Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht

Überlegungen de lege lata und de lege ferenda

Das Anrechnungsrecht ist in seinen Grundzügen bereits in der Fassung des ABGB aus dem Jahr 1811 geregelt. Es wurde jedoch mehrfach punktuell geändert. Dies hat dazu geführt, dass das Anrechnungsrecht – auch für auf diesem Gebiet laufend tätige Juristen – schwer durchschaubar und teilweise auch nicht mehr zeitgemäß ist.[1] Im Folgenden sollen drei besonders kritische Anrechnungsthemen beleuchtet und diesbezügliche Reformüberlegungen dargelegt werden. Im letzten Abschnitt wird als Diskussionsgrundlage ein umfassender Textierungsvorschlag für die gänzliche Novellierung des Anrechnungsrechts unterbreitet.

UNIV.-DOZ. DR. MANFRED UMLAUFT*

I. Vorempfang/Vorschuss – Schenkung

A. Rechtslage

Das geltende Anrechnungsrecht unterscheidet zwischen: [2]

- **Vorempfang** gem § 788 ABGB: Ausstattung bzw Heiratsgut, Zuwendung anlässlich des Berufsantritts eines Kindes, Bezahlung von Schulden volljähriger Kinder: Bei diesen Zuwendungen ergibt sich die Anrechnungspflicht aus dem Gesetz.
- **Vorschuss** gem § 789 ABGB: Zuwendung, bei der die Anrechnungspflicht vereinbart wird.
- **Schenkung** gem § 785 ABGB: Zuwendung, die kraft Gesetzes nur auf den Schenkungspflichtteil, nicht aber auf den Nachlasspflichtteil und auch nicht auf den gesetzlichen Erbteil anzurechnen ist.

B. Kritik

- Diese Regelungen sind zu **„fein gesponnen"**, weshalb die Anwendung auch Fachleuten große Schwierigkeiten bereitet.
- **Ohne Vereinbarung** der Anrechnungspflicht sind nur jene Zuwendungen auf den gesetzlichen Erb- und Pflichtteil anzurechnen, die in **§ 788 ABGB** genannt sind.[3] Wie meine Erfahrung zeigt, deckt sich dies gewöhnlich **nicht** mit dem **Bewusstsein der Bevölkerung** (Durchschnittsbetrachtung des Gesetzgebers!). Vielmehr geht der Großteil der Bevölkerung davon aus, dass **jede unentgeltliche Zuwendung** an ein Kind selbstverständlich anzurechnen ist, unabhängig von der Art der Zuwendung und auch unabhängig davon, ob die Anrechnungspflicht vereinbart ist oder nicht.
- Außerdem ist die **Terminologie** verwirrend: **Anrechnung** heißt einerseits verpflichtet zu sein, eine Zuwendung auf den eigenen gesetzlichen Erb- und Pflichtteil anrechnen zu lassen. Andererseits versteht man darunter auch die **Hinzurechnung** von Schenkungen (§ 785 ABGB) zur Pflichtteilsbemessungsgrundlage der übrigen Noterben, ohne dass sich der Geschenknehmer diese Schenkung auf den eigenen gesetzlichen Erbteil bzw Nachlasspflichtteil anrechnen lassen muss.

C. Reformüberlegungen[4]

1. Klare Terminologie

Die Terminologie soll klarer werden: Unter **„Anrechnung"** wird die rechnerische Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im **zweipersonalen Verhältnis** zwischen dem Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger verstanden. Unter **„Hinzurechnung"** versteht man die Einbeziehung der Zuwendungen in die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung des Erb- bzw Pflichtteils.

2. Zuwendungen im zweipersonalen Verhältnis

Jede Zuwendung soll grundsätzlich im zweipersonalen Verhältnis **anrechnungspflichtig** sein.[5] Die Anrechnung erfolgt in der Weise, dass die betreffende Zuwendung der Bemessungsgrundlage rechnerisch zugeschlagen, von der solcherart vergrößerten Bemessungsgrundlage unter Zugrundelegung der Erb- bzw Pflichtteilsquote der Erb- bzw Pflichtteil ermittelt und von diesem sodann die anrechnungspflichtige Zuwendung abgezogen wird. Daraus ergibt sich, dass jede anrechnungspflichtige Zuwendung auch hinzurechnungspflichtig ist.

Zuwendungen, die im zweipersonalen Verhältnis nicht anrechnungspflichtig sind, sind aber grundsätzlich hinzurechnungspflichtig (s sogleich).

3. Ausnahmen von der An- und/oder Hinzurechnung

- „Privilegierte" Zuwendungen (Zuwendungen ohne Schmälerung des Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstands jeweils in einem üblichen Ausmaß): Diese sind weder an- noch hinzurechnungspflichtig.[6]
- Erlass der Anrechnungspflicht durch Vereinbarung oder durch letztwillige Verfügung: Es besteht keine An-, jedoch eine Hinzurechnungspflicht.

---

* Univ.-Doz. Dr. Manfred *Umlauft* ist Notar in Dornbirn. Dieser Beitrag basiert im Wesentlichen auf dem vom Verfasser am 17. 5. 2011 anlässlich der RichterInnenwoche in Lochau am Bodensee gehaltenen Vortrag, der um einige Fußnoten und den Textierungsvorschlag für die Novellierung des Anrechnungsrechts im IV. Abschnitt ergänzt wurde. Der Beitrag wird auch in der vom NWV herausgegebenen Tagungspublikation erscheinen.

1 *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts, 17. ÖJT Band II/1 (2009) 121 mwN.

2 *Umlauft*, Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht, 17. ÖJT Band II/2 132 mwN.

3 *Umlauft*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsecht (2001) 16 ff.

4 Hiezu grundsätzlich und weiterführend: *Welser*, Erbrechtsreform 129 ff; *Umlauft*, Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht 132 ff (jeweils mwN).

5 *Welser*, Erbrechtsreform 132 f; *Umlauft*, Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht 134.

6 Vgl § 785 Abs 3 ABGB.

- Zuwendung an eine Person, die nicht erb- bzw pflichtteilsberechtigt ist: Es kann keine Anrechnung im zweipersonalen Verhältnis erfolgen; wohl aber ist die Zuwendung hinzuzurechnen, wenn keine Ausnahme vorliegt (siehe oben: privilegierte Zuwendung).

Dies deckt sich gewöhnlich mit der Ansicht des „Durchschnittsbürgers".

4. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Um einigermaßen alle relevanten Sachverhalte an- bzw hinzurechnungsrechtlich zu erfassen, muss der **Begriff der „unentgeltlichen Zuwendung" wirtschaftlich** verstanden werden: Dabei handelt es sich um Schenkungen und sonstige Rechtsgeschäfte, die, ohne dass die Voraussetzungen des § 938 ABGB formell erfüllt sind, nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommen.[7] Dazu gehören auch die Abfindung für einen Verzicht gem § 551 ABGB sowie die Ausstattungsleistung an ein Kind auch insoweit, als darauf ein Rechtsanspruch (§§ 1220 ff ABGB) besteht, ebenso die Zuwendung an eine Privatstiftung.[8]

5. Beispiel

Der Erblasser (E) hinterlässt seine beiden Söhne (A und B) sowie seine Lebensgefährtin (L). Sein Nachlassvermögen beträgt 60. Er hat zu Lebzeiten seinem Sohn A anlässlich dessen Verehelichung zur Unterstützung beim Hausbau 20 zugewendet. E wollte zu seinem Sohn B gerecht sein und hat diesem kurze Zeit später ebenfalls 20 unentgeltlich zugewendet. Dieses Motiv, gerecht sein zu wollen, wurde jedoch nicht zum Vertragsinhalt erhoben; vielmehr hat E dies nur für sich gedacht. B hat den Betrag sodann für die Finanzierung einer Weltreise und eines teuren PKW verwendet. E hat in seinem Testament L zur Alleinerbin berufen.

Wie hoch sind die Pflichtteilsansprüche von A und B?

a) Derzeitige Rechtslage:

Die Zuwendung an A stellt einen Vorempfang gem § 788 ABGB dar. Diese Zuwendung unterliegt daher, ohne dass dies ausdrücklich vereinbart werden muss, schon von Gesetzes wegen der Anrechnungspflicht. Hingegen hat sich B seine Zuwendung nicht auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, da diese Zuwendung weder einen Vorempfang nach § 788 ABGB noch einen Vorschuss nach § 789 ABGB darstellt.

Nachlasspflichtteil:

Nachlassvermögen	60
Zuwendung an A (Vorempfang)	20
	80

Die Pflichtteilsquote von A und B beträgt je 1/4: 80 : 4 = 20

Nachlasspflichtteilsanspruch von A: 20 – 20 = **0**
Nachlasspflichtteilsanspruch von B: **20**

Schenkungspflichtteilsanspruch:

Schenkung an B	20

Die Schenkungspflichtteilsquote von A und B beträgt wiederum je 1/4: 20 : 4 = 5.

Schenkungspflichtteilsanspruch von A: **5**
Schenkungspflichtteilsanspruch von B: 5 – 20 = **0**

Der erhöhte Pflichtteilsanspruch beträgt:

A: 0 (Nachlasspflichtteilsanspruch) + 5 (Schenkungspflichtteilsanspruch) = **5**

B: 20 (Nachlasspflichtteilsanspruch) + 0 (Schenkungspflichtteilsanspruch= **20**

Unterschiedliche Pflichtteilsansprüche, obwohl beide Söhne zu Lebzeiten je 20 erhalten haben!

b) Nach der vorgeschlagenen Reform:

Beide lebzeitigen Zuwendungen sind anrechnungspflichtig.

Nachlassvermögen	60
Zuwendung an A	20
Zuwendung an B	20
	100

Die Pflichtteilsquote von A und B beträgt je 1/4: 100 : 4 = 25

Pflichtteilsanspruch von A: 25 – 20 (Vorempfang) = **5**
Pflichtteilsanspruch von B: 25 – 20 (Vorempfang) = **5**

II. Befristung der Hinzurechnung? Herausgabepflicht bezüglich Zuwendungen bei Verletzung des Pflichtteils?

A. Rechtslage

Nach derzeitiger Gesetzeslage sind **Vorempfänge/Vorschüsse** (§§ 788 f ABGB) unbefristet in die Pflichtteilsbemessungsgrundlage einzubeziehen und auf den Pflichtteil des Zuwendungsempfängers anzurechnen. **Schenkungen** (§ 785 ABGB) sind in die Pflichtteilsbemessungsgrundlage einzubeziehen, und zwar

- unbefristet, wenn die Schenkung an eine pflichtteilsberechtigte Person des Geschenkgebers erfolgt ist;
- **befristet**, wenn die Schenkung innerhalb von zwei Jahren vor dem Tod des Geschenkgebers an eine **nicht pflichtteilsberechtigte Person** erfolgt ist (§ 785 Abs 3 ABGB).

Schenkungen sind insoweit anfechtbar bzw herauszugeben, als Noterben in ihrem Pflichtteil verletzt sind und die Pflichtteilsergänzung nicht aus dem Nachlassvermögen erfüllt werden kann; jüngere Schenkungen sind vor den weiter zurückliegenden Schenkungen anfechtbar (§ 951 ABGB). Hingegen sind nach hA übermäßige Vorempfänge/Vorschüsse trotz Verletzung des Pflichtteils anderer Noterben nicht herauszugeben bzw nicht anfechtbar.[9]

B. Kritik

- **Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen:** Es ist strittig, wer als pflichtteilsberechtigt iSd Gesetzesbestimmung anzusehen ist ([konkrete oder abstrakte] Pflichtteilsberechtigung im Todes- und/oder Schenkungszeitpunkt?).
- **Ab wann** läuft die zweijährige Frist des § 785 Abs 3 ABGB: Ab Zustandekommen oder Erfüllung des Schenkungsvertrages oder ab Erbringung des Vermögensopfers?

[7] *Eccher* in *Schwimann*, ABGB³, § 785 Rz 3; *Umlauft*, Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht 152 ff; *Binder* in *Schwimann*, ABGB³, § 951 Rz 11 f; *Eccher* in *Apathy* (Hrsg), Erbrecht⁴, Rz 12/6; nunmehr auch *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹³ (2006) 556; OGH 19. 11. 1986, 8 Ob 527/86, NZ 1988, 42; 11. 3. 1996, 4 Ob 136/97x, JBl 1997, 663; 18. 10. 1995, 7 Ob 561/95, SZ 68/198.

[8] *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 556; *Eccher* in *Apathy*, Erbrecht⁴, Rz 12/6; *Apathy* in *KBB*³, § 785 Rz 2; OGH 5. 6. 2007, 10 Ob 45/07a, JBl 2007, 780.

[9] *Welser* in *Rummel*, ABGB³, §§ 788, 789 Rz 6; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 555; aA *Eccher*, Antizipierte Erbfolge (1979) 168 ff; *Umlauft*, Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht 131 ff.

- Obwohl Vorempfänge/Vorschüsse im Hinblick auf ihre Anrechnungspflicht eine größere Affinität zum Nachlass bzw zu dessen Verteilung haben, sollen sie trotz Übermäßigkeit und trotz Verletzung des Pflichtteils anderer Noterben nicht analog § 951 ABGB anfechtbar sein!?

C. Reformüberlegungen

- Die **Befristung** der Anrechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen wird insb damit begründet, dass es solchen Geschenknehmern schwer zumutbar sei, eine mehr als zwei Jahre zurückliegende Schenkung allenfalls wieder herausgeben zu müssen.[10] Unter Zugrundelegung dieser verständlichen Ansicht erscheint es aber sachgerecht, die Hinzurechnung aller Zuwendungen unbefristet vorzusehen und nur die **Herausgabepflicht** bezüglich jener Zuwendungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen auszuschließen, die längere Zeit (zu denken wäre etwa an eine zehnjährige Frist) zurückliegen. Je näher die Zuwendung zeitlich zum Tod des Erblassers liegt, desto größer ist zwar der **Pflichtteilsverkürzungsverdacht**. Dies mag aus dem Blickwinkel des Erblassers so sein. Für den verkürzten Noterben ist es allerdings von untergeordneter Bedeutung, ob der Erblasser einen Pflichtteilsverkürzungsverdacht hatte oder nicht. Faktum ist, dass der betreffende Noterbe verkürzt ist, was, wenn man das Pflichtteilsrecht ernst nimmt, nach Möglichkeit zu verhindern ist. Dem Erblasser ist eine solche Regelung zuzumuten, da er ja selbst durch die Zuwendung den verfügungsfreien Teil seines Vermögens beschränkt hat. Außerdem hätte diese Regelung den Vorteil, dass die schwierige Frage des Beginns des Fristenlaufs quantitativ reduziert werden könnte, da diese nur dann eine Rolle spielen würde, wenn es um die Herausgabepflicht von Zuwendungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen geht.
- Die **Herausgabepflicht** von Zuwendungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen soll – wie erwähnt – **befristet** werden (Vorschlag: Zuwendungen innerhalb von zehn Jahren vor dem Tod des Zuwendenden). Die Pflichtteilsberechtigung ist als abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Zuwendungs- oder Todeszeitpunkt zu verstehen.
- Sämtliche potenziell herausgabepflichtigen Zuwendungsempfänger haften – unabhängig vom Zeitpunkt der Zuwendung – **im Verhältnis der Höhe der Zuwendungen**.[11]

III. Bewertung der Zuwendungen

A. Rechtslage

Nach der derzeitigen Gesetzeslage (§ 794 ABGB) sind **unbewegliche Sachen** nach dem Zeitpunkt der Zuwendung und **bewegliche Sachen** nach dem Zeitpunkt des Erbanfalls zu bewerten; für die Bewertung von Bargeldzuwendungen enthält das Gesetz keine Regelungen.

[10] *Welser*, Erbrechtsreform 136 ff.

[11] *Welser*, Erbrechtsreform, 142 f; *Umlauft*, Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht 143.

B. Kritik

Die Regelung geht an der Realität (erhebliche Wertschwankungen, insb bei Immobilien [Flächenwidmungsänderungen!] sowie Inflation) vollkommen vorbei.[12]

C. Reformüberlegungen

- Auszugehen ist vom Zustand der zugewendeten Sache im **Zuwendungszeitpunkt.**
- Zusätzlich sind jene **wertverändernden Umstände** zu berücksichtigen, die zwischen dem Zuwendungs- und dem Todeszeitpunkt eintreten und **weder** vom **Zuwendungsempfänger** zu **vertreten noch** diesem **zuzuordnen** sind (zB Wertveränderungen aufgrund einer Änderung der Flächenwidmung, verkehrsmäßiger Erschließungen, Schadensereignissen, geänderter Marktlage etc).
- Soweit hingegen Wertveränderungen aufgrund von Umständen eingetreten sind, die der **Zuwendungsempfänger** selbst zu vertreten hat oder ihm zuzuordnen sind, sind diese **nicht** zu berücksichtigen (zB Wertverlust infolge Abnützung durch den Zuwendungsempfänger selbst oder seine Leute, Investitionen des Zuwendungsempfängers etc).
- Der solcherart ermittelte Zustand ist sodann zum **Todeszeitpunkt** zu bewerten. Die rechnerische Erfassung der Zuwendung trifft im Todeszeitpunkt auf das dann vorhandene Nachlassvermögen. Durch diese Aufwertung zum Todeszeitpunkt wird eine Bewertungsverzerrung vermieden.
- Bewegliche Sachen, die einem raschen Wertverfall unterliegen (zB Computer und Kraftfahrzeuge) sind mit dem **Wert im Zuwendungszeitpunkt** anzusetzen, wobei dieser Wert sodann nach einem **Preisindex** auf den Todestag zu valorisieren ist.
- Ein zugewendeter **Geldbetrag** ist ebenfalls an einen **Preisindex** zu koppeln und somit an die Geldwertverhältnisse zum Todestag anzupassen.

IV. Textierungsvorschlag für die Neufassung des Anrechnungsrechts im ABGB

Zur Textierung wird einleitend Folgendes bemerkt: Das Anrechnungsrecht ist sinnvollerweise **zur Gänze** neu zu formulieren. Nachfolgend wird ein entsprechender Textierungsvorschlag unterbreitet. Bezüglich der diesem Formulierungsvorschlag zugrunde liegenden Überlegungen wird auf die vorstehenden Ausführungen und die am 17. Österreichischen Juristentag vorgelegten Arbeiten[13] verwiesen.

Es soll eine einheitliche Terminologie verwendet werden. Unter **„Einrechnung"** versteht man den rechnerischen Abzug jener Zuwendungen, die anlässlich des Todes des Erblassers aus dessen Vermögen (nicht unbedingt aus dessen Nachlass) einem Noterben zukommen. Soweit solche Zuwendungen im Nachlass vorhanden sind, bedarf es keiner vorhergehenden (zusätzlichen) Hinzurechnung, sondern die Zuwendung wird, da sie sich im Nachlass befindet,

[12] Ausführlich hiezu und zum Folgenden: *Welser*, Erbrechtsreform 144 ff; *Umlauft*, Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht 144 ff; *ders*, Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen 241 ff.

[13] *Welser*, Erbrechtsreform 129 ff; *Umlauft*, Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht 131 ff.

vom Pflichtteil „einfach abgezogen". Soweit die anlässlich des Todes zukommende Zuwendung nicht Teil des Nachlasses ist (zB Lebensversicherung), ist der betreffende Wert dem Nachlass hinzuzurechnen und vom Pflichtteil in der Folge in Abzug zu bringen.

Unter **„Anrechnung"** wird die rechnerische Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im zweipersonalen Verhältnis verstanden, indem diese dem Nachlass rechnerisch hinzugeschlagen (**Hinzurechnung**) und sodann vom Erb- bzw Pflichtteil in Abzug gebracht werden. Die **„Hinzurechnung" (ohne Anrechnung)** umfasst jene Zuwendungen, die im zweipersonalen Verhältnis nicht angerechnet werden, jedoch zur Pflichtteilsermittlung der Noterben dem Nachlass rechnerisch hinzugeschlagen werden. Die Anrechnung umfasst somit im ersten Schritt immer auch die Hinzurechnung; nicht jede Hinzurechnung führt jedoch zur Anrechnung.

Derzeit finden sich die an- und einrechnungsrechtlichen Bestimmungen in den §§ 785, 787 bis 794 ABGB. Allerdings vermisst man bei diesen gesetzlichen Regelungen eine Systematik: § 785 ABGB handelt von der Schenkungsanrechnung. § 786 ABGB gehört überhaupt nicht zu den ein- und anrechnungsrechtlichen Bestimmungen. § 789 zweiter Halbsatz ABGB gehört eigentlich zu § 787 Abs 1 ABGB. Außerdem sind diese Bestimmungen auch inhaltlich weitgehend neu zu fassen.

Ich schlage daher vor, die §§ 785 bis einschließlich 794 ABGB aufzuheben, gänzlich neu zu fassen und auch systematisch neu zu ordnen. § 785 ABGB wird nicht benötigt und bleibt vorerst „leer". § 786 ABGB orientiert sich am bisherigen Text, allerdings mit der von *Welser* vorgeschlagenen Änderung.[14] In § 787 ABGB wird – wie bisher – die Einrechnung geregelt. Die §§ 788 bis 794 ABGB regeln die An- und Hinzurechnung.

Textierungsvorschlag

a) Die §§ 785 bis einschließlich 794 ABGB werden inkl der Rubriken aufgehoben und erhalten folgende neue Fassung:

§ 785. Bleibt vorerst leer, kann allenfalls für eine andere Bestimmung verwendet werden.

§ 786. [Text des bisherigen § 786 ABGB mit der Maßgabe der im Gutachten von *Welser* vorgeschlagenen Änderung].[15]

Einrechnung

§ 787.[16] Alles, was die Noterben anlässlich des Todes des Erblassers aus dessen Vermögen erhalten, wird in den Pflichtteil eingerechnet. Für die Durchführung der Einrechnung gilt § 793 sinngemäß mit der Maßgabe, dass das dem Noterben zufallende Vermögen insoweit dem Nachlass rechnerisch hinzuzuschlagen ist, als es sich nicht ohnedies im Nachlass des Erblassers befindet.

Anrechnung und Hinzurechnung

§ 788. (1) Eine nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen der Anrechnung (Hinzurechnung) unterliegende Zuwendung liegt vor, soweit es sich um eine Schenkung handelt oder das betreffende Rechtsgeschäft, ohne dass die Voraussetzungen des § 938 formell erfüllt sind, nach seinem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommt. Auch was als Abfindung für einen Verzicht (§ 551) hingegeben wird, gilt als Zuwendung.

(2) Erhält ein Kind eine Ausstattung, so stellt dies auch insoweit, als darauf ein Rechtsanspruch (§§ 1220 ff) besteht, eine Zuwendung dar.

(3) Demjenigen, der berechtigt ist, die An- bzw Hinzurechnung zu verlangen (§ 789 Abs 3 und 4, § 791 Satz 2, § 792 Abs 2), steht bezüglich erfolgter Zuwendungen ein Auskunftsanspruch gegenüber der Verlassenschaft (dem Erben) und auch direkt gegenüber dem Zuwendungsempfänger zu.

Anrechnung im zweipersonalen Verhältnis

§ 789. (1) Zuwendungen sind auf den gesetzlichen Erb- und Pflichtteil des Zuwendungsempfängers nach dem Zuwendenden anzurechnen.[17]

(2) Nicht anzurechnen sind

a) Zuwendungen, die gemäß § 792 Abs 3 von der Hinzurechnung ausgenommen sind, es sei denn, dass die Anrechnung einer solchen Zuwendung zwischen dem Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger vereinbart wurde, und

b) Zuwendungen, deren Anrechnungsfreiheit vom Zuwendenden verfügt oder von diesem mit dem Zuwendungsempfänger vereinbart wurde.

(3) Die Anrechnung bei der Erbfolge kann jeder zum Zuge kommende Erbe verlangen.

(4) Die Anrechnung auf den Pflichtteil kann verlangt werden:

a) von jedem der übrigen Noterben der ersten Linie und vom Ehegatten;[18]

b) von jedem der Erben;

c) von einem Vermächtnisnehmer, soweit er zur Leistung des Pflichtteils verpflichtet (§ 783) oder vom Vermächtniskürzungsrecht (§ 692) betroffen ist.

§ 790 (1) Anrechnungsverpflichtet ist der Zuwendungsempfänger.

(2)[19] Wenn der Empfänger einer anrechnungspflichtigen Zuwendung durch Tod oder aus einem anderen Grund als Erbe (Noterbe) wegfällt und dies unmittelbar zum Entstehen des Erbrechtes (Pflichtteilsrechtes) oder zur Erhöhung der Erbrechtsquote (Pflichtteilsquote) einer anderen Person führt, so geht die Anrechnungspflicht im Rahmen des dadurch entstehenden Erbrechtes (Pflichtteilsrechtes) oder im Rahmen der Erhöhung der Erbrechtsquote (Pflichtteilsquote) auf diese Person über.

§ 791. Die Anrechnung bei der Erbfolge aus einem letzten Willen geschieht nur dann, wenn sie entweder zwischen dem Erblasser und dem Zuwendungsempfänger vereinbart oder, soweit dadurch nicht der Pflichtteil verletzt wird, vom Erblasser letztwillig angeordnet wurde. § 789 Abs 3 und § 790 gelten sinngemäß.

---

[14] *Welser*, Erbrechtsreform 118 f.

[15] *Welser*, Erbrechtsreform 118 f.

[16] § 787 ABGB ist die modifizierte Bestimmung des bisherigen § 787 Abs 1 ABGB. § 787 Abs 2 ABGB ist gegenstandslos, da Schenkungen iSd bisherigen § 785 ABGB im zweipersonalen Verhältnis überhaupt nicht mehr, also auch nicht mehr auf den Schenkungspflichtteil, anzurechnen sind.

[17] Hier geht es also um Zuwendungen an Gesetzeserben und/oder Noterben des Zuwendenden (konkrete Erb- oder Pflichtteilsberechtigung).

[18] Wenn das Pflichtteilsrecht der Aszendenten gesetzlich beseitigt wird, könnte der Text der lit a wie folgt lauten: *„a) von jedem der übrigen Noterben;"*

[19] Klarstellend sei erwähnt, dass iZm einem umfassenden Erb- und Pflichtteilsverzicht diesbezüglich kein Problem mehr entstehen kann, wenn dem Vorschlag *Welsers* gefolgt wird und mit einem solchen Verzicht keine Quotenerhöhung der übrigen Noterben einhergeht. Dieser Vorschlag *Welsers* ist sinnvoll und verdient daher Unterstützung, da in der Praxis die Quotenerhöhung meist dadurch vermieden wird, dass kein umfassender Erb- und Pflichtteilsverzicht, sondern lediglich ein reiner Pflichtteilsverzicht vereinbart wird. Ein solcher führt schon nach der lex lata zu keiner Quotenerhöhung der übrigen Noterben. Dies soll auch für einen umfassenden Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag gelten.

Hinzurechnung

§ 792. (1) Auf Verlangen eines pflichtteilsberechtigten Kindes oder des pflichtteilsberechtigten Ehegatten sind bei der Berechnung des Nachlasses – neben den nach § 789 anrechenbaren Zuwendungen – auch die sonstigen Zuwendungen des Erblassers (§ 788) hinzuzurechnen.[20] Wurde die Anrechnung einem Noterben erlassen (§ 789 Abs 2 lit b), so ist die dadurch von der Anrechnung befreite Zuwendung bei der Ermittlung des Pflichtteils des betreffenden Noterben auch nicht hinzuzurechnen.[21]

(2) Das Recht nach Abs 1 steht einem Kind nur hinsichtlich solcher Zuwendungen zu, die der Erblasser zu einer Zeit gemacht hat, zu der er ein pflichtteilsberechtigtes Kind gehabt hat, dem Ehegatten nur hinsichtlich solcher Zuwendungen, die während seiner Ehe mit dem Erblasser gemacht worden sind.

(3) In jedem Fall bleiben Zuwendungen unberücksichtigt, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Ersprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstandes gemacht hat. Zuwendungen zu gemeinnützigen Zwecken sind jedoch nur insoweit nicht zu berücksichtigen, als sie die Hälfte der Pflichtteilsbemessungsgrundlage, bei deren Ermittlung sie zur Gänze fiktiv zu veranschlagen sind, nicht übersteigen; Zuwendungen, die der Erblasser in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstandes gemacht hat, bleiben unberücksichtigt, soweit diese eine jeweils angemessene Höhe nicht überschreiten.

(4) Die Bestimmung des Abs 3 gilt nicht, soweit die Anrechnung der dort genannten Zuwendungen vereinbart wurde (§ 789 Abs 2 lit a).

Durchführung der An- und Hinzurechnung

§ 793. Die bei der An- und Hinzurechnung zu berücksichtigenden Zuwendungen sind dem Nachlass rechnerisch hinzuzuschlagen (Hinzurechnung). Davon sind die Werte der Erbteile (Pflichtteile) zu ermitteln. Vom (vergrößerten) Erbteil (Pflichtteil) des Zuwendungsempfängers ist sodann seine eigene Zuwendung, soweit sie auf seinen Erbteil (Pflichtteil) anzurechnen ist, in Abzug zu bringen (Anrechnung).

Bewertung

§ 794. Der für die An- und Hinzurechnung maßgebliche Wert einer Zuwendung ist wie folgt zu ermitteln:

1. Auszugehen ist vom Zustand der Sache im Zuwendungszeitpunkt. Zusätzlich sind jene wertverändernden Umstände, die zwischen dem Zuwendungs- und dem Todeszeitpunkt des Erblassers eintreten und weder vom Zuwendungsempfänger zu vertreten noch diesem zuzuordnen sind, zu berücksichtigen. Der so ermittelte Zustand der zugewendeten Sache ist sodann zum Todeszeitpunkt zu bewerten.
2. Sachen, die typischerweise – unabhängig von der Abnützung – einem starken Wertverfall unterliegen (wie zB Kraftfahrzeuge, Computer, sonstige technische Geräte, Möbel) sowie verbrauchbare Sachen sind mit dem Zustand gemäß Z 1. zum Zuwendungszeitpunkt zu bewerten, wobei dieser Wert sodann nach dem Verbraucherpreisindex bis zum Todestag des Erblassers zu valorisieren ist.
3. Ein Geldbetrag ist mit seinem Nominalwert im Zeitpunkt der Zuwendung ebenfalls auf den Todeszeitpunkt des Erblassers nach dem Verbraucherpreisindex zu valorisieren.

b) Die §§ 951 und 952 werden aufgehoben und erhalten folgende neue Fassung:

4. des Pflichtteiles;

§ 951. (1) Wenn bei Bestimmung der Pflichtteile Zuwendungen an- bzw hinzugerechnet werden (§§ 789 ff), der Nachlass aber zu deren Deckung nicht ausreicht, kann der verkürzte Noterbe vom Zuwendungsempfänger die Herausgabe der Zuwendung zur Deckung des Fehlbetrages bei sonstiger Exekution in die zugewendete Sache verlangen. Ein Zuwendungsempfänger, der weder im Zuwendungs- noch im Todeszeitpunkt des Erblassers zum Kreis seiner abstrakt pflichtteilsberechtigten Personen gehörte, haftet nur für die Herausgabe solcher Zuwendungen, die innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Tod des Erblassers erfüllt [22] wurden. Eine Privatstiftung unterliegt der unbefristeten Herausgabepflicht, wenn

- der Zuwendende Stifter (Mitstifter) der Privatstiftung ist oder
- zum Kreis der Begünstigten dieser Privatstiftung der Zuwendende oder wenigstens eine der abstrakt pflichtteilsberechtigten Personen des Zuwendenden gehört.

Dasselbe gilt für eine Gesellschaft, wenn der Zuwendende oder wenigstens eine abstrakt pflichtteilsberechtigte Person des Zuwendenden zum Kreis der Gesellschafter gehört.

(2) Der Zuwendungsempfänger kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden.

(3) Ist der Zuwendungsempfänger selbst pflichtteilsberechtigt, so haftet er dem verkürzten Noterben nur so weit, als er infolge der Zuwendung mehr als den ihm bei Berücksichtigung der an- bzw hinzuzurechnenden Zuwendungen gebührenden Pflichtteil erhalten würde (Abs 4). Ist der Zuwendungsempfänger infolge Todes oder aus einem anderen Grund als Noterbe weggefallen, so gilt Folgendes:

a) Ihm bzw seinen Erben steht die Haftungsfreistellung in Höhe seines hypothetischen Pflichtteils zu; dieser ist so zu berechnen, als ob der das Pflichtteilsrecht beseitigende Umstand nicht eingetreten wäre (Abs 4).

b) Diejenigen Personen, auf die die Pflichtteilsquote des ausgeschiedenen Noterben übergeht, können sich in Bezug auf die übergegangene Pflichtteilsquote auf die Haftungsfreistellung gemäß lit a nur insoweit berufen, als dieses Recht nicht vom Zuwendungsempfänger selbst bzw seinen Erben konsumiert wird.

(4) Bei Ermittlung der Haftungsfreistellung in Höhe des eigenen (hypothetischen) Pflichtteils gemäß Abs 3 ist § 792 Abs 1 Satz 2 nicht anzuwenden.

(5) Keinesfalls müssen Zuwendungen herausgegeben werden, soweit auf sie ein Rechtsanspruch besteht (Ausstattung).

(6) Mehrere Zuwendungsempfänger haften aliquot im Verhältnis des Wertes ihrer Zuwendungen.

§ 952. Der Zuwendungsempfänger wird von der Haftung nicht befreit, soweit die Zuwendung oder deren Wert nicht mehr vorhanden ist und er diese Vermögensminderung unredlicherweise zugelassen hat.

[20] Hier geht also um Zuwendungen, die nach § 789 ABGB nicht anrechenbar sind.

[21] Ohne diese Bestimmung könnte der Zuwendungsempfänger von seiner eigenen Zuwendung nochmals den Pflichtteil fordern, was nicht einsichtig wäre.

[22] Es muss das Vermögensopfer iSd Vermögensopfertheorie erbracht worden sein (*Umlauft*, Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen 210 ff).

Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht

Übersicht zur geltenden Rechtslage

I. Pflichtteilsberechtigte

Pflichtteil

Kinder (Kindeskinder): je die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, subsidiär Eltern (Großeltern, Urgroßeltern): je ein Drittel des gesetzlichen Erbteils

Ehegatte: Hälfte des gesetzlichen Erbteils

II. Anrechnungsrecht nach geltender Rechtslage

§§ 788, 789 ABGB	§ 785 ABGB
Vorempfänge (Zweckwidmung im Zeitpunkt der Übergabe) → „Starthilfen" für Kinder (§ 42 ABGB): ■ ehelicher Haushalt ■ Berufsausübung ■ Schulden des volljährigen Kindes **Vorschüsse** (Konsens im Zeitpunkt der Übergabe) → auf Pflichtteil oder Erbteil ■ des Kindes (§ 42 ABGB) ■ des Ehegatten ■ der Eltern	**Schenkungen** (an konkrete Pflichtteilsberechtigten im Todeszeitpunkt und Dritte; hRsp: nicht auf den Todesfall!) → jede unentgeltliche Zuwendung vermögenswerter Vorteile: ■ Versicherungssumme aus Lebensversicherung ■ Schuldenerlass ■ Zuwendung an Privatstiftung ■ Ausschüttung an Begünstigten einer Privatstiftung **Problem:** Pflichtteilsverzicht → Rechtsmissbrauch?
Nicht erfasst: freigebige Schenkungen.	**Nicht erfasst:** ■ Schenkungen aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens ■ Schenkungen zu gemeinnützigen Zwecken, aus sittlicher Pflicht oder aus Anstand ■ Schenkungen an Dritte, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers gemacht wurden (Schenkungszeitpunkt nach hM Zeitpunkt des Vertragsabschlusses)
Anrechnungsmethode: 1. reiner Nachlass + Wert des Anrechnungspostens, 2. davon Pflichtteilsquoten berechnen, 3. Abzug des Anrechnungspostens vom Pflichtteil des Vorempfängers. Ausgleich nur mit Mitteln des Nachlasses (keine Belastung der Zuwendungsempfänger).	**Anrechnungsmethode:** 1. reiner Nachlass samt Wert des Geschenkten, 2. davon Pflichtteilsquote berechnen (erhöhter Pflichtteil), 3. erhöhter Pflichtteil minus Nachlasspflichtteil = Schenkungspflichtteil, 4. Schenkungspflichtteil minus Wert des Geschenkten. Ausgleich aus Mitteln des Nachlasses, subsidiär Herausgabeanspruch gegen Beschenkten (dieser hat Ersetzungsbefugnis [*facultas alternativa*]).
Auf Verlangen aller Noterben (und Erben).	Auf Verlangen aller konkret pflichtteilsberechtigten Kinder und Ehegatten (zum Todeszeitpunkt). **Voraussetzung:** Im Zeitpunkt der Schenkung war irgendein Kind vorhanden oder aufrechte Ehe mit diesem Ehegatten.

Peter Barth

Aus der Erbrechtspraxis des Dr. T.*

Eine neue Facette des Testaments eines Besachwalteten

Für den nunmehrigen Erblasser wurden im Jänner 1998 ein einstweiliger Verfahrenssachwalter sowie ein einstweiliger Sachwalter zur Besorgung dringender Angelegenheiten gem § 238 Abs 1 und 2 AußStrG 1854 bestellt. Im Jänner 1999 wurde er gem § 273 Abs 3 Z 2 ABGB „endgültig" besachwaltet, der Sachwalter hatte also einen Kreis von Angelegenheiten zu besorgen. Mit 1. 1. 2005 trat das FamErbRÄG 2004[1] in Kraft, durch das ua der erste Satz des § 568 ABGB dahingehend abgeändert wurde, dass er wie folgt lautet: „Eine Person, für die ein Sachwalter nach § 273 ABGB[2] bestellt ist, kann, sofern dies gerichtlich angeordnet ist, nur mündlich vor Gericht oder Notar testieren; dies gilt nicht für den Fall des § 597 ABGB." Im Jänner 2006 wurde mit Beschluss des Sachwalterschaftsgerichts der Aufgabenkreis des Sachwalters auf alle Angelegenheiten (§ 268 Abs 3 Z 3 ABGB) ausgedehnt. Eine Anordnung in Richtung der beiden Testamentsformen des § 568 ABGB enthält dieser Beschluss nicht. Im Juni 2006 errichtete der nunmehrige Erblasser ein eigenhändiges Testament, im Oktober 2010 verstarb er.

Handelt es sich um ein formgültiges Testament?

Sieht man sich den „sachwalterschaftsrechtlichen Werdegang" unseres Erblassers an, so ergeben sich für die relevanten Zeitabschnitte im Hinblick auf die Testamentsform folgende Schlüsse:

Ab der Bestellung des einstweiligen Sachwalters für dringende Angelegenheiten gem § 238 Abs 2 AußStrG 1854 durfte der Erblasser, obwohl sich dies nicht aus § 568 ABGB aF ergab, entsprechend der Judikatur des OGH[3] schon nur mehr mündlich vor Gericht oder mündlich notariell testieren. Die Literatur war diesbezüglich völlig kontrovers.[4] Ab der Bestellung des Sachwalters gem § 273 Abs 3 Z 2 ABGB idF vor dem SWRÄG 2006 im Jänner 1999 hätte unser Erblasser schon nach § 568 ABGB aF nur mehr mündlich vor Gericht oder mündlich notariell testieren dürfen. Ab Inkrafttreten des § 568 ABGB idF FamErbRÄG 2004 sollte die Beschränkung auf die beiden speziellen Testamentsformen nur noch dann gelten, wenn dies gerichtlich angeordnet war. Nach § 3 Abs 1 Z 1 der Übergangs- und Schlussbestimmungen des FamErbRÄG 2004 soll § 568 ABGB in der neuen Fassung dann gelten, wenn die fragliche letztwillige Verfügung nach dem 31. 12. 2004 errichtet wurde. Zusätzlich bestimmt § 8 der Übergangs- und Schlussbestimmungen folgendes: „Personen, denen vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes ein Sachwalter nach § 273 ABGB, nicht jedoch ein vorläufiger Sachwalter bestellt worden ist, können nach dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes, außer im Fall des § 597 ABGB, nur nach § 568 ABGB in der Fassung dieses Bundesgesetzes mündlich vor Gericht oder Notar testieren. Ändert das Gericht den Wirkungskreis des Sachwalters nach In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes, so ist Art. I Z 27 (Anm.: § 568 ABGB) in der Fassung dieses Bundesgesetzes anzuwenden." Damit ist klargestellt, dass sich das Sachwalterschaftsgericht bei einer Änderung des Wirkungskreises eines vor dem 1. 1. 2005 bestellten Sachwalters jedenfalls auch mit der Frage der Beschränkung auf die beiden speziellen Testamentsformen zu befassen hat. Trifft also das Gericht bei einer Änderung des Wirkungskreises des Sachwalters keine Anordnung der Beschränkung auf die beiden speziellen Testamentsformen, so kann auch die vor dem 1. 1. 2005 besachwaltete Person nunmehr in jeder zulässigen Form letztwillig verfügen. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn der Richter bei Beschlussfassung über die Änderung des Wirkungskreises des Sachwalters auf diese Entscheidung bloß vergessen hat.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass unser Erblasser mangels Beschränkung auf die beiden Testamentsformen des § 568 ABGB bei Änderung des Wirkungskreises im Jänner 2006 ab Wirksamkeit dieses Beschlusses in jeder Form testieren durfte und somit sein eigenhändiges Testament aus Juni 2006 formgültig ist.

Zusätzlich sei bemerkt, dass nunmehr aufgrund des FamErbRÄG 2004 und des AußStrG 2005[5] eine Beschränkung auf die beiden speziellen Testamentsformen nur aufgrund ausdrücklicher beschlussmäßiger Anordnung und – entgegen der früheren Rsp des OGH[6] – erst ab Bestellung des „endgültigen" Sachwalters nach § 268 ABGB möglich ist.[7]

Der vorliegende Fall zeigt, dass die Frage, ob eine Person unter Sachwalterschaft in jeder gesetzlich möglichen Form testieren durfte, nur dann beurteilt werden kann, wenn man in den Sachwalterschaftsakt Einsicht nimmt. Damit wird aber klar, dass der mit der Durchführung des Verlassenschaftsverfahrens beauftragte Notar in seiner Eigenschaft als Gerichtskommissär Akteneinsicht nehmen muss. Umso unverständlicher sind daher jene Mitteilungen aus dem Notariat, dass sich in einigen Regionen Österreichs die Gerichte, meist unter Hinweis auf § 141 AußStrG, weigern, die Sachwalterschaftsakten dem Verlassenschaftsakt anzuschließen, weil sie offenbar die Fragen der Akteneinsicht völlig falsch beurteilen und vergessen, dass der Notar in seiner Eigenschaft als Gerichtskommissär selbst Gerichtsorgan ist.[8]

---

* Ca 15 Jahre Unterricht in den Ausbildungslehrgängen für Rechtspfleger in der Justizschule Schwechat, acht Jahre Lehrtätigkeit für Familienrecht, Erbrecht und Außerstreitverfahren in den Ausbildungslehrgängen für Richteramtsanwärter und nunmehr zehnjährige Tätigkeit als Leiter erbrechtlicher Seminare im Notariat haben dazu geführt, dass mir von Angehörigen der genannten Berufsgruppen Fälle aus der täglichen Praxis zur Beurteilung und (oder) zur Verwendung in weiteren Seminaren vorgelegt werden. Einen Teil dieser Fälle der täglichen Praxis will ich an die Leser der iFamZ weitergeben.

1 BGBl I 2004/58.

2 Aufgrund des SWRÄG 2006 (BGBl I 2006/92) seit 1. 7. 2007 richtig „§ 268", infolge Redaktionsversehens aber weiterhin § 273 im Gesetzestext.

3 OGH 21. 11. 1990, 2 Ob 589/90; 7. 10. 1994, 3 Ob 525/94.

4 *Tschugguel*, Letztwillige Verfügung und Sachwalterschaft, in *Österreichische Notariatskammer* (Hrsg), Freiheit, Sicherheit, Recht, FS Weißmann (2003) 939 FN 27 mwN.

5 BGBl I 2003/111.

6 OGH 21. 11. 1990, 2 Ob 589/90; 7. 10. 1994, 3 Ob 525/94.

7 Ausführlich die Anmerkung von *Tschugguel*, iFamZ 2006, 233, zu OGH 17. 2. 2006, 10 Ob 81/05 t; zustimmend *Knechtel* in *Kletecka/Schauer*, ABGB – ON 1.00, § 568 Rz 1; so auch *Aufner*, Das gerichtliche Testament einer unter Sachwalterschaft stehenden Person, iFamZ 2007, 92 FN 1.

8 OGH 28. 4. 2010, 3 Ob 17/10m, iFamZ 2010/209, 287 (*Tschugguel*).

RECHTSPRECHUNG Erbrecht

Wilhelm Tschugguel

§ 591 ABGB *iFamZ 2011/209*

Auch Zeugen eines schriftlichen Testaments müssen die Sprache des Erblassers verstehen

OGH 14. 4. 2011, 6 Ob 67/11p

Das erforderliche Bewusstsein, einem Testierakt beizuwohnen, fehlt dem Zeugen eines schriftlichen Testaments, wenn er die Sprache des Erblassers, also jene, in der ein mündliches Testament errichtet oder das schriftliche Testament bekräftigt wird, nicht versteht.

Der Sohn der Erblasserin verlas deren fremdhändige letztwillige Anordnung in Gegenwart der Testamentszeugen. Eine Zeugin war die Lebensgefährtin des Sohnes. Wegen ihrer mangelnden Deutschkenntnisse ist auszuschließen, dass sie den Text und/oder die genaue Bedeutung des Schreibens verstanden hat. Sie hat den Text aber auch nicht selbst gelesen, weil sie aufgrund einer Sehbehinderung dazu nicht in der Lage war.

Gem § 591 ABGB sind Personen, die die Sprache des Erblassers nicht verstehen, unfähige Testamentszeugen. Sprache des Erblassers ist jene, in der er das mündliche Testament errichtet oder das schriftliche bekräftigt (*Welser* in *Rummel*, ABGB³, §§ 591 bis 596 Rz 3). Der OGH bestätigte die Rechtsansicht der Vorinstanzen, die die Lebensgefährtin des Sohnes der Erblasserin für unfähig beurteilten, deren fremdhändiges Testament zu bezeugen. Zwar müssen Zeugen nicht eigens zur Testamentserrichtung herbeigerufen sein, jedoch müssen sie der Erklärung des letzten Willens in dem Bewusstsein ihrer Zeugeneigenschaft beiwohnen. Diese der stRsp entsprechende Meinung bezog sich regelmäßig auf das mündliche Testament nach § 585 ABGB aF. Der OGH hielt es im konkreten Fall für eine vertretbare Rechtsansicht, das erforderliche „Zeugenbewusstsein" auch bei fremdhändigen Testamenten zu verlangen. Er bezieht sich dabei auch auf *Weiß/Likar-Peer* (in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht [2007] 180, 182), wonach Testamentszeugen keine bloßen Zufallszeugen sein dürfen. Sie müssten also mit Willen des Erblassers und ihrem eigenen Willen dem Testierakt beiwohnen. Fehlt nämlich einem Zeugen das Bewusstsein (hier und jetzt) einem Testierakt beizuwohnen, so ist die letztwillige Verfügung ungültig. Im konkreten Fall war nicht erweislich, dass die Lebensgefährtin des Sohnes der Erblasserin ihre Anwesenheit und ihre Unterschriftsleistung so verstanden hätte, dass sie als Zeugin an einer Testamentserrichtung mitwirke.

Anmerkung

Im geschilderten Fall war der Sohn der Erblasserin als Erbe bedacht und dessen Lebensgefährtin nur deshalb unfähige Zeugin, weil sie die Sprache der Erblasserin nicht verstand, nicht aber wegen ihrer persönlichen Beziehung zum bedachten Sohn. Es entspricht nämlich stRsp (OGH 5. 7. 1989, 1 Ob 600/89; 28. 4. 2003, 7 Ob 64/03t; 31. 3. 2005, 3 Ob 233/04t), dass es sich bei der Aufzählung der unfähigen Testamentszeugen in § 594 ABGB um eine taxative handelt, sodass nur der Ehegatte, nicht aber der Lebensgefährte einer bedachten Person ausgeschlossen ist. Diesbezüglich, aber auch in Bezug auf die Frage der Zeugnisfähigkeit von Organen einer juristischen Person, wenn Letztere als Erbe eingesetzt wird, ist auf die heftige wissenschaftliche Auseinandersetzung *Wilhelms* mit dem OGH zu verweisen (*Wilhelm*, Mündliches Testament, Zeugnisfähigkeit, religiöse Gesellschaften, ecolex 2002, 713; *ders*, Lebensgefährtin des Bedachten fähige Testamentszeugin! ecolex 2003, 569). Der OGH (insb 3 Ob 233/04t) verwies aber darauf, dass es eine unvertretbare Beeinträchtigung der Rechtssicherheit wäre, müsste man stets jede informelle Beziehung der Zeugen zu den bedachten Personen untersuchen. Daher ist es sachgerecht, nur genau bezeichnete nahe Angehörige des Bedachten von der Zeugenschaft auszuschließen (s auch *Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00, § 594 Rz 2).

Wilhelm Tschugguel

§ 785 ABGB *iFamZ 2011/210*

Auch wenn der Erbe nicht pflichtteilsberechtigt ist, haftet er einem Noterben für den Schenkungspflichtteil

OGH 27. 4. 2011, 9 Ob 7/11m

Nicht nur der Nachlasspflichtteil, auch der Schenkungspflichtteil ist aus dem Nachlass zu decken und geht damit zulasten des Erben, auch wenn dieser selbst nicht pflichtteilsberechtigt ist. Begehrt ein Noterbe die Anrechnung der Schenkung einer Liegenschaftshälfte durch den Erblasser an einen anderen Noterben, so ist dieses Begehren nicht deshalb sittenwidrig, weil dem anderen Noterben die zweite Liegenschaftshälfte von dem die Schenkungsanrechnung begehrenden Pflichtteilsberechtigten geschenkt wurde.

Erstklägerin ist die Witwe, Zweitkläger der eheliche Sohn des Erblassers; die Beklagte war dessen Lebensgefährtin. Erstklägerin und Erblasser haben je ihr Hälfteeigentum an einer Liegenschaft dem Zweitkläger geschenkt.

Die Beklagte wandte gegen die Schenkungsanrechnung auch ein, deren Geltendmachung durch die Erstklägerin zulasten der Testamentserbin sei sittenwidrig und rechtsmissbräuchlich, weil die Erstklägerin und der Erblasser als Eltern des Zweitklägers die gesamte Liegenschaft diesem geschenkt haben. Der OGH führte aus, dass der Schenkungspflichtteil sowie auch der Nachlasspflichtteil aus dem Nachlass zu decken sind und damit zulasten des Erben gehen, auch wenn dieser nicht selbst pflichtteilsberechtigt ist. Auch dem Einwand der Sittenwidrigkeit und des Rechtsmissbrauchs kommt keine Berechtigung zu: Wenn Erstklägerin und Erblasser dem Zweitkläger jeweils ihren Hälfteanteil an einer Liegenschaft schenkten, so handelt es sich doch um zwei getrennte Schenkungsvorgänge, und die Schenkung eines Hälfteanteils durch den Erblasser an den Zweitkläger ist einer eigenständigen Betrachtung zu unterziehen. Im Vorgang der gleichzeitigen Schenkung ist auch kein Verzicht der Erstklägerin auf die Geltendmachung der Pflichtteilserhöhung zu erblicken. Es ist nämlich die zustimmende Kenntnisnahme eines Pflichtteilsberechtigten von einer Schenkung des Erblassers an einen anderen Pflichtteilsberechtigten nicht als Verzicht auf die Geltendmachung einschlägiger Ansprüche zu werten. Schließlich unterliegt nicht nur der Pflichtteilsverzicht (sowie auch der Erbverzicht), sondern auch der Verzicht auf den Schenkungspflichtteil der Formvorschrift des § 551 ABGB.

§§ 812, 956 ABGB *iFamZ 2011/211*

Verwaltungsbefugnis des erbantrittserklärten Erben, Schenkung auf den Todesfall; Nachlassseparation, Rangordnungsbeschluss

OGH 27. 1. 2011, 2 Ob 148/10v

Aus der dem erbantrittserklärten Erben gem § 810 ABGB ex lege zukommenden Vertretungsbefugnis ergibt sich, dass zwar alle Veräußerungen von Nachlassgegenständen, sofern sie nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, der Genehmigung des Verlassenschaftsgerichts bedürfen, auch wenn die Veräußerung zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen oder an Zahlungsstatt erfolgt. Keiner Genehmigung hingegen bedarf

die Erwirkung einer Anmerkung der Rangordnung für die beabsichtigte Veräußerung einer Liegenschaft.

Der auf den Todesfall Beschenkte ist nach einhelliger Judikatur des OGH im Verhältnis zu Pflichtteilsberechtigten einem Vermächtnisnehmer gleichzuhalten (4 Ob 2029/96b; RIS-Justiz RS0103393; RS0112437), sodass die auf den Todesfall geschenkten Sachen der Ausmessung des Pflichtteils zugrunde zu legen und jedenfalls dann zu inventarisieren sind, wenn sie sich im Todeszeitpunkt noch im Besitz des Erblassers befunden haben (1 Ob 726/85; RIS-Justiz RS0007793 [T2]; RS0103394). Der mit einer Liegenschaft auf den Todesfall Beschenkte kann allerdings Eigentum durch Einverleibung aufgrund der im Schenkungsvertrag enthaltenen Aufsandungsklausel und der Sterbeurkunde ohne Befassung des Abhandlungsgerichtes erreichen.

Die Nachlassseparation soll über den Wortlaut des § 812 ABGB hinaus allen denkbaren Gefahren vorbeugen, die sich aus der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Erben ergeben (*Sailer* in *KBB*³, § 812 Rz 2). Wurde einem Noterben die Nachlassseparation bewilligt, so umfasst sie auch Liegenschaften, die dem Erben nicht vererbt, sondern auf den Todesfall geschenkt wurden (*Sailer* in *KBB*³, § 812 Rz 2). Durch Bewilligung der Nachlassseparation endet das ex lege bestehende Verwaltungsrecht des Erben nach § 810 ABGB, soweit die Befugnisse des Separationskurators reichen (*Sailer* in *KBB*³, § 812 Rz 2). Die Anmerkung der Nachlassseparation im Grundbuch führt dazu, dass der Grundbuchsrichter eine Einverleibung wegen Verdachts des Vorliegens eines ungültigen Titels nicht mehr bewilligen darf (*Kodek* in *Kodek*, Grundbuchsrecht, § 20 GBG Rz 12).

Die aufrechte Nachlassseparation hindert nicht die Einantwortung und besteht über diese hinaus so lange fort, bis ihr Zweck erreicht ist. Zwar führt die Einantwortung (auch bei aufrechter Nachlassseparation) zum außerbücherlichen Eigentumserwerb des Erben an Liegenschaften, doch darf der Erbe diese nicht veräußern, solange die Nachlassseparation nicht aufgehoben ist (4 Ob 539/95; 5 Ob 568/84). Diese Verfügungsbeschränkung gilt auch für die dem Erben auf den Todesfall geschenkten Liegenschaften.

Ein Rangordnungsbeschluss für die beabsichtigte Veräußerung steht dem derzeitigen Eigentümer der Liegenschaft, vorliegendenfalls der Verlassenschaft, zu. Bei aufrechter Nachlassseparation ist der Separationskurator Vertreter des abgesonderten Nachlasses, sodass der Rangordnungsbeschluss dem Separationskurator und nicht dem aufgrund seiner früheren Vertretungsbefugnis antragstellenden Erben auszufolgen ist.

Praktische Anwendung der Haager Übereinkommen

Schlussfolgerungen und Empfehlungen der Spezialkommission (1. bis 10. 6. 2011)

Vom 1. bis 10. 6. 2011 fand in Den Haag der erste Teil der 6. Spezialkonferenz zur praktischen Anwendung des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKÜ) statt. Der erste Teil der Spezialkonferenz diente mehr oder weniger der Vorbereitung des zweiten Teils, der von 24. 1. 2012 bis 1. 2. 2012 stattfinden und sich der Frage eines allfälligen Zusatzübereinkommens widmen wird. Dabei zeigte sich jetzt schon, dass sich die Themen Mediation und „Relocation" (rechtmäßiger Aufenthaltswechsel des Kindes mangels Einvernehmens beider Eltern) als besonders wesentliche Punkte herauskristallisieren werden – ein Standpunkt, der durchaus dem österreichischen entspricht. Da die Schlussfolgerungen und Empfehlungen diesmal besonders ausführlich geraten sind, ist es angezeigt, sich mit einer Zusammenfassung zu begnügen.

ÜBERSETZUNG UND ZUSAMMENFASSUNG: DR. ROBERT FUCIK*

Neue Vertragsstaaten

[1] Die Spezialkommission begrüßt die Erhöhung der Anzahl der Vertragsstaaten seit 2006, nämlich von 76 auf 85 betreffend das HKÜ und von 13 auf 32 betreffend das KSÜ, sowie derjenigen Staaten, die das KSÜ bereits unterzeichnet haben. Es wird zu weiteren Beitritten aufgefordert.

[2] Die Spezialkommission empfiehlt ein informelles Netzwerk von Experten zur Diskussion von Strategien und Herausforderungen bei der Implementation des KSÜ.

Zusammenarbeit der zentralen Behörden und Kommunikation nach dem HKÜ

[3] Es ist alles zu unternehmen, um sicherzustellen, dass die zentralen Behörden als Konzentrationspunkt zur Bereitstellung der Dienste und zur Ausführung der Funktionen gem Art 7 HKÜ agieren. Kann die zentrale Behörde diese Dienste nicht selbst durchführen, sollte sie zumindest persönlich für die Weiterleitung an die zuständige Stelle, alternativ aber zumindest für eine informative Liste sorgen.

[4] Die Spezialkommission ruft die entscheidende Wichtigkeit einer aktiven Rolle der zentralen Behörden beim Auffinden eines unrechtmäßig verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes in Erinnerung. Auch wenn diese Dienste nicht von der zentralen Behörde selbst durchgeführt werden, sollte sie die Endverantwortung behalten und der zentrale Kanal für die Kommunikation bleiben.

[5] Daher werden die Vertragsstaaten, die dafür noch nicht vorgesorgt haben, aufgefordert, die zentralen Behörden mit ausreichenden Befugnissen (insb zur Anregung bei staatlichen Agenturen und Behörden einschließlich der Polizei) auszustatten.

[6] Auf die Obliegenheit, das ständige Büro auf Änderungen der Kontaktdaten aufmerksam zu machen, wird hingewiesen, [7] ebenso auf die Notwendigkeit enger Zusammenarbeit gemäß dem Leitfaden *Praxis der zentralen Behörden*, wo rasche Antworten und schnelle Kommunikation als besonders wichtig hervorgehoben werden.

[8] Die immer enger werdende Kooperation und Kommunikation, insb durch das internationale Haager Richternetzwerk wird ebenso begrüßt wie [9] der Informationsfluss und [10] Bemühungen des ständigen Büros, das Musterformular für Rückstellungen zu modernisieren und zu einem online ausfüllbaren elektronischen Formular auszubauen. Ähnliches gilt für ein Besuchsformular. Die Spezialkommission wünscht mehrere Sprachversionen dieser Formulare auf der Website vorzufinden und ermutigt die Staaten, dazu Übersetzungsdienste bereitzustellen. [11] Ebenso ermutigt die Spezialkommission zur Verwendung moderner Informationstechnologie.

* Dr. Robert *Fucik* leitet die Abteilung für Internationales Familienrecht im BMJ.

[12] Die ersuchende zentrale Behörde sollte dafür Sorge tragen, dass die Anträge vollständig sind. Neben den notwendigen sind auch nützliche Informationen bereitzustellen.
[13] Allerdings hebt die Spezialkommission neuerlich hervor, [a] dass die zentralen Behörden bei Ausübung ihrer Aufgaben respektieren müssen, dass Tatsachenfeststellungen und rechtliche Beurteilung (zB gewöhnlicher Aufenthalt, Bestehen eines Sorgerechts und Anschuldigungen häuslicher Gewalt) im Allgemeinen Sache der Gerichte und der übrigen, für Entscheidungen über die Antrage zuständigen Behörden sind; [b] dass die der Ermessensspielraum der zentralen Behörden nach Art 27 (einen Antrag, der eindeutig die Erfordernisse des Übereinkommens nicht erfüllt, zurückzuweisen) mit äußerster Zurückhaltung anzuwenden sind. Bloß weil es an zusätzlichen Unterlagen oder Informationen fehlt, dürfe ein Antrag nicht zurückgewiesen werden. Die Vervollständigung sei vielmehr Aufgabe einer engen Zusammenarbeit zwischen den zentralen Behörden. Sollte der Antragsteller erforderliche Ergänzungen nicht innerhalb eines vernünftigen Zeitraums, der von der ersuchten zentralen Behörde bekanntgegeben wird, für Ergänzungen sorgen, steht es der zentralen Behörde frei, zu entscheiden, dass sie den Antrag nicht weiter behandelt.
[14] Auf die wertvolle Rolle des Landesprofils zum HKÜ, mit dem die Staaten Informationen über die Erfordernisse für eine Antragstellung im ersuchten Staat austauschen können, wird hingewiesen.
[15] Die Spezialkommission begrüßt weiters die immer wichtiger werdende Rolle der zentralen Behörden bei der Herbeiführung einvernehmlicher Lösungen der Angelegenheiten internationaler Kindesentführung, insb durch Mediation. Gleichzeitig anerkennt die Spezialkommission, dass die Anwendung dieser Mittel nicht zu Verzögerungen führen sollte.
[16] Die ersuchte zentrale Behörde sollte, so weit wie möglich, die ersuchende zentrale Behörde über die Fortschritte des Verfahrens informiert halten und vernünftige Anfragen über Informationen beantworten. Sobald die ersuchte zentrale Behörde von einer Entscheidung in Rückstellungs- oder Besuchsangelegenheiten Kenntnis hat, sollte sie diese prompt der ersuchenden zentralen Behörde gemeinsam mit allgemeinen Informationen zu Rechtsmittelfristen übermitteln, wo dies angemessen ist.

Besuchsrecht – Kontaktangelegenheiten iZm HKÜ bzw KSÜ

[17] Die Spezialkommission nimmt zur Kenntnis, dass in vielen Vertragsstaaten des HKÜ Besuchsanträge (Art 21 HKÜ) nun im gleichen Verfahren erledigt werden wie Rückführungsanträge.
[18] Die nach dem HKÜ oder dem KSÜ designierten zentralen Behörden werden ermutigt, einen aktiven und praktikablen Weg zu finden, um ihre Funktion in internationalen Besuchs- und Kontaktangelegenheiten zu erfüllen.
[19] Die Spezialkommission bestätigt die Prinzipien, die in *Allgemeine Prinzipien und Leitfaden für grenzüberschreitenden Kontakt mit Kindern* festgehalten sind und ermutigt zu einer Evaluation der bisherigen Praxis in Besuchsrechtssachen im Lichte dieser Prinzipien, soweit es nötig ist.
[20] Die Spezialkommission bemerkt, dass gem Art 7 Abs 2 lit b und Art 21 HKÜ während anhängiger Rückstellungsverfahren der ersuchte Vertragsstaat dem Antragsteller des Rückstellungsverfahrens (in passenden Fällen) Kontakt mit dem betreffenden Kind zu ermöglichen hat.

Statistiken in Bezug auf das HKÜ

[21] Die von Nigel *Lowe* und Victoria *Stephens* erarbeiteten statistischen Analysen werden begrüßt und [22] bisherige Empfehlungen zu einer akkuraten Statistik wiederholt.
[23] Entsprechende Hilfestellungen durch das ständige Büro (INCASTAT) werden von der Spezialkommission ebenfalls empfohlen.

Landesprofil zum HKÜ

[24] Die Spezialkommission begrüßt die Entwicklung der Landesprofile zum HKÜ und deren entscheidende Verbesserung beim Informationsaustausch zwischen den zentralen Behörden, [25] empfiehlt auch den Vertragsstaaten, die das Landesprofil noch nicht vervollständigt haben, dies so rasch wie möglich nachzutragen, und [26] macht auf das Erfordernis regelmäßiger Aktualisierung aufmerksam, das durch ein jährliches Erinnerungsschreiben des ständigen Büros abgesichert werden sollte.
[27] Festgehalten wird, dass dieses Landesprofil den Standardfragebogen für neu beitretende Staaten nicht ersetzt.

Informationen und Ausbildungsbesuche für neu beitretende (ratifizierende) Staaten und solche, die einen Beitritt oder eine Ratifikation in Erwägung ziehen

[28] Solchen Staaten sollte das ständige Büro, etwa durch Besuche und Ausbildungsmaßnahmen, ebenso zur Verfügung stehen wie [29] durch Bereitstellung einer Liste erfahrener Vertragsstaaten, die neu beitretenden (oder an einem Beitritt interessierten) Staaten behilflich sein können, ebenso durch Besucharrangements.

Immigrationsfragen iZm dem HKÜ

[30] Um zu verhindern, dass Immigrationsfragen die Rückstellung des Kindes unmöglich machen, sollten die zentralen Behörden und andere zuständige Behörden, wo immer es möglich ist, die Staatsangehörigkeit des Kindes und den Umstand klarstellen, ob das Kind die erforderlichen Reisedokumente zur Verfügung hat. Dies sollte in einem möglichst frühen Stadium des Rückstellungsverfahrens durchgeführt werden. Auch bei einem Besuchsrechtsbeschluss sollten die Gerichte berücksichtigen, dass es Immigrationsfragen geben kann, die gelöst werden müssen, bevor ein Kontakt, wie angeordnet, stattfinden kann.
[31] In Fällen, in denen es Hinweise darauf gibt, dass Immigrationsschwierigkeiten die Möglichkeit beeinträchtigen, dass ein (nicht dem Staat angehöriges) Kind oder der entführende Elternteil in den ersuchenden Staat zurückkehren kann oder dass eine Person, die Rechte auf Kontakt oder Besuch ausüben kann, sollte die zentrale Behörde schnell auf Informationsersuchen reagieren, um einer Person, die die Klärungen oder Genehmigungen (Visa), die nötig sind, erlangen kann, zu unterstützen. Die Staaten sollten so rasch wie möglich bei der Herausgabe solcher Klärungen oder Visa handeln und ihren staatlichen Immigrationsbehörden verdeutlichen, welche entscheidende Rolle diese bei der Erfüllung der Ziele des HKÜ spielen.

Zugang zum Recht iZm dem HKÜ

[32] Die Spezialkommission unterstreicht die Wichtigkeit der Sicherstellung eines effektiven Zugangs zum Recht für beide Parteien in Rückstellung- und Besuchsverfahren ebenso wie für das Kind, wobei sie allerdings gleichzeitig anerkennt, dass die Mittel, mit denen ein solcher effektiver Zugang sichergestellt wird, von Staat zu Staat verschieden sein werden, insb für jene Vertragsstaaten, die einen Vorbehalt nach Art 26 eingelegt haben.
[33] Die Spezialkommission betont, dass die Schwierigkeit, Verfahrenshilfe in erster oder zweiter Instanz zu erlangen oder einen erfahrenen Anwalt für die Parteien zu finden, zu Verzögerungen führen und nachteilige Effekte für das Kind und für die (anderen) Parteien herbeiführen könnte. Die wichtige Rolle der zentralen Behörde bei der Unterstützung eines Antragstellers, um schnell Verfahrenshilfe zu erlangen oder einen erfahrenen Rechtsvertreter zu finden, ist anerkannt.
[34] Die Spezialkommission betont die Wichtigkeit, beiden Parteien und erforderlichenfalls auch dem Kind effektiven Zugang zum Recht zu gewähren, auch in Sorgerechtsprozessen nach der Rückführung des Kindes, wobei sie gleichzeitig anerkennt, dass die Mittel zur Sicherstellung eines solchen effektiven Zugangs vom Staat zu Staat verschieden sein können.

Häusliche und familiäre Gewalt iZm dem HKÜ

[35] Die Spezialkommission bemerkt, dass eine große Anzahl von Gerichtsbarkeiten Angelegenheiten der häuslichen und familiären Gewalt als eine Sache höchster Priorität ansieht, einschließlich Bewusstseinsbildung und Ausbildung.
[36] In Fällen, in denen das Rückstellungshindernis des Art 13 Abs 1 lit b HKÜ in Bezug auf häusliche oder familiäre Gewalt eingewendet wird, sollten die Anschuldigungen häuslicher oder