werden. Infolge Eröffnung des InsolvenzVerf über das Vermögen der Verpfl am 31. 8. 2011 ist aber die am 24. 10. 2011 von der Betr beantragte Pfandrechtseinverleibung nicht mehr mögl. Die ExSperre des § 10 Abs 1 IO bildet eine absolute negative ExVoraussetzung, die von Amts wegen in jeder Lage des Verf, nicht bloß auf Antrag des Verpfl, wahrzunehmen ist (RIS-Justiz RS0004928; *Deixler-Hübner* in *Konecny/Schubert*, KO § 10 Rz 21 mwN). Der Antrag der Betr ist daher nicht nur, soweit er die Pfandrechtsbegründung im Rang der Anm der Einleitung des ZwangsversteigerungsVerf anstrebt, wegen Verfristung, sondern auch im laufenden bücherl Rang unzulässig und daher zurückzuweisen (*Deixler-Hübner*, aaO Rz 22 mwN).

Anmerkung:

1. Vor dem Exekutionsantrag sollte der betreibende Gläubiger gut überlegen, ob er nicht zwangsweise Pfandrechtsbegründung und Zwangsversteigerung gleichzeitig begehren soll. Dem Pfandrechtsverlust bei Versäumen der Frist des § 207 EO entgeht er damit sicher.

2. Da es hinsichtlich der Zwangsverwaltung keine Parallele zu § 208 EO gibt, ist gleichzeitiger Antrag auf Zwangsverwaltung und zwangsweise Pfandrechtsbegründung nicht nur vorsichtig, sondern als mögliche Vorkehrung gegen Rechts- und nicht nur Rangverlust quasi geboten.

Hans Hoyer

NZ 2013/37

§ 40 Abs 4 WEG; § 57 Abs 1, §§ 93f GBG
Löschung eines Pfandrechts als Zwischeneintrag

Die in § 40 Abs 4 WEG normierte sinngemäße Anwendung des § 57 Abs 1 GBG setzt voraus, dass die Einverleibung des Eigentumsrechts am Mindestanteil und des Wohnungseigentumsrechts im Rang der Anmerkung der Zusage der Einräumung des Wohnungseigentumsrechts erfolgt ist.

OGH 25. 8. 2011, 5 Ob 49/11h (LGZ Wien 23. 12. 2010, 46 R 321/10m)

Zurückweisung ao Revisionsrekurs

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Der OGH hat bereits ausgesprochen, dass die in § 24a Abs 3 WEG 1975 (nunmehr: § 40 Abs 4 WEG 2002) normierte sinngem Anwendung des § 57 Abs 1 GBG voraussetzt, dass die Einverleibung des Eigentumsrechts am Mindestanteil und des WERechts im Rang der Anm der Zusage der Einräumung des WERechts erfolgt ist (RIS-Justiz RS0106441; 5 Ob 2405/96d wobl 1997, 156 [zust *Call*] = MietSlg 48.514; vgl auch 5 Ob 150/95 MietSlg 48.513; 3 Ob 190/01i immolex 2003/45; *Würth* in *Rummel*[3] § 40 WEG [2002] Rz 7; *Ofner* in *Schwimann*[2] § 24 WEG [1975] Rz 5). Diese E und die dort vertretene Ansicht ist in der Lehre nicht auf Kritik gestoßen und findet ihre Stütze im klaren Wortlaut des (nunmehrigen) § 40 Abs 4 WEG 2002. Die ASt zeigen in ihrem RevRek keine Gründe auf, die ein Abgehen von dieser Rechtsansicht nahelegten.

Erbrecht

NZ 2013/38

§§ 785, 794, 951 ABGB
Schenkungspflichtteil

1. Bei der Schenkungsanrechnung werden bewegliche und unbewegliche Sachen gleich bewertet, und zwar zum Zeitpunkt des Erbanfalls, aber nach dem Zustand der Sache zum Zeitpunkt des Empfangs. Daher hat der Wert eines dem Erblasser bei der Übergabe vorbehaltenen lebenslangen Fruchtgenussrechts außer Betracht zu bleiben, weil bereits im Übergabszeitpunkt mit völliger Sicherheit feststand, dass die Belastung wegfallen werde.

2. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob überhaupt eine Schenkung erfolgte. Über die Unentgeltlichkeit entscheiden die Wertverhältnisse im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, wobei alle Übernahmebelastungen einschließlich persönlicher Dienstbarkeiten wie Wohnrechte oder Fruchtgenussrechte als wertmindernd zu berücksichtigen, jedoch nicht als Gegenleistung zu veranschlagen sind. Darin liegt kein Widerspruch zur angeführten Pflichtteilsbemessung, weil für unterschiedliche Beurteilungszwecke jeweils auf unterschiedliche Zeitpunkte abzustellen ist.

3. Das Vorliegen einer (gemischten) Schenkung setzt die einvernehmliche Schenkungsabsicht, also die Absicht einer unentgeltlichen, das heißt auf keine Gegenleistung bezogenen und freiwilligen (freigiebigen) und damit auch nicht durch sittliche Pflicht verlangten Leistung voraus. Räumt der Übernehmer dem Übergeber ein Fruchtgenussrecht ein, handelt es sich mangels Abgeltung der Sachsubstanz um keine Gegenleistung, sondern um eine Minderung des Geschenkwerts.

4. Der Anspruch nach § 785 Abs 1 ABGB richtet sich gegen den Nachlass. Nur wenn dieser nicht aus dem Nachlass abgedeckt werden kann, ist der Beschenkte passiv klagslegitimiert. Ist der Nachlass überschuldet, so ist bei der Berechnung des Schenkungspflichtteils eine allenfalls zum Todeszeitpunkt bestandene Überschuldung des Nachlasses in Abzug zu bringen.

5. Ein Vorempfang im Sinne der §§ 788 f ABGB ist nur auf den Nachlasspflichtteil, nicht aber auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen.

OGH 19. 4. 2012, 7 Ob 248/11 p (OLG Linz 12. 10. 2011, 6 R 343/11 w; LG Wels 1. 8. 2011, 2 Cg 76/10 v)

Zulassung o Revision

Aus den Entscheidungsgründen:

J M sen, der Vater der Streitteile und der weiteren Söhne F M und G M, verstarb am 3. 6. 2009. Mit Übergabsvertrag v 29. 12. 1983 hatte er der Bekl die in seinem Alleineigentum stehende Liegenschaft EZ 87, KG * bestehend aus dem GSt Nr 741/3 (Baufläche, Gebäude und begrünt) und Nr 741/4 (Baufläche begrünt) sowie Nr 94 (Baufläche Gebäude) im Ausmaß von 1.615 m² übergeben. Die Bekl hatte ihrem Vater am Übergabsobjekt auf dessen Lebensdauer das unentgeltliche Fruchtgenussrecht im Sinn der Bestimmungen des ABGB eingeräumt und sich verpflichtet, das Übergabsobjekt ohne Zustimmung des Übergebers weder zu veräußern noch zu belasten. Der Übergeber hatte sich verpflichtet, bis zur Großjährigkeit der Übernehmerin sämtliche für die Übergabsliegenschaft anfallenden öffentlichen Abgaben und Betriebskosten zu bezahlen.

Am 16. 2. 1990 errichtete J M sen folgendes

TESTAMENT:

Ich, Endesgefertigter, J M, ... errichte frei von Irrtum, Betrug und Zwang folgende letztwillige Anordnungen:

Erstens: Alle von mir früher errichteten letztwilligen Anordnungen hebe ich hiemit vollinhaltlich auf.

Zweitens: Zur Alleinerbin meines gesamten dereinstigen Nachlassvermögens setzte ich hiemit meine Tochter G M , ... [Beklagte] ein.

Drittens: Sämtliche bei meinem Ableben vorhandenen Noterben beschränke ich auf den gesetzlichen Pflichtteil.

Viertens: Meine beiden Söhne F M, ... und G M, ... haben ihren Pflichtteil bereits erhalten und mit Notariatsakt v 16. 2. 1990 einen Pflichtteilsverzichtsvertrag unterfertigt.

Fünftens: Mein Sohn J M, ... [Kläger] hat mit Kaufvertrag v 26. 2. 1970 von Frau F H, das GSt Nr 746/2 im Ausmaß von 903 m² um den Betrag von S 20.000,– gekauft. Dieses Grundstück hätte zum damaligen Zeitpunkt einen Wert von S 30.000,– gehabt und hat mir Frau F H dafür, dass ich mich um ihre Mutter E H gekümmert habe und dieser stets Arbeiten verrichtete, ein Drittel dieses Kaufpreises nachgelassen. Diesen Nachlass in Höhe von S 10.000,– habe ich anlässlich dieses Kaufvertrages an meinen Sohn J M weitergegeben, wodurch dieser eine Zuwendung in Höhe von S 10.000,– durch mich erhielt. Den Kaufpreis von S 20.000,– habe ich zunächst zur Gänze bezahlt und von meinem Sohn J M lediglich S 10.000,– zurückverlangt, sodass ich ihm eine weitere Zuwendung in Höhe von S 10.000,– auf den Kaufpreis für das GSt machte. Weiters habe ich meinem Sohn J M zum Bau seines Hauses Baumaterialien von S 10.000,– finanziert. Insgesamt hat daher mein Sohn J M von mir bereits Zuwendungen in Höhe von S 30.000,– in den Jahren 1970 bis 1975 erhalten. Diese Zuwendungen hat sich mein Sohn J M auf den Pflichtteil mit jenem Wert anrechnen zu lassen, der sich aus der zwischenzeitlich eingetretenen Wertsicherung zum Zeitpunkt meines Todes ergibt. (...)

Mit Notariatsakt v 19. 2. 1990 verzichteten F M und G M für sich und ihre ges erbberechtigten Nachkommen unwiderruflich auf das ihnen bzw diesen gegenüber dem der einstigen Nachlass ihres Vaters zustehende Pflichtteilsrecht einschließlich sämtlicher Schenkungseinrechnungsansprüche gem § 785 ABGB.

Im VerlassenschaftsVerf nach dem Vater ergab sich eine Nachlassüberschuldung von € 2.201,21. Die Bekl stellte am 3. 11. 2009 einen Antrag auf Überlassung des Nachlasses an Zahlungs statt. Das VerlassenschaftsG sprach mit B v 27. 11. 2009 aus, dass gem § 153 Abs 1 AußStrG mangels eines € 4.000,– übersteigenden Nachlassvermögens eine Verlassenschaftsabhandlung nicht stattfindet. Der Bekl wurde in teilweiser Abgeltung der von ihr zur Zahlung übernommenen Begräbniskosten in Höhe von € 7.497,66 gem § 153 Abs 2 AußStrG das freie Verfügungsrecht über ein Kontoguthaben in Höhe von € 670,05 eingeräumt.

Der Kl begehrte mit der am 21. 4. 2010 eingebrachten Klage – ausgehend von einer Pflichtteilsquote von einem Achtel und einem Wert der unentgeltlich übertragenen Liegenschaft mit Haus im Todeszeitpunkt des Vaters von € 133.000,– – (zuletzt) die Zahlung eines Schenkungspflichtteils von € 16.625,– samt 4% Zinsen seit 2. 2. 2010.

Das **ErstG** wies das Klagebegehren ab und stellte noch Folgendes fest:

Zur Rolle der Bekl als „Beschenkte":

Die (im Juli 1969 geborene) Bekl hatte im Zeitpunkt der Liegenschaftsübergabe (Dezember 1983) keine Kenntnis darüber, warum der Vater ihr das Haus übergab. Er erklärte ihr die Übergabe später damit, dass die Ehe nicht mehr so gut gelaufen sei; er habe das Haus „geliebt" und nicht im Zuge der Scheidung verlieren wollen. Der Übergeber vereinbarte im Zeitpunkt des Abschlusses des Übergabsvertrags mit der Bekl „nichts zu Gegenleistungen" für die Übergabe der Liegenschaft. Die Bekl besuchte zum Zeitpunkt der Ehescheidung ihrer Eltern (Ostern 1984) die Haushaltsschule in E. „Nicht festgestellt werden kann, dass der Übergeber der Bekl das Haus in Schenkungsabsicht oder teilweise in Schenkungsabsicht übergab." Nach Absolvierung der Haushaltsschule kümmerte sich die Bekl um den Vater und dessen Haushalt; der Umfang der von der Bekl erbrachten Hilfsleistungen ist nicht mehr feststellbar.

Zu den Vorempfängen des Kl:

Mit Kaufvertrag v 26. 2. 1970 erwarb der Kl von der Landwirtin F H das GSt 746/2 im Ausmaß von 903 m² um S 20.000,–. Das GSt hatte nach Auffassung der Verkäuferin und des Erblassers zum damaligen Zeitpunkt einen Wert von S 30.000,–, die Verkäuferin ließ vom Kaufpreis jedoch S 10.000,– nach, weil sich der Verstorbene um ihre Mutter gekümmert und stets Arbeiten verrichtet hatte. Diesen Nachlass von S 10.000,– gab der Verstorbene anlässlich des Kaufvertrags an den Kl weiter. Außerdem beglich der Verstorbene den Kaufpreis von S 20.000,– für die insoweit preisreduzierte Liegenschaft zunächst zur Gänze selbst und verlangte vom Kl dafür lediglich S 10.000,– zurück. Weiters unterstützte der Verstorbene den Kl beim Hausbau, indem er ihm Baumaterialien für S 10.000,– finanzierte.

Zu den Zahlungen der Bekl:

Die Bekl bezahlte an den Beklagtenvertreter für die Vertretung im Verlassenschaftsverfahren nach ihrem Vater im Jänner 2010 auf die Honorarnote Nr 10/€ 25 1.009,37 und trug auch die Nachlassüberschuldung. Sie zahlte an Gemeindeabgaben für die Übergabsliegenschaft bis 2009 € 5.696,70, an Stromkosten € 11.219,17 und an Heizölkosten € 18.367,14. Die fiktiven Betriebskosten für dieses Objekt betragen jährlich € 3.990,–. Nachdem die Bekl im Jahr 1993 mit ihrem nunmehrigen Ehemann zusammengezogen war, trug sie diese Kosten zur Gänze. Im Jahr 1993 wohnten die Bekl, ihr Ehemann und der Verstorbene in diesem Haus; von 1994 bis zum Tod des Erblassers bewohnte neben den genannten Personen auch noch das Kind der Bekl (also insgesamt vier Personen) das Haus.

Zum Wert der Liegenschaft EZ 87 KG *:

Ihr Verkehrswert betrug im Jahr 1983 lastenfrei € 91.190,–. Die Betriebskostenübernahme bis 1990 beläuft sich auf einen Barwert von € 11.626,–. Das Fruchtgenussrecht hatte einen Wert von € 101.129,–. Damit betrug der Verkehrswert der Liegenschaft im Jahr 1983 belastet € 1.687,–. „Wirtschaftlich betrachtet schenkte der Übergeber im Jahr 1983 nichts her; im mit dem Fruchtgenussrecht belasteten Zustand war der Verkehrswert annähernd gleich null." Der Verkehrswert der Liegenschaft per 3. 6. 2009 im Zustand 28. 12. 1983 betrug lastenfrei € 132.519,–.

Das **BerG** gab der Berufung des Kl nicht Folge, übernahm die Feststellungen des ErstG und ließ die o Rev zu.

Der **OGH** erklärte die Rev des Kl für zulässig und teilweise berechtigt.

Was die Grundsätze stRsp zur Ermittlung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage betrifft, ist zunächst Folgendes klarzustellen:

Bei der Schenkungsanrechnung nach § 785 ABGB ist für die Bewertung auf den Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen (RIS-Justiz RS0012952). L und Rsp haben die Bestimmung des § 794 ABGB einer „berichtigenden Auslegung" dahin unterzogen, dass der dem Pflichtteilsrecht zugrunde liegende Ausgleichsgedanke entgegen dem Wortlaut des § 794 ABGB auch bei unbeweglichen Sachen eine Berücksichtigung der seit dem Empfang eingetretenen Wertveränderungen rechtfertige (6 Ob 232/09 z). Der übergangene Noterbe sei so zu stellen, wie er stünde, wenn die Schenkung unterblieben wäre (RIS-Justiz RS0012936; RS0012984; 6 Ob 54/11 a).

Nach hA werden daher bewegliche und unbewegliche Sachen gleich bewertet, und zwar zum Zeitpunkt des Erbanfalls, aber nach dem Zustand der Sache zum Zeitpunkt des Empfangs (*Apathy* in KBB³ § 794 ABGB Rz 3). Dabei ist von der fiktiven Annahme auszugehen, dass die Schenkung unterblieben und die Liegenschaft in die Verlassenschaft gefallen wäre. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung des Schenkungspflichtteils ist insofern der Zeitpunkt des Erbfalls. Es ist nicht der Wert des Geschenks zum Zeitpunkt des Empfangs in Geld zu bewerten und der ermittelte Geldwert aufzuwerten, sondern der Wert des Geschenks im Zeitpunkt des Erbanfalls zu bestimmen, dabei aber der Zustand der Sache im Zeitpunkt des Empfangs zugrunde zu legen (6 Ob 805/82 SZ 57/7; RIS-Justiz RS0012973; 6 Ob 54/11 a); hier also der festgestellte Verkehrswert der Liegenschaft per 3. 6. 2009 im Zustand 28. 12. 1983, aber lastenfrei.

Nach den Grundsätzen stRsp (die das BerG zutreffend wiedergibt) hat somit der Wert eines – wie hier – dem Erblasser bei der Übergabe vorbehaltenen lebenslangen Fruchtgenussrechts im Rahmen der Ermittlung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage außer Betracht zu bleiben, weil bereits im Übergabszeitpunkt mit völliger Sicherheit feststand, dass die Belastung wegfallen werde (RIS-Justiz RS0012946; aA *Rabl*, Die Auswirkungen eines Fruchtgenussvorbehalts auf die Schenkungsanrechnung, NZ 1999, 291 [299 f]).

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob seinerzeit (hier im Jahr 1983) überhaupt eine Schenkung erfolgte; in welchem Ausmaß eine Liegenschaftsübergabe als entgeltlich oder unentgeltlich zu werten ist, ist nämlich nach den Wertverhältnissen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zu beurteilen (RIS-Justiz RS0012978). Dabei sind alle Übernahmebelastungen einschließlich persönlicher Dienstbarkeiten wie Wohnrechte etc als wertmindernd zu berücksichtigen, jedoch nicht als Gegenleistung zu veranschlagen. Auch ein Fruchtgenussrecht ist als Minderung der Zuwendung für die Frage des Vorliegens einer (gegebenenfalls gemischten) Schenkung sehr wohl zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0012946 [T 2]; RS0012978 [T 8]). Darin liegt – wie der OGH bereits ausgeführt hat – kein Widerspruch zur angeführten [– für die Pflichtteilsbemessung maßgebenden –] Judikatur, weil für unterschiedliche Beurteilungszwecke jeweils auf unterschiedliche Zeitpunkte abzustellen ist (6 Ob 232/09 z).

Wie in der eben zitierten Entscheidung ist die vom BerG als erheblich angesehene Rechtsfrage somit anhand der

bereits vorliegenden Rsp des OGH zu beantworten, wobei auch zum vorbehaltenen Wohnungsgebrauchsrecht bereits ausdrücklich festgehalten wurde, dass ein solches für die *Beurteilung der Unentgeltlichkeit* der Eigentumsübertragung an einer Liegenschaft nach stRsp nicht als Gegenleistung, sondern *als Wertminderung der übergebenen Sache zu veranschlagen ist* (5 Ob 191/10 i; RIS-Justiz RS0012978 [T 9]).

Der Kl macht hier einen Anspruch auf den Schenkungspflichtteil nach seinem am 3. 6. 2009 verstorbenen Vater gegen die bekl Schwester geltend, wobei der Vermögenstransfer, den der Kl berücksichtigt haben möchte, Gegenstand eines Übergabsvertrags v 29. 12. 1983 war. Nach den bindenden Feststellungen hatte die Bekl im betreffenden Übergabsvertrag ihrem Vater auf Lebensdauer das unentgeltliche Fruchtgenussrecht am Übergabsobjekt eingeräumt und sich verpflichtet, es ohne Zustimmung des Übergebers weder zu veräußern noch zu belasten. Der Wert der Liegenschaft hatte sich damit auf „annähernd gleich null" reduziert. Die Absicht des Übergebers war darauf gerichtet, seine Wohnversorgung auf dem Übergabsobjekt – im Hinblick auf den drohenden Verlust des Hauses im Zuge seiner Ehescheidung – zu sichern.

Demgemäß geht auch der Kl in seiner Rev nunmehr davon aus, dass sich der Wert der Liegenschaft zwar erheblich vermindert habe, aber ein geringer Wert (€ 1.687,–) übrig geblieben sei, der zwar „sehr gering" erscheine, dem jedoch keine Gegenleistung gegenüberstehe. Er zieht auch nicht in Zweifel, dass der spätere Erblasser die Übergabe der Liegenschaft „lediglich vornahm, um den Verlust des Hauses im Zuge der Ehescheidung zu verhindern", sodass die Absicht des Übergebers darauf gerichtet war, seine Wohnversorgung auf dem gesamten Übergabsobjekt sicherzustellen. Der RevWerber vertritt jedoch den Standpunkt, das Vorliegen des erforderlichen „Freigiebigkeitsmotivs" sei dennoch zu bejahen, weil kein Zwang und keine Pflicht bestand, die Übereignung durchzuführen.

Diesen Ausführungen kommt Berechtigung zu.

Die Geltendmachung des Schenkungspflichtteils setzt voraus, dass es sich bei dem Rechtsgeschäft, das nunmehr berücksichtigt werden soll, um eine (echte oder zumindest eine gemischte) Schenkung gehandelt hat. Eine Schenkung ist im Rahmen eines Übergabsvertrags nur anzunehmen, wenn Einverständnis der Vertragspartner über die Unentgeltlichkeit der Vermögensverschiebung besteht (8 Ob 103/11 x mwN).

Die Frage, ob die subjektive Voraussetzung des Schenkungstatbestands im Einzelfall vorliegt, gehört in das Gebiet der Tatsachenfeststellungen (7 Ob 590/77 SZ 50/101 [jüngst: 6 Ob 7/11 i; 3 Ob 167/11 x mwN]). Beweispflichtig ist jener, der das Vorliegen einer (gemischten) Schenkung als anspruchsbegründende Tatsache behauptet; also bei der Schenkungspflichtteilsklage der pflichtteilsberechtigte Kl (RIS-Justiz RS0018794; RS0019370 [T 3]; jüngst: 6 Ob 7/11 i).

Entgegen der Beurteilung des BerG, dem Übergeber (der im eigenwirtschaftlichen Interesse seine Wohnversorgung auf dem Übergabsobjekt sicherzustellen beabsichtigte) könne keine Schenkungsabsicht unterstellt werden, kommt es auf die angeblich fehlende ausdrückliche Feststellung eines Schenkungswillens bei der hier vorliegenden „reinen" Schenkung (wenn nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien die Liegenschaft ohne Gegenleistung ins Eigentum übertragen wird) aber gar nicht an.

Schenkungsabsicht, die – wie dargelegt – in der Absicht einer unentgeltlichen, das heißt auf keine Gegenleistung bezogenen und freiwilligen (freigiebigen) und damit auch nicht durch sittliche Pflicht verlangten Leistung (RIS-Justiz RS0018833) besteht, ist für die Schenkung begriffswesentlich. Die Unentgeltlichkeit iSd § 938 ABGB bedeutet, dass der Schenker dem Beschenkten die Sache ohne Gegenleistung und auch nicht als Erfüllung einer Verbindlichkeit überlässt; dabei entscheidet über die Frage der Unentgeltlichkeit grundsätzlich der übereinstimmende Parteiwille (RIS-Justiz RS0018843). Voraussetzung für die Annahme einer Schenkung im Rahmen des Übergabsvertrags ist das Einverständnis der Vertragspartner über die Unentgeltlichkeit der Vermögensverschiebung, das ausdrücklich oder schlüssig erklärt werden kann. Es müssen beide Teile erkennbar damit einverstanden gewesen sein, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt, dass ihr also keine oder keine wirtschaftlich beachtliche Gegenleistung gegenüberstehen soll (RIS-Justiz RS0019217). Ein Schenkungsvertrag kommt nur durch übereinstimmende Willensäußerung des Schenkers und des Beschenkten zustande; die Willenseinigung muss darauf gerichtet sein, dass der Schenker dem Beschenkten die Sache unentgeltlich überlässt und dieser sie so annimmt (RIS-Justiz RS0018818). Der Vorbehalt des Fruchtgenussrechts des Übergebers schließt das Vorliegen einer Schenkung nicht aus (RIS-Justiz RS0011837).

Der „wenig geglückte" Begriff der gemischten Schenkung meint demgegenüber Zuwendungen, für die eine geringwertigere Gegenleistung vereinbart ist, wenn sich die Parteien darüber einig sind, dass hinsichtlich der Differenz (zum Schenkungszeitpunkt) Unentgeltlichkeit vorliegt (*Löcker* in *Kletečka/Schauer,* ABGB-ON[1.00] § 938 Rz 18 mwN).

Im hier zu beurteilenden Übergabsvertrag v 29. 12. 1983 räumte die Bekl ihrem Vater auf dessen Lebensdauer das unentgeltliche Fruchtgenussrecht ein und „vereinbarte nichts zu Gegenleistungen" (übernahm also keine solchen) für die Übergabe der Liegenschaft. Beim Fruchtgenussrecht handelt es sich mangels Abgeltung der Sachsubstanz um keine Gegenleistung, sondern – wie bereits ausgeführt – um eine Minderung des Geschenkwerts (so auch *Löcker,* aaO § 938 Rz 14 mwN).

Dass der Vater das Haus nicht im Zuge der Scheidung verlieren wollte, ist sein Motiv für die Schenkung. Daraus leitet sich keine Gegenleistung der Bekl ab. Nach den Feststellungen hatte die (damals 14-jährige) Bekl keine Kenntnis darüber, warum ihr der Vater das Haus übergab. Wenn sich die Parteien – wie hier – einig sind, dass die Sache ohne Gegenleistung und nicht in Erfüllung einer Verbindlichkeit überlassen wird, handeln sie in Schenkungsabsicht (RIS-Justiz RS0018852). Daran, dass von einer Schenkung auszugehen ist, kann somit auch die von den Vorinstanzen ins Treffen geführte Negativfeststellung zur Schenkungsabsicht des Verstorbenen nichts ändern; kommt es doch bei der „bloßen" Schenkung (im Gegensatz zur gemischten Schenkung) auf die Handlungen und nicht auf die entgegenstehende Absicht an. Maßgebend ist somit der Inhalt, das heißt die tatsächliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechtsbeziehungen (vgl RIS-Justiz RS0014509), hier also die (schlüssige) Einigung darüber, dass der Schenker dem Beschenkten die Sache unentgeltlich überlässt und dieser sie annimmt.

Da das Eigentum an der Liegenschaft ohne Gegenleistung übertragen wurde, liegt also auch dann eine Schenkung vor (vgl RIS-Justiz RS0011837 [T 1]; RS0012971 [T 13]), wenn diese (seinerzeit) in ihrem wirtschaftl Wert durch das Fruchtgenussrecht stark geschmälert war. Dies änderte – wie die Rev zutr ausführt – nichts an der Unentgeltlichkeit der Eigentumsübertragung. Auch die E 6 Ob 232/09 z, die sich auf eine gemischte Schenkung bezieht, steht dem nicht entgegen, weil dort – anders als hier – zu beurteilen war, ob überhaupt etwas geschenkt wurde.

§ 951 Abs 1 ABGB sieht vor, dass dann, wenn bei der Bestimmung des Pflichtteils Schenkungen in Anschlag gebracht werden (§ 785 ABGB), der Nachlass aber zu dessen Deckung nicht ausreicht, der verkürzte Noterbe vom Beschenkten die Herausgabe des Geschenks zur Deckung des Fehlbetrags verlangen kann; der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrags abwenden. Die §§ 785, 951 ABGB bezwecken, den übergangenen Noterben so zu stellen, wie er stünde, wenn die Schenkung unterblieben wäre; *„In Anschlag Bringen"* einer Schenkung bedeutet die rechnerische Annahme, es wären noch alle Schenkungen im Nachlass (6 Ob 54/11 a; RIS-Justiz RS0012936).

Der Anspruch nach § 785 Abs 1 ABGB richtet sich gegen den Nachlass oder den Erben, jener nach § 951 Abs 1 ABGB aber gegen den Beschenkten und greift erst ein, wenn mit § 785 ABGB nicht auszukommen ist. Wenn sich bei einem Schenkungspflichtteil ergibt, dass dieser nicht aus dem Nachlass abgedeckt werden kann, ist der Beschenkte also passiv klagslegitimiert (7 Ob 220/08 s; 6 Ob 54/11 a).

Bei der Pflichtteilsberechnung sind alle Lasten als Passiva der Verlassenschaft zu berücksichtigen, die der Noterbe bei ges Erbfolge hätte tragen müssen (7 Ob 56/10 a mwN). Auch die Kosten des Rechtsvertreters der mit der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses betrauten Erben (RIS-Justiz RS0012217), der Inventarerrichtung (RIS-Justiz RS0105013) und die Gebühren des Gerichtskommissärs (RIS-Justiz RS0007645) zählen dazu und sind daher bei der Ermittlung des Reinnachlasses als Passiva zu berücksichtigen (7 Ob 56/10 a; 7 Ob 220/08 s).

Im vorliegenden Fall bezahlte die Bekl im VerlassenschaftsVerf nach ihrem Vater: € 1.009,37 für die Vertretung, € 2.201,21 Nachlassüberschuldung und € 95,52 – unstrittige – Gerichtskommissionskosten. Als pflichtteilsberechtigter Sohn hat der Kl Anspruch auf Berücksichtigung von Schenkungen nach §§ 785, 951 ABGB.

Bei der Berechnung seines Schenkungspflichtteils ist die – unstrittige – Pflichtteilsquote von einem Achtel zugrunde zu legen, weil die Streitteile noch zwei weitere Geschwister haben (vgl dazu RIS-Justiz RS0106573). Von einem Wert der unentgeltlich übertragenen Liegenschaft von € 133.000,– ausgehend begehrt der Kl € 16.625,– samt 4% Zinsen seit 2. 2. 2010. Tatsächlich wurde der – allein maßgebende – Verkehrswert der Liegenschaft im Zeitpunkt des Erbfalls (3. 6. 2009) unter Zugrundelegung ihres Zustands im Zeitpunkt des Empfangs (28. 12. 1983) jedoch mit € 132.519,– festgestellt.

Dass ein – wie hier – überschuldeter Nachlass ein Anwendungsfall des § 951 ABGB sein kann, entspricht der Rsp (6 Ob 54/11 a; vgl RIS-Justiz RS0012960). Vom Wert der Schenkung ist bei Berechnung des durch Schenkungen erhöhten Pflichtteils eine allenfalls zum Todeszeitpunkt bestandene Überschuldung des Nachlasses in Abzug zu bringen (RIS-Justiz RS0012960; *Binder* in *Schwimann*[3] § 951 ABGB Rz 3; *Bollenberger* in KBB[3] § 951 ABGB Rz 2); dies ist Folge der Annahme, es wären noch alle Schenkungen im (hier allerdings überschuldeten) Nachlass (7 Ob 220/08 s mwN). Vom maßgebenden Wert der Schenkung (€ 132.519,–) sind also entsprechend dem herrschenden und von der Rsp angewendeten Berechnungsmodell die Überschuldung des Nachlasses (€ 2.201,21) sowie die Vertretungskosten und Gerichtskommissionskosten im VerlassenschaftsVerf (€ 1.009,37 und € 95,52) abzuziehen. Der Schenkungsbetrag errechnet sich daher mit € 129.212,90, woraus sich ein Schenkungspflichtteil von € 16.151,61 (ein Achtel) ergibt.

Hinsichtlich der weiteren Beträge, die sich der Kl nach dem Standpunkt der Bekl auf seinen Schenkungspflichtteil anrechnen lassen müsste, kommt ein Abzug hingegen nicht in Betracht:

Die Anrechnung geleisteter Betriebskosten und öffentlicher Abgaben für den Erblasser scheitert daran, dass sie nur im Rahmen der Nachlassüberschuldung Berücksichtigung finden konnten. Was die Anrechnung von Vorempfängen des Kl betrifft, ist auf die E 2 Ob 186/10 g (EF-Z 2012/50 *[Fischer-Czermak]*) zu verweisen, die zu dieser Frage ausführlich Stellung nimmt und zum Ergeb-

nis gelangt, dass ein – wie hier – den Nachlasspflichtteil übersteigender Vorempfang nur auf den Nachlasspflichtteil, nicht aber auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen ist.

Da keine weiteren Reduktionen vorzunehmen sind, ist der Rev des Kl teilweise Folge zu geben und die Bekl – in Abänderung der U der Vorlnst – im dargelegten Umfang zur Zahlung an den Kl zu verpflichten.

Dem Klagebegehren ist jedoch nur bei sonstiger Ex in die geschenkte Sache stattzugeben, weil der Beschenkte dem verkürzten Noterben grundsätzlich mit der geschenkten Sache haftet (6 Ob 232/09 z; RIS-Justiz RS0079874; RS0012943; RS0019068; RS0019039) und das Begehren daher auf Zahlung des Ausfalls am Pflichtteil bei Ex in die geschenkte Sache zu lauten hat (*Schubert* in *Rummel*[3] § 951 ABGB Rz 3). In der Beschränkung des ExGegenstands liegt eine – nach § 405 ZPO zulässige – Zuerkennung eines Minus (6 Ob 232/09 z; RIS-Justiz RS0019068). Außerdem ist für den Eintritt der Verzugsfolgen beim Schenkungspflichtteil auf das Begehren des Berechtigten auf Durchführung der Anrechnung abzustellen (2 Ob 186/10 g mwN; RIS-Justiz RS0117847; *Schauer*, Verzugszinsen und Pflichtteilsanrechnung, NZ 1987, 114 [119]), sodass dem Kl Zinsen ab dem Tag der Klagsbehändigung (28. 4. 2010) gebühren. (...)

Anmerkung:

Die nicht leicht verständlichen Ausführungen in dieser E besagen Folgendes: Der OGH will also das Fruchtgenussrecht als wertmindernd berücksichtigen, wenn es um die Frage geht, ob überhaupt eine Schenkung vorliegt. Im gegenständlichen Fall hat dies zu einem minimalen „Netto-Geschenkswert" von € 1.687,– geführt. Das war die Grundlage für das RevG, die Schenkungsanrechnung überhaupt zuzulassen. Erst hier kehrt der OGH nunmehr wieder zum Grundsatz zurück, dass Nutzungsrechte, deren Erlöschen im Zeitpunkt des Todes des Geschenkgebers von vornherein feststeht, nicht von der Pflichtteilsbemessungsgrundlage abzuziehen sind. Dass hier nach der Beurteilung im Schenkungszeitpunkt unter Abzug des kapitalisierten Wertes des Fruchtgenussrechtes noch ein minimaler Schenkungsanteil von € 1.687,– übrig geblieben ist, war das „Glück" des Pflichtteilsklägers. Dieser Minimalwert hat den Weg zur Schenkungsanrechnung eröffnet, bei der sodann das Fruchtgenussrecht (richtigerweise) nicht mehr als wertmindernd von der Bemessungsgrundlage abgezogen wurde.

Wie wäre die E wohl ausgefallen, wenn der Fruchtgenussberechtigte im Schenkungszeitpunkt noch etwas jünger und der kapitalisierte Wert des Fruchtgenussrechtes höher als der Wert der unbelasteten Geschenksliegenschaft gewesen wäre? Nach den in dieser E zum Ausdruck gebrachten Grundsätzen wäre dann überhaupt kein Schenkungsvertrag vorgelegen, sodass der Weg zur Schenkungsanrechnung versperrt gewesen wäre. Es kann nicht sein, dass die Schenkungsanrechnung dann, wenn nach der Beurteilung im Schenkungszeitpunkt unter Abzug des kapitalisierten Wertes des Fruchtgenussrechtes ein auch nur minimaler Schenkungswert verbleibt, die Schenkungsanrechnung voll (also ohne Abzug des Fruchtgenussrechtes) zugelassen wird, während bei einem kapitalisierten Wert des Fruchtgenussrechtes, welcher den unbelasteten Wert der Geschenksliegenschaft im Schenkungszeitpunkt erreicht oder gar übersteigt, die Schenkungsanrechnung gänzlich ausgeschlossen ist. Ein Ergebnis, das durch nichts zu rechtfertigen wäre!

Als – vermeintliche – Begründung führt der OGH seine E 6 Ob 232/09 z ins Treffen, bei welcher jedoch das Fruchtgenussrecht bei der auf den Schenkungszeitpunkt erfolgten Ermittlung des Schenkungsanteiles *und* auch bei der nach dem Tod des Erblassers durchgeführten Schenkungspflichtteilsermittlung als wertmindernd abgezogen wurde. Es handelt sich also im Ergebnis um zwei ganz verschiedene Entscheidungen, was der OGH allerdings in seiner hier besprochenen E 7 Ob 248/11 p nicht sieht.

Der E 6 Ob 232/09 z vorausgegangen ist die OGH E 7 Ob 162/05 g. Damals hat der OGH judiziert, dass ein Wohnrecht für den Geschenkgeber und seine Ehegattin nicht als Gegenleistung, aber als Wertminderung der übergebenen Sache nach versicherungsmathematischen Grundsätzen der statistischen Lebenserwartung zu bewerten und zu berücksichtigen sei. Das Höchstgericht geht hier von der jahrzehntelangen herrschenden Meinung (OGH 6 Ob 805/82 NZ 1988, 281; 5 Ob 589/89; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*[4] § 794 Rz 2; *Welser* in *Rummel*[3] § 794 Rz 6; *Umlauft*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht [2001] 274 ff [jeweils mwN]; aA *Rabl*, Die Auswirkungen eines Fruchtgenußvorbehaltes auf die Schenkungsanrechnung, NZ 1999, 291 [299 ff]) ab und begründet dies lediglich mit einem Hinweis auf die Entscheidung des OGH 2 Ob 185/04 a. Gegenstand der letztgenannten Entscheidung war jedoch eine Bewertungsfrage iZm einem ehelichen Aufteilungsverfahren im Zuge einer Scheidung. Die dort entwickelten Bewertungsgrundsätze können jedoch in keiner Weise mit jenen der Schenkungsanrechnung verglichen werden, da die Bewertung iZm der Schenkungsanrechnung auf den Todeszeitpunkt des Erblassers (Geschenkgebers) vorzunehmen ist und es von vornherein feststeht, dass in diesem Zeitpunkt jedenfalls das vorbehaltene Nutzungsrecht des Geschenkgebers (Erblassers) erloschen sein wird. Dieser Umstand ist die tragende Begründung für die besondere Sichtweise der hA iZm der Bewertung von Schenkungen im Rahmen der Pflichtteilsermittlung. Solche Überlegungen haben selbstverständlich

in einem ehelichen Aufteilungsverfahren keinerlei Relevanz. Der OGH hat weder die jahrelange gegenteilige eigene Judikatur noch die ganz überwiegende gegenteilige Meinung der Lehre zitiert, geschweige denn, sich mit ihr auseinandergesetzt. Es ist wohl anzunehmen, dass dem 7. Senat des OGH diese gegenteilige Meinungslage verborgen geblieben ist. Auf Grund dieses Umstandes und der völlig unzulänglichen Begründung für ein Abgehen von der hA kann in dieser Entscheidung keine „Trendwende" des OGH in dieser Frage gesehen werden.

Aufzulösen ist die durch diese Entscheidungen verursachte Verwirrung wie folgt: Es ist wieder zur früheren OGH-Linie (6 Ob 805/82 NZ 1988, 281; 5 Ob 589/89) zurückzukehren, welche sich mit der weit überwiegenden Lehre (siehe die Zitate im vorhergehenden Absatz) deckt: Demnach sind Nutzungsrechte (wie insbesondere Fruchtgenussrechte, Wohnungsrechte, Gebrauchsrechte, obligatorische Benützungsrechte), welche sich der Geschenkgeber für sich selbst vorbehält, schon bei der Ermittlung der Schenkung bzw des Schenkungsanteils weder als wertmindernd noch als Gegenleistung zu berücksichtigen. Dies ist in der vom Anrechnungsrecht geforderten besonderen Sichtweise begründet und deshalb sachgerecht (hiezu ausführlich *Umlauft*, Anrechnung 274 ff). Nutzungsrechte zu Gunsten dritter Personen sind nur in Abzug zu bringen, soweit diese über den Tod des Geschenkgebers hinaus bestehen. Die solcherart ermittelte Schenkung (Schenkungsanteil) ist sodann zum Todestag zu bewerten.

„Echte" Gegenleistungen, die in einer aktiven Leistungspflicht des Geschenknehmers bestehen (wie insbesondere Leibrentenzahlungen, Pflege- und Betreuungsleistungen etc), sind mit ihrem vollen Umfang als Gegenleistung und somit als wertmindernd in Abzug zu bringen (*Umlauft*, Anrechnung 278 f).

Die Ermittlung des Ausmaßes solcher als wertmindernd zu berücksichtigenden Gegenleistungen (das sind die soeben erwähnten „echten" Gegenleistungen sowie Nutzungsrechte zu Gunsten dritter Personen, soweit sie über den Tod des Geschenknehmers hinausbestehen) erfolgt ex-ante nach den Verhältnissen und dem Kenntnisstand im Zeitpunkt der Schenkung (hiezu ausführlich *Umlauft*, Anrechnung 276 ff).

Manfred Umlauft

NZ 2013/39

§ 579 ABGB
Nuncupatio

Die in § 579 ABGB geforderte Nuncupatio ist ein selbständiges Solennitätserfordernis, welches nicht schon durch die Unterfertigung der allographen letztwilligen Verfügung erfüllt wird. Der bloße subjektive Eindruck der Testamentszeugen, ob das Schriftstück den letzten Willen des Testators enthält, ist für sich unerheblich, solange dieser Eindruck nicht durch ein bestimmtes Verhalten des Testators vermittelt wird.

OGH 20. 11. 2012, 5 Ob 185/12k (OLG Linz 4. 7. 2012, 3 R 92/12p; LG Salzburg 16. 3. 2012, 8 Cg 122/09y)

Zulassung o Revision

Sachverhalt:

H T (fortan: Erblasserin) starb am 21. 11. 2008 im Landeskrankenhaus. Der Kl war seit 2004 der Lebensgefährte der Erblasserin; der Bekl ist deren Sohn.

Die Erblasserin war Eigentümerin von 576/2160 Anteilen der EZ 135 GB verbunden mit WE an Haus C sowie 75100/2314249 Anteilen der EZ 297 GB verbunden mit WE an W22.

Der Nachlass der Erblasserin wurde aufgrund ihres Testaments v 19. 1. 1979 dem Bekl eingeantwortet.

Die Erblasserin unterschrieb am 14. 11. 2008 eine (fremdhändige) letztwillige Verfügung, mit welcher sie (in Punkt I) den Bekl zum Erben einsetzte sowie dem Kl [in Punkt IIa) und f)] ein lebenslanges „Wohnrecht" an ihrem Haus C einräumte und diesem ihre Eigentumswohnung in S-H „vermachte".

Der Kl begehrte mit seiner Vermächtnisklage – soweit für das RevVerf noch wesentlich –, Testament und Vermächtnis v 14. 11. 2008 als rechtsgültig (und rechtswirksam) festzustellen sowie den Bekl zu verpflichten, in die Einverleibung der Dienstbarkeit des „lebenslänglichen" Wohnungsrechts am Haus und des Eigentumsrechts an der Eigentumswohnung jeweils zu Gunsten des Kl einzuwilligen. Die Erblasserin habe am 14. 11. 2008 in Anwesenheit dreier ersuchter Testamentszeuginnen ein formgerechtes fremdhändiges Testament errichtet, in welchem sie dem Kl die angesprochenen Vermächtnisse bestellt habe.

Der Bekl beantragte Abweisung der Klagebegehren.

Das ErstG gab dem Begehren auf Feststellung und Einwilligung in die Einverleibung statt; ein weiteres Teilbegehren wurde – rk – zurückgewiesen. Das ErstG traf folgende – zusammengefasste – Feststellungen:

Nachdem der Ehegatte der Erblasserin im April 2003 verstorben war, lebte diese ab 2004 mit dem Kl in einer harmonischen Beziehung. Zwei Kinder des vorverstorbenen Ehemannes konfrontierten die Erblasserin in der Folge mit Pflichtteilsansprüchen, die Gegenstand eines gerichtl Vergleichs vom April 2007 waren. Als die Erblasserin sodann von ihrer Krebserkrankung erfuhr, entschloss sie sich, ihre Angelegenheiten neu zu regeln. Sie hatte bereits im Jänner 1979 ein Testament zugunsten des Bekl errichtet, verfasst dann aber im Jahr 2008 mehrere Testamentsentwürfe, die allesamt ungül-