-Z 2017/21 (*A. Tschugguel*).

<sup>38</sup> RV 688 BlgNR 25. GP 34.

<sup>39</sup> *Musger* (in KBB<sup>5</sup> §§ 782–783 Rz 5) sieht allerdings die bisherige Rsp von den Gesetzesmaterialien noch gedeckt (siehe FN 22).



hen ist, folgendes Gesetzesverständnis **am ehesten sachgerecht** zu sein:

Der **Vorbehalt irgendeines Nutzungsrechts** ist für die Frage, ob das Vermögensopfer erbracht ist, **irrelevant** (siehe vorstehenden Abschnitt 1 (i) bis (iii)).<sup>48</sup> Dasselbe gilt für den Zeitpunkt des **Abschlusses des Titelgeschäfts** (siehe vorstehenden Abschnitt 1 (iv)); dieser Zeitpunkt ist iZm dieser Frage ebenfalls ohne Bedeutung.

Wenn somit im Hinblick auf die Gesetzesmaterialien ein vorbehaltenes Nutzungsrecht (welcher Art auch immer) und iS einer sachgerechten Lösung bezüglich der Schenkung auf den Todesfall auch der Zeitpunkt des Abschlusses des Titelgeschäfts ohne Bedeutung für das Vermögensopfer sind, ist das Augenmerk auf den **sachenrechtlichen Zuordnungswechsel**, also auf den **Eigentumsübergang** der geschenkten Sache, zu lenken: Es kann in Erwägung gezogen werden, das Vermögensopfer infolge des sachenrechtlichen Eigentumsübergangs als erbracht anzusehen,<sup>49</sup> wenn dem Geschenkgeber **kein Recht** zusteht, das **Eigentum** an der Sache nach seinem freien Willen **wiederzuerlangen**. Demnach wäre also schädlich und somit das Vermögensopfer in folgenden Fällen als **nicht** erbracht anzusehen:

- Dem Geschenkgeber steht ein freies (von seiner Entscheidung abhängiges) Schenkungswiderrufsrecht zu.
- Der Geschenkgeber hat ein von einer Voluntativbedingung abhängiges Schenkungswiderrufsrecht (es steht also in seiner Macht, den Bedingungseintritt herbeizuführen).
- Der Geschenknehmer hat dem Geschenkgeber ein Anbot auf Rückschenkung unterbreitet, das der Geschenkgeber jederzeit oder nach Eintritt einer von seinem Willen abhängigen Bedingung ausüben kann.
- Dem Stifter einer Privatstiftung steht nach der Stiftungserklärung oder nach der Gestaltung des Vermögenswidmungsakts das Recht zu, das gestiftete Vermögen wieder zurückzuerhalten (insbesondere Widerrufsrecht und/oder entsprechendes Änderungsrecht bezüglich der Stiftungserklärung und/oder auflösende Voluntativbedingung bezüglich der Vermögenswidmung).

Präzisierend ist festzuhalten, dass das Vermögensopfer aber **spätestens** mit dem **Tod des Geschenkgebers** erbracht ist. Dass der Abschluss des Titelgeschäfts nicht relevant sein kann, wird dem Umstand geschuldet, dass es diesfalls bei der Schenkung auf den Todesfall zu nicht sachgerechten Ergebnissen käme. iS einer **einheitlichen Sichtweise** kommt als alternativer Zeitpunkt daher

der **sachenrechtliche Zuordnungswechsel (Eigentumsübergang)** in Frage. Da im Hinzu- und Anrechnungsrecht die Bewertung im Todeszeitpunkt fokussiert (§§ 755, 788), ist es wertungskonsistent, den für die Bewertung relevanten Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers spätestens mit dem **Tod des Geschenkgebers** anzunehmen. Würde man ausnahmslos auf den Eigentumsübergang abstellen, käme es bei der Schenkung auf den Todesfall regelmäßig, bei sonstigen Schenkungen gelegentlich bezüglich des erbrachten Vermögensopfers zu einem nach dem Tod des Geschenkgebers liegenden Zeitpunkt.<sup>50</sup> Dies wäre – wie erwähnt – in Bezug auf die Bewertung systemwidrig. Was den Beginn der Zweijahresfrist anbelangt, kann der Tod des Geschenkgebers problemlos als spätester Zeitpunkt für das erbrachte Vermögensopfer angenommen werden, ohne dass dies zu systemwidrigen Ergebnissen führt. Die Zweijahresfrist kann dann nämlich – insbesondere auch bei der Schenkung auf den Todesfall – im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers niemals abgelaufen sein, was sachgerecht ist.

Der **Eigentumsübergang** bzw der **Tod des Geschenkgebers** sind jeweils konkret fassbare Zeitpunkte. Auch die Frage, ob dem Geschenkgeber ein nach seinem freien Willen ausübbares **Recht auf Rückerlangung des Eigentums** an der geschenkten Sache zusteht, ist relativ klar zu beantworten. Somit erfüllt diese Lösung weitestgehend auch das vom OGH aufgestellte Postulat der **Rechtssicherheit** (siehe vorstehenden Abschnitt 1 (ii) und (iii)).

Gegen diese Lösung könnte allenfalls folgendes Argument vorgebracht werden: Der OGH sieht die wirtschaftliche Situation des Geschenkgebers, der sich ein umfassendes Nutzungsrecht (Fruchtgenussrecht) vorbehält, identisch mit jener des Geschenkgebers auf den Todesfall.<sup>51</sup> Beide haben das Recht, die Sache uneingeschränkt zu nutzen. Nun könnte in der hier erzielten Lösung das Problem gesehen werden, dass bei der Schenkung gegen Vorbehalt des Fruchtgenussrechts das Vermögensopfer im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs und jenes bei der Schenkung auf den Todesfall im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers erbracht ist. Dies führt natürlich zu unterschiedlichen Bewertungsfolgen, indem die Bewertung im ersten Fall im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs mit Valorisierung nach dem Verbraucherpreisindex auf den Todeszeitpunkt und im letztgenannten Fall im Todeszeitpunkt vorzunehmen

<sup>48</sup> Ebenso Rucker, NZ 2016, 87; H.Hügel/Aschauer, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 227 (252 ff); Schauer in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 220.

<sup>49</sup> Im Ergebnis andeutungsweise ebenso A. Tschugguel, EF-Z 2017/20 (Entscheidungsbesprechung).

<sup>50</sup> Dies wäre der Fall, wenn bei einer Schenkung – der diesbezügliche Vertrag muss notwendigerweise vor dem Tod des Geschenkgebers abgeschlossen sein – die sachenrechtliche Erfüllungshandlung (Modus) erst nach dem Tod des Geschenkgebers erfolgt (also die Intabulation des Eigentums bei unbeweglichen Sachen bzw die Übergabe bei beweglichen Sachen).

<sup>51</sup> 2 Ob 125/15 v EF-Z 2015/162 (A. Tschugguel) = ecolex 2015/445 (Fritzer).

ist. Dies wird vielfach zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.<sup>52</sup>

Bei näherer Betrachtung ist aber die Rechtsposition des **Geschenkgebers auf den Todesfall** doch **stärker** im Vergleich zu jener des Geschenkgebers, der sich ein Fruchtgenussrecht vorbehalten hat. Neben dem umfassenden Nutzungsrecht, das beiden Geschenkgebern in gleicher Weise zusteht, ist die Position des Geschenkgebers auf den Todesfall zusätzlich durch folgende Rechte **gestärkt**:

- Gemäß § 603 ist nunmehr auch bei der Schenkung auf den Todesfall die Bestimmung des § 1253 anzuwenden, wonach dem Geschenkgeber im Todeszeitpunkt mindestens  $\frac{1}{4}$  seines Vermögens zur freien Verfügung stehen muss. Insoweit kann es also zur Beschneidung des Schenkungsvertrags auf den Todesfall kommen.<sup>53</sup> Dies kann also dazu führen, dass die Schenkung auf den Todesfall, soweit diese mit § 1253 kollidiert, teilweise unwirksam und der Geschenkgeber somit insoweit von der Schenkungspflichtung befreit wird.
- Bei der Schenkung auf den Todesfall bleibt der Geschenkgeber bis zu seinem Ableben Eigentümer der geschenkten Sache, wohingegen dem Geschenkgeber bei vorbehaltenem Fruchtgenussrecht lediglich die Rechtsstellung eines Dienstbarkeitsberechtigten zukommt. Es sollte, wie die Vertragspraxis zeigt, nicht übersehen werden, dass es für viele sehr bedeutsam ist, wenn sie **Eigentümer** bleiben und nicht auf die Position von Dienstbarkeitsberechtigten reduziert werden.
- Bei der Schenkung auf den Todesfall gehört die geschenkte Sache auch weiterhin zum Haftungsfonds des Geschenkgebers. Dies „manifestiert“ sich gleichsam in zwei Gesetzesbestimmungen:
  - Gemäß § 58 Z 3 IO können Ansprüche aus Schenkungen nicht als Insolvenzforderungen geltend gemacht werden.

<sup>52</sup> Es ist allerdings Folgendes zu beachten: Im ersten Fall ist das Fruchtgenussrecht wertmindernd in Abzug zu bringen. Der verbleibende Schenkungsanteil ist sodann nach dem Verbraucherpreisindex auf den Todeszeitpunkt zu valorisieren. Im zweiten Fall findet kein wertmindernder Abzug eines Nutzungsrechts statt; dafür erfolgt aber die Bewertung im Todeszeitpunkt mit dem dann durch Abnutzung möglicherweise wesentlich verschlechterten Zustand. Unter diesem Aspekt können sich beide Ergebnisse wiederum annähern. Offen bleibt natürlich bei Immobilien, wie sich die Liegenschaftspreise einerseits und der Verbraucherpreisindex andererseits entwickeln. Diese Ungewissheit nimmt aber der Gesetzgeber, wie sich aus den Bestimmungen der §§ 755, 788 leicht ersehen lässt, billigend in Kauf.

<sup>53</sup> Der Verfasser dieser Arbeit ist zwar dafür eingetreten, dass die gesetzliche Anordnung in § 603 in Bezug auf die Anwendung des § 1253 einschränkend ausgelegt wird. Dennoch verbleibt auch bei der restriktiven Auslegung ein Anwendungsbereich für § 1253 bei der Schenkung auf den Todesfall (Umlauf, Die Anwendung des § 1253 ABGB auf die Schenkung auf den Todesfall, EF-Z 2017/2, 4 ff).

- Seit dem ErbRÄG 2015 wird diese Bestimmung sogar noch „übertroffen“: Indem § 603 normiert, dass § 1253 auch für die Schenkung auf den Todesfall gilt, muss also der Schenkungsanspruch nicht erst in der Insolvenz des Geschenkgebers, sondern schon dann und insoweit zurücktreten, als dem Geschenkgeber im Zeitpunkt seines Ablebens nicht mehr mindestens  $\frac{1}{4}$  seines Vermögens unbelastet zur Verfügung steht.<sup>54</sup>

Trotz des identen Nutzungsrechts ist es also nachvollziehbar, dass bei der Schenkung auf den Todesfall im Hinblick auf die damit verbundene stärkere Position des Geschenkgebers das Vermögensopfer erst in seinem Todeszeitpunkt (und damit später als bei der Schenkung gegen Vorbehalt des Fruchtgenussrechts) als erbracht gilt.

Nachdem diese Lösung den im vorstehenden Abschnitt 1 herausgearbeiteten **Kriterien** entspricht, eine **einheitliche Sichtweise** gewährleistet ist und auch im **Gesetzeswortlaut** Deckung findet, erscheint durch sie die Frage nach dem Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers sachgerecht beantwortet zu sein.

**Kurz zusammengefasst** heißt dies:

*Das Vermögensopfer ist erbracht, sobald das Eigentumsrecht an der geschenkten Sache auf den Beschenkten übergegangen ist und dem Geschenkgeber kein Recht (mehr) zusteht, die Rückübertragung des Eigentums an der geschenkten Sache nach seinem freien Willen auf sich zu erwirken. Spätestens ist das Vermögensopfer im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers als erbracht anzusehen. Ein vorbehaltenes Nutzungsrecht – gleich welcher Art – hat idZ keine Bedeutung.*

## E. Folgen dieser Auslegung und Beispiele

### 1. Allgemeines

Dieses Auslegungsergebnis führt dazu, dass das Vermögensopfer tendenziell **früher** als nach der bisherigen Rechtslage als erbracht anzusehen ist. Dies vor allem deshalb, weil ein vorbehaltenes Nutzungsrecht – gleich welcher Art – das Vermögensopfer nicht ausschließt. Dies ist das Ergebnis der **Analyse des Gesetzestextes** unter Beachtung der in den Gesetzmaterialelementen zum Ausdruck kommenden **Absicht des Gesetzgebers** des ErbRÄG 2015 und des vom OGH wiederholt betonten Gesichtspunkts der **Rechtssicherheit**.

### 2. Die praktischen Konsequenzen

Die **praktischen Konsequenzen** sind freilich **erheblich**:

#### a) Beginn der Zweijahresfrist (§ 782)

Da Schenkungen an **pflichtteilsberechtigte** Personen – dazu zählen alle, die abstrakt pflichtteilsberechtigt iSd § 757 sind (§ 783) – unbefristet hinzu- und gegeben-

<sup>54</sup> Siehe dazu jedoch FN 53.

falls anzurechnen sind, spielt das Vermögensopfer hier keine Rolle.

**Erhebliche praktische Konsequenzen** ergeben sich jedoch bezüglich Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen. Besonders hervorzuheben sind im Hinblick auf die Praxisrelevanz **Schenkungen an Lebensgefährten**: Der beschenkte Lebensgefährte gehört nicht zum abstrakt pflichtteilsberechtigten Personenkreis des Geschenkgebers, weshalb für solche Schenkungen die **Zweijahresfrist** des § 782 zum Tragen kommt. Dabei ist allerdings eines klarzustellen, wobei das folgende Beispiel zur Illustration dienen soll:

Der Mann schenkt seiner Lebensgefährtin ein Haus. Er behält sich das Recht vor, das Haus gemeinsam mit ihr zu bewohnen. Weiters wird zwischen ihnen vereinbart, dass dem Geschenkgeber das Widerrufsrecht bezüglich dieser Schenkung zusteht, wenn die Lebensgemeinschaft – von wem und aus welchem Grund auch immer – beendet wird.

In diesem Fall ist das **Vermögensopfer** seitens des Geschenkgebers **nicht** erbracht. Er hat es nämlich „in der Hand“, die Lebensgemeinschaft jederzeit zu beenden, zumal es – im Unterschied zur Ehe – keine diesbezüglichen gesetzlichen Beschränkungen gibt. Dies kommt de facto einem freien Schenkungswiderrufsrecht gleich. Somit ist das Vermögensopfer nicht erbracht. Ergänzend sei festgehalten, dass sich das Auskunftsrecht der Pflichtteilsberechtigten gemäß § 786 unter teleologischen Gesichtspunkten insbesondere auch darauf bezieht bzw. beziehen muss, ob ein solches Schenkungswiderrufsrecht – allenfalls außerhalb der verbuchungsfähigen Schenkungsurkunde – vereinbart wurde.

#### b) Bewertung (§§ 755, 788)

Eine hinzu- bzw. anzurechnende Schenkung ist nach der nunmehrigen Rechtslage in jenem Zeitpunkt zu bewerten, in welchem die Schenkung „wirklich gemacht“, das Vermögensopfer also erbracht wurde; der so ermittelte Wert ist sodann von einem von der Statistik Austria verlautbarten **Verbraucherpreisindex** auf den **Todeszeitpunkt** aufzuwerten (§§ 755, 788). § 781 Abs 1 verwendet den Begriff „Schenkungs“, der – das sagt uns Abs 2 leg cit – wirtschaftlich zu verstehen ist. Es existiert jedoch keine spezielle **erbrechtliche** Norm, wie der in einer **gemischten Schenkung** enthaltene Schenkungsanteil ermittelt wird. Dies ist daher – ebenso wie schon nach der bisherigen Rechtslage<sup>55</sup> – **nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen** zu beurteilen. §§ 755, 788 bestimmen zwar, dass die Schenkung im Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers zu bewerten und, wenn die-

ser Zeitpunkt vor dem Todeszeitpunkt des Geschenkgebers liegt, nach einem Verbraucherpreisindex der Statistik Austria auf den Todeszeitpunkt zu valorisieren ist. Diese Gesetzesbestimmungen regeln jedoch nur die **Bewertung** der Schenkung, aber auch sie beinhalten keine Regelung, wie der in einer gemischten Schenkung enthaltene **Schenkungsanteil** ermittelt wird.

Den Vertragswillen bilden die Parteien im Zeitpunkt des **Vertragsabschlusses**. In diesem Zeitpunkt manifestiert sich auch der **Schenkungs-wille**, also die Vorstellung der Parteien, inwieweit sie eine Schenkung beabsichtigen. Der Zeitpunkt, der für die Beurteilung des Ausmaßes eines in einem Rechtsgeschäft enthaltenen Schenkungsanteils maßgeblich ist, ist also jener, in welchem sich die Vertragsparteien auf den Vertragsinhalt einigen, also der Zeitpunkt der **vertraglichen Übereinkunft**.<sup>56, 57</sup> Wie oben ausgeführt wurde, ist der Vorbehalt eines Nutzungsrechts für das Vermögensopfer nicht hinderlich. Wenn nun beispielsweise ein Haus lediglich gegen Vorbehalt des Fruchtgenussrechts, im Übrigen jedoch ohne Beschränkungen ins Eigentum des Beschenkten übertragen wird, ist das Vermögensopfer nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht im Zeitpunkt des **Eigentumsübergangs** erbracht.<sup>58</sup> Das bedeutet nun: Es macht natürlich einen großen Unterschied, ob sich der Geschenkgeber ein Nutzungsrecht vorbehält oder nicht. Ein solches ist unter Anwendung schuldrechtlicher Grundsätze in **Abzug** zu bringen, indem im **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ex ante** beurteilt wird, wie lange dieses Nutzungsrecht voraussichtlich bestehen wird. Die Kapitalisierung des Nutzungsrechts erfolgt versicherungsmathematisch. Maßgeblich ist die Lebenserwartung; dabei ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass der Geschenkgeber beispielsweise schwer krank ist und eine geringere Lebenserwartung hat. In weiterer Folge ist vom **Schätzwert (Verkehrswert)** der vertragsgegenständlichen Sache der so ermittelte kapitalisierte **Wert des vorbehaltenen Nutzungsrechts** in **Abzug** zu bringen. Für die Ermittlung des

<sup>56</sup> Siehe FN 55.

<sup>57</sup> Auch in den nunmehrigen Anrechnungsbestimmungen finden sich Anhaltspunkte dafür, dass in Bezug auf eine Schenkung zwischen dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und jenem des Vermögensopfers unterschieden wird: Wenn es allgemein um die „Schenkungs“ geht, enthält das Gesetz nur diesen Begriff ohne weitere Präzisierung (§ 782 Abs 2, § 783 Satz 2, § 792 HS 1). Gemeint ist hier offenbar der Zeitpunkt des Abschlusses des Schenkungsvertrags. Es ist naheliegend, dass dann auch der Schenkungsanteil bei einer gemischten Schenkung in diesem Zeitpunkt ermittelt ist. Davon unterscheiden sich die erbrechtlichen Spezialnormen für die **Bewertung** einer Schenkung und für den **Beginn der Zweijahresfrist**. IdZ, und nur hier, kommt es auf das erbrachte Vermögensopfer an, was das Gesetz präzisierend („wirklich gemacht“) zum Ausdruck bringt (§ 755 Abs 1, § 782 Abs 1, § 788, § 792 letzter HS). Siehe diesbezüglich auch FN 11.

<sup>58</sup> Die zusätzliche Begründung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots wäre idZ ohne Bedeutung: Durch ein solches Verbot kann der Geschenkgeber das Eigentum nicht wiedererlangen. Er kann einen Eigentümerwechsel nur **verhindern**; das schließt aber das Vermögensopfer nicht aus.

<sup>55</sup> *Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> III § 785 Rz 5 mit zahlreichen wN aus der Rsp; Umlauf, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht 159f; ders, Schenkungsanrechnung – Bewertungsfragen unter besonderer Berücksichtigung der gemischten Schenkung, NZ 2008/9, 33 ff; aA Glaeser/Neudorfer/Schilchegger, Quote berechnen oder doch subtrahieren? Zur Ausmittlung des Schenkungspflichtteils bei gemischten Schenkungen, NZ 2010/50, 205 ff.*



Schätzwerts des Vertragsgegenstands wie auch des abziehenden kapitalisierten Werts des vorbehaltenen Nutzungsrechts ist, um den in einer gemischten Schenkung enthaltenen Schenkungsanteil zu ermitteln, der **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** maßgeblich. Die sich ergebende **Differenz** entspricht dem in diesem Rechtsgeschäft enthaltenen **Schenkungsanteil**, der einem bestimmten prozentuellen Anteil am gesamten Vertragsgegenstand entspricht. Der Verkehrswert des Schenkungsanteils ist sodann im Zeitpunkt des erbrachten **Vermögensopfers** zu ermitteln, indem vom Schätzwert des gesamten Vertragsgegenstands der dem Schenkungsanteil entsprechende Prozentanteil errechnet wird. Dieser Betrag (Schenkungs Wert) ist – wenn das Vermögensopfer zu Lebzeiten des Geschenkgebers erbracht wurde – nach einem Verbraucherpreisindex der Statistik Austria auf den Todestag zu valorisieren. Es fällt auf, dass für die Ermittlung eines in einer gemischten Schenkung enthaltenen Schenkungsanteils der Zeitpunkt des **Vertragsabschlusses** und für die Feststellung des Verkehrswerts des ermittelten Schenkungsanteils der Zeitpunkt des erbrachten **Vermögensopfers** maßgeblich ist. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass für die Feststellung des Ausmaßes eines Schenkungsanteils nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen – wie erwähnt – der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses relevant ist, während die Bewertung dieses Schenkungsanteils nach erbrechtlichen Spezialnormen (§§ 755, 788) auf den Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers abzustellen ist. In der Praxis wird dies allerdings in den meisten Fällen kein Problem darstellen, da der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und jener des erbrachten Vermögensopfers (Eigentumsübergang) gewöhnlich nur wenige Wochen bzw. Monate auseinanderliegen, sodass in aller Regel dieselben Schätzwerte maßgeblich sind. Längere Zeit auseinanderfallen können diese beiden Zeitpunkte dann, wenn auf Grund eines vorbehaltenen Schenkungswiderrufsrechts das Vermögensopfer mitunter erst lange nach dem Vertragsabschluss erbracht wird; in diesem Fall sind, wenn es sich um eine gemischte Schenkung handelt, zwei Schätzungen erforderlich, nämlich eine auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (Ermittlung des Schenkungsanteils) und die zweite auf den Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers (Bewertung des Schenkungsanteils). Siehe Beispiel 8 unter Abschnitt E.3.

Nach der Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 wurde ein dem Geschenkgeber vorbehaltenes Nutzungsrecht bei der Bewertung der Schenkung nicht berücksichtigt, da **von vornherein** feststand, dass dieses Recht im Bewertungszeitpunkt – das war immer der **Todeszeitpunkt** – jedenfalls weggefallen sein werde.<sup>59</sup> Dies ist nach der nunmehrigen Rechtslage im Hinblick auf §§ 755, 788 grundlegend anders: Selbst wenn sich der Geschenkgeber neben einem Nutzungsrecht auch ein das Vermögensopfer

ausschließendes Schenkungswiderrufsrecht vorbehält, kann er auf dieses jederzeit einseitig verzichten und das Nutzungsrecht weiterhin behalten, sodass nach der jetzigen Rechtslage von vornherein – im Unterschied zu früher – nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Nutzungsrecht im Bewertungszeitpunkt **jedenfalls** erloschen sein wird. Im Unterschied dazu war nach früherer Rechtslage das Geschenk immer im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers zu bewerten, sodass es bedeutungslos war, ob überhaupt ein Fruchtgenussrecht zugunsten des Geschenkgebers begründet wurde oder nicht: Es war im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers jedenfalls erloschen und daher ohne Einfluss auf die Bewertung. Dies stand schon bei **Vertragsabschluss** von **vornherein** fest. Klarstellend ist noch zu erwähnen, dass nach den vorstehenden Grundsätzen nicht nur bei einem vorbehaltenen Nutzungsrecht (Fruchtgenussrecht, Wohnungsgebrauchsrecht etc), sondern auch bei **sonstigen Gegenleistungen** (wie zB Leibrente) vorzugehen ist. Siehe Beispiel 8 unter Abschnitt E.3.

#### c) Verbesserung, Abnützung, Verschlechterung, Untergang der geschenkten Sache

##### aa) Verbesserung der geschenkten Sache durch Investitionen des Geschenknehmers

Vom Geschenknehmer getätigte Investitionen in die geschenkte Sache bleiben naturgemäß unberücksichtigt, da diese keine freigiebige Zuwendung des Geschenkgebers darstellen. Es ist daher die geschenkte Sache unter „gedanklicher Ausblendung“ der vom Beschenkten getätigten Investitionen der Bewertung zu unterziehen.

##### bb) Abnützung der geschenkten Sache

Wird ein Nutzungsrecht vorbehalten, führt dies – wie vorstehend ausgeführt – zur Reduktion des Ausmaßes der Schenkung und daher auch des Hinzu- bzw Anrechnungsbetrags. Ganz allgemein gesprochen ist der Zustand der Sache in dem für die Bewertung maßgeblichen Zeitpunkt der Wertermittlung zugrunde zu legen. Steht dem Geschenkgeber neben dem Nutzungsrecht auch ein freies Schenkungswiderrufsrecht – dem ist ein Anbot auf Rück-schenkung gleichzuhalten – zu, ist zu unterscheiden:

Wird das bis zum Tod zustehende Widerrufsrecht tatsächlich nicht ausgeübt und auf dieses auch nicht verzichtet, ist das Vermögensopfer erst im Todeszeitpunkt erbracht. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut (§§ 755, 788) ist die Bewertung des Schenkungsanteils in diesem Zeitpunkt vorzunehmen.<sup>60</sup> Es ist der abgenützte Zustand maßgeblich. Steht dem Geschenkhalter nur ein Schenkungswiderrufsrecht und kein Nutzungsrecht zu, ist – wenn das Widerrufsrecht nicht ausgeübt wird – die Bewertung der Schenkung ebenfalls mit Todeszeitpunkt des Geschenkgebers mit abgenützten Zustand

<sup>59</sup> Welser in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 794 Rz 6 mwN; OGH 6 Ob 615/95 NZ 1996, 308; 7 Ob 162/05 g.

<sup>60</sup> Der Schenkungsanteil ist aber im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu ermitteln (siehe vorstehenden Abschnitt b).

vorzunehmen, obwohl der Geschenknehmer die Abnützung selbst verursacht hat.

Wird das Schenkungswiderrufsrecht ausgeübt, spielt die Frage der Abnützung keine Rolle, da es dann überhaupt nicht zur Hinzu- bzw Anrechnung kommt.

### cc) Verschlechterung/Untergang der geschenkten Sache

Kommt es zur Verschlechterung oder zum Untergang der geschenkten Sache, so ist unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Bewertung im Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers vorzunehmen ist, wie folgt zu unterscheiden: Tritt die **Verschlechterung** der Sache vor erbrachtem Vermögensopfer ein, so ist der im Bewertungszeitpunkt gegebene verschlechterte Zustand für die Bewertung maßgeblich. Ist die Sache vor dem erbrachten Vermögensopfer **untergegangen**, so kommt es naturgemäß zu keiner Bewertung mehr bzw ist der Wert mit 0 anzusetzen. Kommt es **nach** dem relevanten Bewertungszeitpunkt zur Verschlechterung bzw zum Untergang der Sache, haben diese Umstände auf die Bewertung – diese ist im Bewertungszeitpunkt aus einer Ex-ante-Betrachtung vorzunehmen – keinen Einfluss („*Casum sentit dominus*“).<sup>61</sup> Kommt es **schuldhaft** zur Verschlechterung oder zum Untergang der Sache, so ist eine allfällige Ersatzpflicht schadenersatzrechtlich zu beurteilen.

Ob bzw wen eine allfällige Versicherungspflicht trifft, wird danach zu beurteilen sein, ob eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung hiezu besteht.

## 3. Beispiele

### Beispiel 1:

Der Vater (Geschenkgeber) schenkt sein Haus an seine Tochter (Geschenknehmerin). Der Geschenkgeber behält sich das lebenslange Fruchtgenussrecht vor. Im Übrigen erfolgt die Übertragung des Hauses ins uneingeschränkte Eigentum der Geschenknehmerin.

### Lösung:

Das Vermögensopfer ist mit der Einverleibung des Eigentumsrechts für die Tochter erbracht. Die Ermittlung des Schenkungsanteils ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorzunehmen, indem der Verkehrswert des Hauses ermittelt und von diesem der kapitalisierte Wert des Fruchtgenussrechts (Ex-ante-Betrachtung) wertmindernd in Abzug gebracht wird. Dieser Schenkungsanteil ist im Zeitpunkt des Vermögensopfers (Verbücherung) zu bewerten. Dieser Wert ist sodann nach einem Verbraucherpreisindex der Statistik Austria auf den Todestag aufzuwerten. Wenn der Vertragsabschluss und die Verbücherung nur wenige Wochen oder Monate auseinanderliegen und in dieser Zeitspanne keine wesentlichen Wertveränderungen ein-

getreten sind, erübrigt sich natürlich eine 2. Schätzung auf den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs.

### Beispiel 2:

Der Sachverhalt ist identisch mit Beispiel 1, allerdings mit der Maßgabe, dass zu Gunsten des Geschenkgebers nicht nur ein lebenslanges Fruchtgenussrecht vorbehalten wird, sondern auch ein Veräußerungs- und Belastungsverbot zu seinen Gunsten begründet wird.

### Lösung:

Die Lösung entspricht jener im Beispiel 1. Das Veräußerungs- und Belastungsverbot verschafft dem Geschenkgeber nämlich kein Recht, das geschenkte Haus wieder in sein Eigentum zurückzuerhalten. Vielmehr kann er nur die Veräußerung verhindern. Das Vermögensopfer ist aus der Sicht des Geschenkgebers und nicht aus jener des Geschenknehmers zu betrachten.

### Beispiel 3:

Der Sachverhalt ist identisch mit Beispiel 1. Allerdings wird statt des Fruchtgenussrechts lediglich ein persönliches Wohnungsgebrauchsrecht zu Gunsten des Geschenkgebers vorbehalten.

### Lösung:

Die Lösung des Falls ist identisch mit der Lösung im Beispiel 1.

### Beispiel 4:

Der Sachverhalt ist identisch mit Beispiel 2. Allerdings wird statt des Fruchtgenussrechts lediglich ein persönliches Wohnungsgebrauchsrecht zu Gunsten des Geschenkgebers vorbehalten.

### Lösung:

Die Lösung ist identisch mit Beispiel 2.

### Beispiel 5:

Der Vater (Geschenkgeber) schenkt sein Haus an seine Tochter (Geschenknehmerin). Der Geschenkgeber behält sich das Recht vor, die Schenkung jederzeit nach seinem Willen zu widerrufen, dies mit der Folge, dass die Geschenknehmerin das Haus bei Ausübung des Widerrufsrechts wiederum ins Eigentum des Geschenkgebers unentgeltlich zurückzuübertragen hat.

### Variante 1:

Das Widerrufsrecht wird vom Geschenkgeber bis zu seinem Todeszeitpunkt nicht ausgeübt.

### Variante 2:

Der Geschenkgeber verzichtet drei Jahre nach Abschluss des Schenkungsvertrags auf die Ausübung des Schenkungswiderrufsrechts.

### Variante 3:

Der Geschenkgeber übt das Schenkungswiderrufsrecht fünf Jahre nach Abschluss des Schenkungsvertrags aus.

### Lösungen:

**Variante 1:** Die Bewertung der Schenkung erfolgt im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers, da das Vermögensopfer nicht vorher erbracht wurde. Da der Todeszeitpunkt des Geschenkgebers der letzte Zeitpunkt ist, in welchem das Vermögensopfer erbracht werden kann, ist die Bewertung der geschenkten Sache in diesem Zeitpunkt vorzunehmen.

<sup>61</sup> Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015 (2015) § 788 Anm 2; Eccher, Erbrechtsreform (2016) Rz 188; zweifelnd Rucker, NZ 2016, 89.

**Variante 2:** Die Bewertung erfolgt im Zeitpunkt des Verzichts auf das Schenkungswiderrufsrecht, wobei der dann ermittelte Betrag nach einem Verbraucherpreisindex der Statistik Austria auf den Todeszeitpunkt zu valorisieren ist. Sollte die Schenkung in diesem Zeitpunkt – wider Erwarten – noch nicht verbüchert sein, wäre der Zeitpunkt der Verbücherung, spätestens jedoch der Todeszeitpunkt für die Bewertung maßgeblich.

**Variante 3:** Die Bewertung ist nicht mehr vorzunehmen, da die Schenkung widerrufen wird und somit in Bezug auf diese Schenkung kein hinzu- bzw. anrechnungsrechtlicher Sachverhalt mehr gegeben ist.

#### **Beispiel 6:**

Der Vater (Geschenkgeber) schenkt sein Haus an seine Tochter (Geschenknnehmerin). Der Geschenkgeber behält für sich das lebenslange Fruchtgenussrecht und außerdem das Recht vor, die Schenkung jederzeit zu widerrufen. Das Schenkungswiderrufsrecht wird jedoch vom Geschenkgeber tatsächlich nicht ausgeübt.

#### **Lösung:**

Der Schenkungsanteil ist auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu ermitteln, indem vom Verkehrswert des Hauses der kapitalisierte Wert des Fruchtgenussrechts abzuziehen ist. Die Bewertung des ermittelten Schenkungsanteils erfolgt sodann im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers, da bis zu diesem Zeitpunkt das das Vermögensopfer ausschließende Schenkungswiderrufsrecht besteht. Beträgt der Wert des Hauses im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses € 500.000,- und der kapitalisierte Wert des Fruchtgenussrechts € 200.000,-, so verbleibt ein Schenkungsanteil von € 300.000,-, was 60% des Hauses entspricht. Somit sind 60% des Hauses im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers zu bewerten.

#### **Beispiel 7:**

Der Sachverhalt ist identisch mit Beispiel 6. Allerdings behält der Geschenkgeber das Fruchtgenussrecht nicht nur für sich, sondern auch für seine Ehegattin vor. Nach der Ex-ante-Beurteilung im Schenkungszeitpunkt hat der Geschenkgeber eine Lebenserwartung von 15 Jahren und seine Ehegattin von 25 Jahren.

#### **Lösung:**

Die Lösung ist identisch mit Beispiel 6 mit der Maßgabe, dass im Zuge der Ermittlung des Schenkungsanteils beide Fruchtgenussrechte zu berücksichtigen sind (Ex-ante-Betrachtung).

#### **Beispiel 8:**

Die Mutter (Geschenkgeberin) schenkt auf ihren Todesfall ihrem Sohn (Geschenknnehmer) ein Haus. Als teilweise Gegenleistung hat der Geschenknnehmer seiner Mutter eine Leibrente zu bezahlen. Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beträgt der Wert des Hauses € 600.000,- und der kapitalisierte Wert der Leibrente (Ex-ante-Betrachtung) € 150.000,-. Der Schenkungsanteil beträgt somit € 450.000,- (entsprechend 75% des Hauswerts).

#### **Lösung:**

Die Bewertung zum Zweck der Hinzu- und Anrechnung erfolgt im Todeszeitpunkt der Geschenkgeberin (spätester Bewertungszeitpunkt; Vermögensopfer ist nicht

vorher eingetreten). Der Hinzu- und Anrechnungswert entspricht also 75% des Verkehrswerts des Hauses (ermittelt zum Todeszeitpunkt der Geschenkgeberin).

## **F. Zusammenfassung**

1. Das Vermögensopfer ist erbracht, sobald das Eigentumsrecht an der geschenkten Sache auf den Beschenkten übergegangen ist und dem Geschenkgeber kein Recht (mehr) zusteht, die Rückübertragung des Eigentums an der geschenkten Sache nach seinem freien Willen auf sich zu erwirken. Spätestens ist das Vermögensopfer im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers als erbracht anzusehen. Ein vorbehaltenes Nutzungsrecht – gleich welcher Art – hat idZ keine Bedeutung.

2. Die praktischen Konsequenzen:

- Die Zweijahresfrist des § 782 beginnt mit Erbringung des Vermögensopfers. Dies hat besondere praktische Konsequenzen bei Schenkungen an Lebensgefährten. Wenn die Schenkung im Falle der Auflösung der Lebensgemeinschaft wieder an den Geschenkgeber (eo ipso oder durch Ausübung eines Schenkungswiderrufsrechts) zurückfällt, kommt dies einem freien Schenkungswiderrufsrecht gleich, sodass das Vermögensopfer in diesem Fall nicht erbracht ist, solange dem Geschenkgeber ein solches (faktisches) Schenkungswiderrufsrecht zusteht.
- Die Bewertung einer Schenkung erfolgt im Zeitpunkt der Erbringung des Vermögensopfers, wobei der so ermittelte Betrag nach einem von der Statistik Austria zur Verlautbarung gelangenden Verbraucherpreisindex auf den Todeszeitpunkt des Geschenkgebers zu valorisieren ist. Der Vorbehalt eines Nutzungsrechts (welcher Art auch immer) schließt das Vermögensopfer nicht aus, wenn nicht gleichzeitig ein Schenkungswiderrufsrecht vereinbart wird.
- Bei einer gemischten Schenkung wird der Schenkungsanteil auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ermittelt. Die Bewertung des Schenkungsanteils erfolgt im Zeitpunkt des erbrachten Vermögensopfers. Dieser Betrag ist sodann nach einem von der Statistik Austria zur Verlautbarung gelangenden Verbraucherpreisindex auf den Todeszeitpunkt des Geschenkgebers zu valorisieren.

### **Über den Autor:**

Dr. Manfred Umlauf ist öffentlicher Notar in Dornbirn und Universitätsdozent für Bürgerliches Recht an der Juridischen Fakultät der Universität Innsbruck. Kontaktadresse: Öffentlicher Notar Univ.-Doz. Dr. Manfred Umlauf, Marktplatz 5, 6850 Dornbirn  
E-Mail: manfred.umlauft@notariat-umlauft.at  
Internet: www.notariat-umlauft.at