kung nur soweit, als er wegen der Schenkung mehr als den ihm bei Einrechnung der Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten würde.

(3) Sind der Ehegatte oder Nachkommen des Erblassers bei dessen Tod nicht mehr pflichtteilsberechtigt, weil sie auf ihr Recht verzichtet haben (§ 551), so ist nur jener Teil der Schenkung herauszugeben, der den Wert übersteigt, den der Beschenkte – unter Berücksichtigung aller anrechnungspflichtigen Zuwendungen – insgesamt als Pflichtteil erhalten hätte.

(4) Ist der beschenkte Nachkomme wegen Erbunwürdigkeit oder Enterbung vom Pflichtteil ausgeschlossen und ist deshalb sein eigener Nachkomme nach dem Erblasser pflichtteilsberechtigt, so ist diesem die Schenkung an seinen Vorfahren anzurechnen.

(5) Ist die Ehe mit dem Erblasser durch Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung aufgelöst, so haftet der Ehegatte ohne die Einschränkung des Abs. 2. Dasselbe gilt, wenn der Ehegatte des Erblassers wegen Erbunwürdigkeit oder Enterbung vom Pflichtteil ausgeschlossen ist. Nach dem Tode des Ehegatten trifft die Herausgabepflicht seine Erben.

(6) Ist der beschenkte Ehegatte des Erblassers vorverstorben oder sind beschenkte Nachkommen des Erblassers ohne Hinterlassung von Nachkommen vorverstorben, die nach dem Erblasser pflichtteilsberechtigt sind, so haften ihre Erben in sinngemäßer Anwendung des Abs 2 insoweit, als die Schenkung den nun dem Beschenkten gebührenden Pflichtteil überstiege.

(7) Ist der beschenkte Dritte vor dem Erblasser gestorben, so trifft die Herausgabepflicht seine Erben.

§ 6. Mehrere zur Herausgabe verpflichtete Beschenkte haften nach dem Wert der empfangenen Geschenke verhältnismäßig.

§ 7. Der Erblasser kann die Anrechnung von Vorempfängen, Vorschüssen und Schenkungen und die Verpflichtung zur Herausgabe nicht erlassen, soweit dies für einen Pflichtteilsberechtigten nachteilig wäre.

# Gedanken zur Änderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Anrechnung im Erbrecht

Von Dr. **Manfred Umlauft,** öffentlicher Notar in Dornbirn

**Inhaltsübersicht**

**I. Einleitung**
**II. Grundsätzliches zum Pflichtteilsrecht**
**III. Einzelfragen**
1. Zum Vorempfangs- und Schenkungsbegriff; Aktiv- und Passivlegitimation bei der Anrechnung
   a) Vorempfangs- und Schenkungsbegriff
   b) Aktiv- und Passivlegitimation bei der Anrechnung
   c) Textierungsvorschlag
2. Herausgabepflicht gemäß § 951 ABGB
3. Zum Begriff der „nicht pflichtteilsberechtigten Personen" im § 785 Abs 3 ABGB
4. Anrechnungsmethode
5. Bewertung
6. Pflichtteilsanspruch im Zusammenhang mit Zuwendungen an Privatstiftungen
7. Fälligkeit

**IV. Schlußgedanke**
**V. Zusammenfassender Textierungsvorschlag für eine Anrechnungsnovelle**

## I. Einleitung

Man muß mit der Anrechnung im Erbrecht nicht oft zu tun haben, um dennoch zu wissen, daß es sich dabei um ein sehr komplexes Rechtsgebiet handelt, das unzählige offene Fragen und Probleme aufwirft. Hier sollen zur Illustration nur einige wenige genannt werden:

– Die Bewertungsvorschrift des § 794 ABGB ist längst überholt. Die Praxis hat durch korrigierende Gesetzesinterpretation Abhilfe geschaffen.[1])

– Es ist ein unbefriedigendes Ergebnis, daß – wie der OGH[2]) in zwei Fällen entschieden hat – jemand sein Vermögen seinem Kind A gegen Erb- und Pflichtteilsverzicht schenkt und dann noch zwei Jahre lebt, um damit diese Schenkung der Bemessungsgrundlage für den Schenkungspflichtteil der anderen erbl. Kinder unter Hinweis auf § 785 Abs 3 ABGB zu entziehen.

– LuRsp haben auch längst erkannt, daß die Anrechnung nicht so durchgeführt werden kann, wie sie § 793 ABGB vor Augen hat. Auch diesbezüglich ist man in korrigierender Gesetzesauslegung – zurückgehend auf OGH JB 114 – zu einer anderen Methode gelangt.[3])

– Die Anrechnung beim Ehegatten scheint auch eher ein „Zufallsprodukt" als eine durchdachte Lösung zu sein.

– Schließlich sei noch auf die durch die Privatstiftung neu entstandenen Probleme verwiesen.

Diese Liste könnte beliebig fortgesetzt werden. Sie soll nur ein Schlaglicht auf die Notwendigkeit der Novellierung der anrechnungsrechtlichen Bestimmungen werfen.

## II. Grundsätzliches zum Pflichtteilsrecht

Vorerst sind kurz einige Gedanken darüber anzustellen, welchen Stellenwert das Pflichtteilsrecht in unserer Rechtsordnung hat. Von diesem Stellenwert hängt es nämlich ab, ob die anrechnungsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere jene über den Schenkungspflichtteil, „durchlässig" oder so gestaltet werden sollen, daß sie einen möglichst effektiven Schutz des gesetzlichen Pflichtteilsrechtes darstellen.

Das Pflichtteilsrecht stellt einen Ausgleich zwischen zwei gegensätzlichen Polen dar:

[1]) *Welser* in *Rummel*², § 794 Rz 1 ff; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³, 298 ff; *Eccher* in *Schwimann*, § 794 Rz 2; OGH NZ 1986, 277 uva.

[2]) NZ 1989, 42; JBl 1991, 312.

[3]) *Welser* in *Rummel*², §§ 788, 789 Rz 5 und §§ 790–793 Rz 10 jeweils mwN.

– Einerseits wäre ein Gesetzesmodell mit völliger Testierfreiheit denkbar.

– Andererseits könnte der Gesetzgeber das Erbrecht im Sinne einer strengen Familienerbfolge regeln, wonach das Vermögen eines Erblassers zwingend seinen nächsten Verwandten bzw zum Teil auch seinem Ehegatten zuzufallen hätte, ohne daß eine Änderung durch entsprechende Verfügung herbeigeführt werden könnte.[4])

Unsere Rechtsordnung hat aus gutem Grund einen Mittelweg des Ausgleichs beschritten: Es besteht grundsätzlich Testierfreiheit, wobei aber nahen Verwandten und dem Ehegatten ein Anteil am Wert des Nachlasses zukommen muß. Insoweit wird also die Privatautonomie (Testierfreiheit) eingeschränkt. Selbstverständlich müssen diese Pflichtteilsbestimmungen zwingendes Recht darstellen, um den Pflichtteilsanspruch auch gegen anderslautende Verfügungen des Erblassers durchsetzen zu können.

Der vom Gesetzgeber eingeschlagene vermittelnde Weg ist richtig, da weder der Grundsatz der Testierfreiheit noch jener der strengen Familienerbfolge **im Normalfall** zu sachgerechten Ergebnissen führt:

a) Gewöhnlich erhalten die Kinder von ihren Eltern wenigstens zum Teil auf ihre Kosten eine Ausbildung und auch sonstige vermögenswerte Zuwendungen, freilich in stark unterschiedlichem Ausmaß. Auf die Finanzierung einer Ausbildung und auf die Ausstattung haben die Kinder im entsprechenden Umfang sogar einen Rechtsanspruch (§§ 140, 1220ff, 1231 ABGB). Diese Zuwendungen, die gewöhnlich auch den Grundstock für einen künftigen Vermögenszuwachs bei den Kindern darstellen und somit vom Kind nicht selbst erarbeitet sind, sind daher – wenigstens teilweise – in moralischer Hinsicht „familienmäßig gebunden". Auch der Ehegatte trägt durch seine Mitwirkung gewöhnlich in vielfältiger Weise zu einem Vermögenszuwachs bei, außerdem besteht zwischen den Ehegatten eine umfassende Lebensgemeinschaft. Die vollkommene Testierfreiheit wäre somit auch unter diesen Gesichtspunkten nicht sachgerecht.

b) Andererseits ist, wie das tägliche Leben zeigt, eine Vermögenszuwendung aus dem Elternhaus in kürzester Zeit nicht mehr vorhanden, wenn sie sich nicht paart mit sorgsamem Vermögensumgang, persönlichem Fleiß und Engagement der mit der Zuwendung bedachten Person. Gelegentlich kommt jemand überhaupt ausschließlich durch persönlichen Einsatz – ohne Unterstützung durch das Elternhaus – zu Vermögen. Vor diesem Hintergrund wiederum wäre eine reine Familienerbfolge ganz und gar nicht sachgerecht.

Wie die geschilderten Fälle zeigen, wird unser System des Kompromisses den gewöhnlichen Fällen, die meist nicht in reiner Form der einen oder anderen Kategorie zuzuordnen sind, gerecht, da im Normalfall, wenn Vermögen zu vererben ist, sowohl eine gewisse Unterstützung durch das Elternhaus anfänglich gegeben war als auch persönlicher Fleiß des Erblassers im Spiel ist. Mag auch unsere gesetzliche Regelung nicht jedem Einzelfall gerecht werden, so muß doch daran erinnert werden, daß der Gesetzgeber nur eine Durchschnittsbetrachtung anstellen kann, um den Großteil der Fälle sachgerecht zu lösen. Das Eingehen auf jeden einzelnen Fall wäre in der Praxis absolut undurchführbar.

Das Pflichtteilsrecht gibt also der engeren Familie einen gewissen vermögensrechtlichen Schutz. Die Abschaffung des Pflichtteilsrechtes oder dessen löchrige Gestaltung stellte somit eine wesentliche Schlechterstellung der Familie dar, deren Stellenwert für den einzelnen und auch für den Staat gerade heute wieder verstärkt erkannt wird. Vor diesem Hintergrund kann es daher mE nicht Aufgabe unserer Rechtsordnung sein, die Familie durch Entschärfung des Pflichtteilsrechtes wirtschaftlich zu schwächen.

Des weiteren ist zu berücksichtigen, daß gerade ältere Personen in bezug auf die Vermögensverteilung relativ leicht beeinflußt werden können. Auch in diesen Fällen stellt das Pflichtteilsrecht notwendiges Korrektiv und einen gewissen Schutz dar.

Aus gutem Grund kennen daher die meisten europäischen Staaten ein Pflichtteilsrecht.

Wenn dieser Befund ernst genommen wird, dann muß aber auch das Anrechnungsrecht, ohne das jetzige Normengebilde **grundsätzlich** in Frage zu stellen, so gestaltet werden, daß es Möglichkeiten zur Umgehung des Pflichtteilsrechtes nach Tunlichkeit verhindert. Dies hat übrigens auch schon der Novellengesetzgeber des Jahres 1916 als Notwendigkeit erkannt; aus diesem Grund wurde schon damals die Bestimmung über die Schenkungsanrechnung (§ 785 ABGB) verschärft.[5]) Ich glaube, es ist wichtig, sich diesen Stellenwert des Pflichtteilsrechtes zu vergegenwärtigen, bevor Gedanken über die Novellierung des Anrechnungsrechts angestellt werden.

## III. Einzelfragen

### 1. Zum Vorempfangs- und Schenkungsbegriff; Aktiv- und Passivlegitimation bei der Anrechnung

#### a) Vorempfangs- und Schenkungsbegriff

Bei der Anrechnung unterscheiden wir zwischen

– Vorempfängen iwS gemäß §§ 788f ABGB, welche auf den Erb- bzw Pflichtteil anzurechnen sind, und

– Schenkungen im Sinne des § 785 ABGB, welche in gewissen Fällen bei der Ermittlung des Schenkungspflichtteilsanspruches zu berücksichtigen sind.

Bei den Vorempfängen iwS unterscheiden wir zwischen

– Vorschüssen gemäß § 789 ABGB, welche kraft Anrechnungsvereinbarung auf den Erb- bzw Pflichtteil anzurechnen sind, und

– Vorempfängen ieS gemäß § 788 ABGB (Heiratsgut, Ausstattung, Leistungen zum Berufsantritt und Schuldtilgungen für volljährige Kinder); diese Anrechnung wird vom Gesetz vermutet und muß daher nicht vereinbart werden.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Unterscheidung zwischen Vorempfang und Schenkung auch bei einer Neufassung des Anrechnungsrechtes aufrecht zu erhalten ist, da sie die Folge der unterschiedlichen erbrechtlichen Gestaltungen ist. Dennoch gibt es diverse Bestimmungen, die sowohl für die Schenkung als auch für den Vorempfang gelten. Ich denke hier vor al-

[4]) Vgl *Koziol/Welser,* Grundriß[10] II 285f.

[5]) *Stanzl* in *Klang*[2] IV 626.

lem an die Bewertungsvorschriften, an die Regelung der Anrechnungsmethode und auch noch an andere Bestimmungen, die nachfolgend noch darzustellen sind. Deshalb und auch aus Gründen einer übersichtlichen Systematik wäre es zweckmäßig, einen gemeinsamen Überbegriff, der etwa „Zuwendung" lauten könnte, zu schaffen. Dieser Überbegriff wäre gegliedert in die beiden Unterbegriffe „Vorempfang" und „Schenkung".

Wie bereits erwähnt, vermutet das Gesetz bei Kindern die Anrechnungspflicht auf den gesetzlichen Erb- bzw Pflichtteil nur dann, wenn sich die Zuwendung unter § 788 ABGB subsumieren läßt. Es muß sich also um eine der vier genannten Zuwendungen handeln (Heiratsgut, Ausstattung, Leistungen für den Berufsantritt bzw Schuldtilgungen für volljährige Kinder). Sofern eine Zuwendung an ein Kind nicht unter diese Bestimmung fällt, kommt es zur Anrechnung auf den Erb- bzw Pflichtteil nur dann, wenn diese zwischen dem Erblasser und dem Zuwendungsempfänger vereinbart wurde.[6]) Diese Regelung des Gesetzes deckt sich allerdings, wie ich aus meiner notariellen Berufserfahrung weiß, nur in den seltensten Fällen mit dem Bewußtsein der rechtsunkundigen Bevölkerung. Dort herrscht nämlich ganz überwiegend die Meinung vor, daß jede lebzeitige Zuwendung auf den späteren Erb- bzw Pflichtteil des betreffenden Kindes angerechnet wird. In fast allen Fällen ist die Überraschung groß, wenn die Anrechnung scheitert, weil eine Subsumtion unter § 788 ABGB nicht möglich ist und auch eine Anrechnungsvereinbarung im Sinne des § 789 ABGB nicht bewiesen werden kann.

Hier wäre es nun mE Aufgabe des Gesetzgebers, dafür Sorge zu tragen, daß sich die gesetzliche Regelung mit dem Rechtsbewußtsein der Bevölkerung deckt. Dies hat zur Folge, daß die Regelung so zu treffen wäre, daß Zuwendungen an Kinder grundsätzlich anrechnungspflichtig sind, es sei denn die Anrechnung wird erlassen.

Bei der Schenkungsanrechnung spricht § 785 ABGB von „Schenkungen". Mangels eines anderslautenden Hinweises im Gesetz geht die hA vom Schenkungsbegriff des § 938 ABGB aus.[7]) Daß es dabei aber im Zusammenhang mit der Schenkungsanrechnung zu sehr unbilligen Ergebnissen kommen kann, führt uns eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes[8]) drastisch vor Augen:

Dabei geht es im wesentlichen um folgenden Sachverhalt: Der Erblasser hinterläßt an gesetzlichen Erben seine Witwe (die Gattin aus seiner zweiten Ehe), seine beiden Söhne A und B aus dieser Ehe sowie 4 Kinder aus erster Ehe. Zirka ein Jahr vor seinem Tod hatte der Erblasser gemeinsam mit seiner Gattin und den beiden Söhnen aus zweiter Ehe (A und B) eine offene Erwerbsgesellschaft errichtet. Der Zweck bestand im wesentlichen im Erwerb, der Verwaltung und Erhaltung einer Liegenschaft im Familienbesitz und in der Vermehrung des Familienbesitzes. Die Einlage des Erblassers bestand aus einer sehr wertvollen, ihm allein gehörigen Liegenschaft, während die Einlagen der übrigen Gesellschafter aus der Zurverfügungstellung ihrer Arbeitskraft bestanden. Der Erblasser war mit 97% beteiligt, die übrigen Gesellschafter mit je 1%. Speziell für den Fall des Ablebens des nunmehrigen Erblassers war gesellschaftsvertraglich bestimmt, daß dessen Gesellschaftsanteil in erster Linie auf seinen Sohn A übergehen sollte, wobei die Erben, Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigten dafür von A keinerlei Abfindung zu erhalten hatten. Zweck der Regelung war, wie erwähnt, die Erhaltung des ungeteilten Familienbesitzes in der beabsichtigten Reihenfolge, zuerst Sohn A dann Sohn B. Im Verlassenschaftsverfahren beantragten die 4 Kinder des Erblassers aus erster Ehe als Pflichtteilsberechtigte die Inventarisierung des Nachlasses unter Einbeziehung des Gesellschaftsanteiles des Erblassers. Der OGH lehnt dies ab. Auch die Frage, ob die Pflichtteilserhöhung gemäß §§ 785, 951 ABGB geltend gemacht werden kann, wird vom OGH verneint. Er begründet dies im wesentlichen damit, daß in diesem Falle keine Schenkung auf den Todesfall erblickt werden könnte, vielmehr sei an der zur Personenhandelsgesellschaft ergangenen vergleichbaren Rechtsprechung auch für die offene Erwerbsgesellschaft festzuhalten, wonach die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an einen Mitgesellschafter für dessen Todesfall unter Erlassung einer Abfindungszahlung an die Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters einen gesellschaftsrechtlichen entgeltlichen Vertrag darstelle.

Die Entscheidung ist ausgesprochen pflichtteilsfeindlich. Es wird nicht einmal der Versuch unternommen, das offenbar unbillige Ergebnis durch eine Gesetzesinterpretation, die sich an den tragenden Grundsätzen des Pflichtteilsrechtes (zwingender Charakter der Pflichtteilsbestimmungen, Schutzgedanke, Ausgleichsgedanke etc) orientiert, abzuschwächen. Die Entscheidung ist in zweierlei Hinsicht besonders bemerkenswert:

– Die in einem Gesellschaftsvertrag vorkommende Klausel, wonach im Falle des Todes Anwachsung ohne Abfindung eintritt, wird auch dann nicht als Schenkung qualifiziert, wenn es nach der Lebenserwartung sehr wahrscheinlich ist, daß ein bestimmter Gesellschafter vor einem anderen bestimmten Gesellschafter stirbt (wie im geschilderten Fall: der betagte Vater gründet eine Gesellschaft ua mit seinen viel jüngeren Söhnen, von denen einem der Gesellschaftsanteil des Vater ohne Abfindung anwachsen soll).

– Diese pflichtteilsfeindliche Auslegung geht schon auf eine ältere Rsp[9]) zurück. Das Problem wird allerdings seit der Geltung des Erwerbsgesellschaftengesetzes noch wesentlich verschärft. Eine eingetragene Erwerbsgesellschaft kann nämlich für jeden zulässigen Zweck errichtet werden (§ 1 EEG),[10]) während eine Personengesellschaft des Handelsrechts nur für ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe gegründet werden kann (§ 4 Abs 2 HGB).[11]) Wer also den Pflichtteil umgehen will, muß nur den kleinen Umweg über eine Personengesellschaft des Handelsrechts oder, wenn es sich um nichtkaufmännisches Vermögen handelt, den Umweg über eine Erwerbsgesellschaft gehen und schon ist er nach derzeitiger OGH-Judikatur im pflichtteilsfreien Raum.

Wenn bei der Novellierung des Anrechnungsrechtes seitens des Gesetzgebers auf diese OGH-Meinung nicht reagiert wird, so wäre nichts naheliegender als der Schluß, daß diese Gesetzesauslegung vom Gesetzgeber billigend in Kauf genommen wird. Damit führte man aber das Pflichtteilsrecht ad absurdum.

Nach meinem Dafürhalten müßte man daher mit *Kralik*[12]) bei der Schenkungs- und Vorempfangsanrechnung eher von einem **wirtschaftlich verstandenen Schenkungs- bzw Vorempfangsbegriff** ausgehen.[13])

[6]) *Welser* in *Rummel*², §§ 788, 789 Rz 12; *Eccher* in *Schwimann*, §§ 788, 789 Rz 13.

[7]) *Welser* in *Rummel*², § 785 Rz 6; *Eccher* in *Schwimann*, § 785 Rz 3.

[8]) GesRZ 1993, 38.

[9]) OGH SZ 23/8; SZ 23/182.

[10]) *Krejci*, Erwerbsgesellschaftengesetz (1991) § 1 Rz 35 ff

[11]) *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 81.

[12]) *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht³, 301.

[13]) Wohl ebenso OGH NZ 1988, 42.

### b) Aktiv- und Passivlegitimation bei der Anrechnung

Eine weitere wichtige Frage ist die der Aktiv- und Passivlegitimation bei der Anrechnung. § 785 enthält diesbezüglich eine klare Regelung für die Schenkungsanrechnung. Hingegen ist diese Frage bei der Anrechnung von Vorempfängen vor allem bezüglich des Ehegatten gesetzlich unklar und, soweit aus dem Gesetz eine Lösung überhaupt ableitbar ist, unbefriedigend.

Nach hA ist der Ehegatte, wenn es um den Pflichtteil geht, anrechnungsberechtigt und anrechnungsverpflichtet, während er bei der Anrechnung bei der gesetzlichen Erbfolge nicht zur Anrechnungsgemeinschaft gehört, dh bei der gesetzlichen Erbfolge soll er weder anrechnungsberechtigt noch anrechnungsverpflichtet sein.[14]) Begründet wird dies damit, daß dies eine Auslegung sei, die dem in diesem Punkt tatsächlich unklaren Gesetz noch am ehesten entspreche.[15])

Wie eine sachgerechte Anrechnungsregelung bezüglich des Ehegatten gestaltet sein könnte, liegt relativ klar auf der Hand: Der Ehegatte ist, was die Qualität des Rechtes anbelangt, erb- und pflichtteilsrechtlich nunmehr mit den Kindern vollkommen gleichgestellt. Es ist daher nur konsequent und billig, ihn auch in die Anrechnungsgemeinschaft sowohl bei der gesetzlichen Erbfolge als auch beim Pflichtteil als vollberechtigtes und vollverpflichtetes Mitglied aufzunehmen, das heißt sowohl bei der Anrechnung bei der gesetzlichen Erbfolge als auch beim Pflichtteil soll neben den Kindern der Ehegatte anrechnungsberechtigt und anrechnungsverpflichtet sein.

Gegenüber Personen der 2. und 3. Linie sollte jedoch der Ehegatte nicht anrechnungsverpflichtet sein. Dies dürfte im Normalfall dem vermutlichen Willen des Erblassers und wohl auch der Grundwertung des Gesetzes entsprechen, welches den Ehegatten gegenüber der 2. und 3. Linie bevorzugt (vgl beispielsweise § 757 ABGB). Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Anrechnungsvereinbarung ausdrücklich auch für diesen Fall gilt.

Eine weitere Frage ist die nach dem rechtlichen Schicksal einer Anrechnungsverpflichtung, wenn der Zuwendungsempfänger als Erbe bzw Noterbe wegfällt (insbesondere infolge Todes, Erb- bzw Pflichtteilsverzichts, Scheidung, Enterbung) und dies unmittelbar zum Entstehen des Erb- bzw Pflichtteilsrechts oder zur Erhöhung der Erbrechts- bzw Pflichtteilsquote einer anderen Person führt. Derzeit bestimmt das Gesetz im letzten Satz des § 790 ABGB diesbezüglich wörtlich folgendes: „Einem Enkel wird nicht nur das, was er unmittelbar selbst; sondern auch, was seine Eltern, in deren Stelle er tritt, auf solche Art empfangen haben, in den Erbteil eingerechnet."

Diese Fassung ist zu eng. Man denke an folgenden Fall:

Der Erblasser hinterläßt 2 Kinder (A und B) sowie seine Lebensgefährtin, welche er mittels Testamentes zur Alleinerbin einsetzt. Die Pflichtteilsquote der beiden Kinder A und B beträgt je 1/4. Ursprünglich hat der Erblasser ein Vermögen in Höhe von 100 besessen. Zu Lebzeiten hat er jedoch dem Kind A 25 als Vorempfang mit der Verpflichtung der Anrechnung auf den späteren Erb- und Pflichtteil zugewendet. Der Erblasser hinterläßt somit noch ein Vermögen in Höhe von 75. Das Kind A stirbt nach Erhalt des Vorempfanges ohne Hinterlassung von Nachkommen vor dem Erblasser. Dadurch verdoppelt sich die Pflichtteilsquote des B und beträgt sodann die Hälfte des reinen Nachlasses. Unter rechnerischer Miteinbeziehung der Zuwendung an A (25) hat B demnach einen Pflichtteilsanspruch in Höhe von 50 (100 : 2). Somit kann der Erblasser der Lebensgefährtin lediglich 25, also 1/4 seines ursprünglichen Vermögens, zuwenden, während 25 das vorverstorbene Kind A als (vermeintliche) Pflichtteilsdeckung erhalten hat und 50 als Pflichtteilsabdeckung für das Kind B aufgewendet werden müssen. Das ist ein eigenartiges Ergebnis: Von den Pflichtteilsquoten der Nachkommen her betrachtet müßte die Hälfte des ursprünglichen Vermögens des Erblassers verfügungsfrei sein, zumal er keine Zuwendung ohne Anrechnungsverpflichtung gemacht hat. Selbst wenn man bei der Pflichtteilsermittlung des B den A zugewendeten Vorempfang außer Betracht läßt, so wird das Ergebnis dennoch nicht stimmig: Diesfalls erhält B einen Pflichtteil von 37.5 (75 : 2). Der Erblasser muß somit auch hier mehr als die Hälfte seines ursprünglichen Vermögens als Pflichtteilsdeckung aufwenden, nämlich insgesamt 62.5 (37.5 + 25).

Es ist somit nicht sachgerecht, daß sich infolge des Vorablebens des Kindes A – ein vom Erblasser nicht zu beeinflussender Umstand – der verfügungsfreie Teil seines Vermögens verringert. Richtigerweise müßte eine Regelung somit vorsehen, daß die Anrechnungspflicht im Rahmen des entstehenden Erb- bzw Pflichtteilsrechtes bzw im Rahmen der Erhöhung der Erbrechts- bzw Pflichtteilsquote auf die repräsentations- bzw akkreszenzberechtigte Person übergeht.[16]) Dies würde im soeben geschilderten Fall zu folgendem Ergebnis führen: Der Pflichtteil des Kindes B aufgrund seiner ursprünglichen Pflichtteilsquote beträgt unter Berücksichtigung des dem Kind A zugewendeten Vorempfanges 25 (100 : 4). Die Erhöhung des Pflichtteils infolge Akkreszenz beträgt 25, worauf sich B jedoch 25, nämlich den auf dem angewachsenen Pflichtteil lastenden Vorempfang, anrechnen lassen muß. B erhält somit im Ergebnis nur noch 25. Dieses Ergebnis ist stimmig: Der Erblasser hatte ursprünglich 100; davon hat er zu Lebzeiten als Pflichtteilsabfindung für das Kind A 25 aufgewendet. Aus dem Nachlaß sind weitere 25 dem Kind B als Pflichtteilsabdeckung zu leisten. Insgesamt sind somit 50 als Pflichtteilsdeckung aufzuwenden, also genau die Hälfte des Nachlasses. Dasselbe müßte gelten, wenn A im Hinblick auf die Zuwendung auf sein Erb- und Pflichtteilsrecht gemäß § 551 ABGB verzichtet, was ebenfalls zur Akkreszenz führt; die Abfindungsleistung lastet auf dem zuwachsenden Erb- bzw Pflichtteil wie ein Vorempfang.

### c) Textierungsvorschlag

Die §§ 788 bis 792 könnten daher wie folgt neu formuliert werden:

***§ 788.*** *(1) Zuwendungen sind nach Maßgabe der §§ 785, 789 ff anrechenbar.*

*(2) Eine Zuwendung liegt vor, soweit es sich um ein unentgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt. Ein solches ist auch dann gegeben, wenn das Rechtsgeschäft, ohne daß die Voraussetzungen des § 938 formell erfüllt sind, nach seinem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft gleichkommt. Auch was als Abfindung für einen Verzicht (§ 551) hingegeben wird, gilt als Vorempfang (§§ 789 f).*

[14]) *Welser,* Neue Rechenaufgaben vom Gesetzgeber, NZ 1978, 161 (162 f); *Koziol/Welser,* Grundriß[10] II 360; *Gschnitzer/Faistenberger,* Erbrecht[2], 82 und 105 f.

[15]) *Koziol/Welser,* Grundriß[10] II 386.

[16]) *Ehrenzweig/Kralik,* Erbrecht[3], 296.

*(3) Wird einem Kind ein Heiratsgut oder eine Ausstattung gegeben, so stellt dies auch insoweit, als darauf ein Rechtsanspruch (§§ 1220, 1231) besteht, eine Zuwendung dar.*

*(4) Zuwendungen werden unterteilt in Vorempfänge (§§ 789 ff) und Schenkungen (§ 785). Soweit Zuwendungen nicht nach §§ 789 ff auf den Erb- bzw Pflichtteil angerechnet werden, handelt es sich um Schenkungen gemäß § 785.*

***§ 789.*** *(1) Zuwendungen an Kinder sind auf deren gesetzlichen Erbteil nach dem Zuwendenden anzurechnen, soweit die Anrechnung nicht erlassen wurde.*[17])

*(2) Jedoch sind Zuwendungen an Kinder, die ohne Schmälerung des Stammvermögens des Erblassers erfolgen, sowie überhaupt Zuwendungen an andere Personen als an Kinder des Erblassers auf den gesetzlichen Erbteil des Zuwendungsempfängers nur anrechenbar, soweit dies zwischen ihm und dem Erblasser vereinbart wurde.*

*(3) Jeder zum Zuge kommende Erbe ist berechtigt, die Anrechnung gemäß Abs 1 und 2 zu verlangen. Den Erben der 2. und 3. Linie steht dieses Recht gegenüber dem Ehegatten des Erblassers jedoch nur zu, wenn sich dies aus der Anrechnungsvereinbarung ausdrücklich ergibt.*

*(4) Anrechnungsverpflichtet ist der Zuwendungsempfänger.*

***§ 790.*** *(1) Zuwendungen an Kinder sind auf deren gesetzlichen Pflichtteil nach dem Zuwendenden anzurechnen, soweit die Anrechnung nicht erlassen wurde.*[17])

*(2) Jedoch sind Zuwendungen an Kinder, die ohne Schmälerung des Stammvermögens des Erblassers erfolgen, sowie überhaupt Zuwendungen an andere Personen als an Kinder des Erblassers auf den gesetzlichen Pflichtteil des Zuwendungsempfängers nur anrechenbar, soweit dies zwischen ihm und dem Erblasser vereinbart wurde.*

*(3) Die Anrechnung beim Pflichtteil kann verlangt werden:*

*a) von jedem der übrigen Noterben, von solchen der 2. und 3. Linie gegenüber dem Ehegatten des Erblassers jedoch nur dann, wenn sich dies aus der Anrechnungsvereinbarung ausdrücklich ergibt;*

*b) von jedem der Erben und Vermächtnisnehmer, die zur Leistung des Pflichtteils verpflichtet sind.*

*(4) Anrechnungsverpflichtet ist der Zuwendungsempfänger.*

***§ 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 4 gilt sinngemäß.*

***§ 792.*** *Wenn der Zuwendungsempfänger 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 (§ 787 Abs 2, §§ 789 ff) im Rahmen des dadurch entstehenden Erbrechtes (Pflichtteilsrechtes) bzw im Rahmen der Erhöhung der Erbrechtsquote (Pflichtteilsquote) auf diese Person über.*

Noch zwei kurze Ergänzungen:

Die Bestimmung im § 789 letzter Halbsatz ABGB, wonach in den Pflichtteil des Ehegatten außerdem alles eingerechnet wird, was er als gesetzliches Vorausvermächtnis erhält, sollte sinnvollerweise dem § 787 Abs 1 ABGB angefügt werden, da es sich dabei ja nicht um einen Vorempfang handelt, sondern um die Zuwendung eines Vermögens, das im Nachlaß tatsächlich vorhanden ist.

Der zweite Satz des § 792 ABGB sieht vor, daß der Erlaß der Anrechnung nicht zulässig ist, wenn die nötige Erziehung und Versorgung der Kinder nicht gesichert ist. Soweit man nicht ohnedies davon ausgeht, daß diese Bestimmung durch die Neufassung der §§ 142, 166 ABGB gegenstandslos ist,[18]) handelt es sich dabei nach meiner Erfahrung um totes Recht. Ich glaube daher, daß diese Bestimmung ersatzlos gestrichen werden kann.

## 2. Herausgabepflicht gemäß § 951 ABGB

Der immer wieder anzutreffende Rechtssatz „Vorempfänge sind niemals wieder herauszugeben"[19]) ist gefährlich, weil er bei Vorliegen eines – im Vergleich zum gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil – überhöhten Vorempfanges zur Pflichtteilsvereitelung der anderen Noterben geeignet ist. Dem könnte nur begegnet werden, indem man den übermäßigen Vorempfang zerlegt

– in einen angemessenen Vorempfang, der sich am gesetzlichen Erb- bzw Pflichtteil des Zuwendungsempfängers zur orientieren hat,

– und, was das Übermaß betrifft, in eine Schenkung.

Die Zerlegung ist aber schwierig, da bei der gesetzlichen Erbfolge der Vorempfang der Höhe des gesetzlichen Erbteiles zu entsprechen hätte, während bei der Pflichtteilsanrechnung ein angemessener Vorempfang wohl nur in Höhe des Pflichtteils angenommen werden könnte. Es käme also zu einer weiteren Differenzierung, die das Anrechnungsrecht noch komplizierter machte.

Die einfachere Lösung besteht wohl darin, daß die Regelung des § 951 ABGB, wonach Schenkungen, soweit der Schenkungspflichtteil aus dem Nachlaß nicht beglichen werden kann, herauszugeben sind, auch auf Vorempfänge bezogen wird. Freilich besteht die Herausgabepflicht – wie bisher – nicht, soweit die Zuwendung den eigenen (erhöhten) Pflichtteil des Zuwendungsempfängers deckt.

Im Zusammenhang mit der gesetzlichen Bestimmung des § 951 ABGB ist noch kurz auf ein anderes Problem einzugehen. Unter mehreren Beschenkten haftet nach der derzeitigen Regelung der früher Beschenkte nur in dem Maß, als der später Beschenkte zur Herausgabe nicht verpflichtet oder imstande ist; gleichzeitig Beschenkte haften verhältnismäßig (§ 951 Abs 3 ABGB). Diese Regelung ist jedoch nach meinem Dafürhalten mit einem richtig verstandenen Ausgleichsgedanken nicht in Einklang zu bringen. Es ist wohl nicht zumutbar, daß einem Beschenkten nur deshalb, weil er eventuell ein halbes Jahr später beschenkt wurde, die gesamte Last des

[17]) Damit ist die Zuwendung als Schenkung zu qualifizieren, sodaß die anderen Noterben durch den Erlaß nicht um ihre Rechte gebracht werden. Ihnen steht die Schenkungsanrechnung gemäß § 785 ABGB offen.

[18]) *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht[3], 341.

[19]) *Welser* in *Rummel*[2], § 785 Rz 28; *Gschnitzer/Faistenberger*, Erbrecht[2], 83 und 106; *Koziol/Welser*, Grundriß[10] II 385; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht[3], 297 f; aA *Eccher*, Antizipierte Erbfolge (1980) 166 ff.

§ 951 ABGB aufgebürdet wird. Dies ist auch der Grund, warum diese Regelung, wie ich in meiner notariellen Praxis immer wieder feststelle, von der Bevölkerung in der Regel nicht verstanden wird. Sachgerechter wäre es daher, diese Regelung so abzuändern, daß die Zuwendungsempfänger nicht nur bei Gleichzeitigkeit der Zuwendung, sondern in jedem Falle verhältnismäßig haften.

Bevor ich den Textvorschlag für eine Neuformulierung des § 951 ABGB unterbreite, möchte ich noch auf zwei andere Punkte eingehen.

## 3. Zum Begriff der „nicht pflichtteilsberechtigten Personen" im § 785 Abs 3 ABGB

Im wesentlichen geht es dabei um folgendes:

Gemäß § 785 Abs 3 ABGB bleiben bei der Schenkungsanrechnung ua solche Schenkungen unberücksichtigt, die der Erblasser früher als 2 Jahre vor seinem Tod an nicht pflichtteilsberechtigte Personen gemacht hat. Es hat sich nun eine Kontroverse darüber entwikkelt, wann eine Person nicht pflichtteilsberechtigt sein darf, um in den Genuß dieser 2-Jahres-Frist zu gelangen[20]): Geht es dabei um die konkrete oder abstrakte Pflichtteilsberechtigung? Geht es um die Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt oder im Todeszeitpunkt oder darf die Pflichtteilsberechtigung weder im Schenkungs- noch im Todeszeitpunkt gegeben sein? Dieser Fragestellung kommt besondere Bedeutung deshalb zu, da vielfach Schenkungen von Eltern an Kinder vorgenommen werden, welche im Hinblick auf die Zuwendung gleichzeitig auf ihr Erb- und Pflichtteilsrecht gemäß § 551 ABGB verzichten. Wenn nun bei dieser Fragestellung auf die Pflichtteilsberechtigung lediglich im Todeszeitpunkt abgestellt wird, so kommen solche Geschenknehmer jedenfalls dann in den Genuß der Anrechnungsfreiheit ihrer Schenkung, wenn der Geschenkgeber nach der Schenkung noch 2 Jahre lebt. *Welser*[21]) hat zwar Verständnis dafür aufgebracht, daß vor diesem Hintergrund es mitunter problematisch sein kann, bezüglich der Pflichtteilsberechtigung auf den Todeszeitpunkt abzustellen. Allerdings hat er das Argument der „Reziprozität" ins Spiel gebracht.[22]) Demnach ist das Abstellen der Pflichtteilsberechtigung auf den Todeszeitpunkt deshalb sachgerecht, da nur so verhindert werden könne, daß der Beschenkte zwar unbefristet anrechnungsverpflichtet, jedoch mangels Pflichtteilsberechtigung nicht mehr anrechnungsberechtigt sei.

Der OGH ist in zwei Entscheidungen der Ansicht von *Welser* gefolgt.[23]) In seiner jüngsten einschlägigen Entscheidung hat der OGH jedoch seinen Standpunkt etwas abgeschwächt.[24]) Der Inhalt dieser Entscheidung ist – kurz zusammengefaßt – folgender:

Ein Vater hat einem seiner 5 Kinder im Jahre 1986 Liegenschaftsvermögen im Wert eines dreistelligen Millionenbetrages geschenkt. Ein Pflichtteilsverzicht des Beschenkten erfolgte damals nicht. Die erste Entscheidung, wonach in dieser Frage auf die Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt abzustellen sei, hat der OGH im Jahre 1988 gefällt. Im Jahre 1990 hat der seinerzeitige Geschenkgeber mit seinem beschenkten Sohn einen Pflichtteilsverzichtsvertrag abgeschlossen und am selben Tag denselben Sohn mittels Testamentes zum Universalerben seines restlichen Vermögens eingesetzt. Im Jahre 1993 ist der Geschenkgeber verstorben. Seine übrigen Kinder haben Schenkungspflichtteilsansprüche geltend gemacht, welche der testamentarische Alleinerbe und Beschenkte unter Hinweis auf die 2-Jahres-Frist des § 785 Abs 3 abgelehnt hat. Der OGH hat entschieden, daß die Frage, auf welchen Zeitpunkt die Pflichtteilsberechtigung abzustellen sei, offen bleiben könne, da in diesem Falle die Berufung auf die 2-Jahres-Frist jedenfalls rechtsmißbräuchlich und daher unzulässig sei.

Wie dieser Fall eindrucksvoll belegt und ich als Notar auch bestätigen muß, kann das Abstellen der Pflichtteilsberechtigung auf den Todeszeitpunkt in diesem Zusammenhang zu großen Problemen deshalb führen, da die Umgehung des Pflichtteilsrechtes dadurch relativ leicht möglich ist. Im soeben geschilderten Fall konnte zwar durch die Berufung auf den Rechtsmißbrauch ein sachgerechtes Ergebnis erzielt werden. Allerdings ist damit der Nachteil verbunden, daß über den Einwand des Rechtsmißbrauches wohl nur die krassesten Fälle sachgerecht gelöst werden können und es in der Praxis für den Kautelar-Juristen schwierig ist zu beurteilen, ab wann mit dem Einwand des Rechtsmißbrauches gerechnet werden muß.

Eine dem Problem gerecht werdende Lösung muß folgende Anforderungen erfüllen:

– Schenkungen an Personen, die im Ablebenszeitpunkt konkret pflichtteilsberechtigt wären, tatsächlich aber insbesondere infolge Vorablebens, Scheidung, Verzicht gemäß § 551 ABGB, Erbunwürdigkeit oder Enterbung nicht pflichtteilsberechtigt sind, müssen unbefristet der Schenkungsanrechnung unterliegen, dürfen also nicht nach Ablauf von 2 Jahren seit der Schenkung gemäß § 785 Abs 3 anrechnungsbefreit sein.

– Die von *Welser* ins Spiel gebrachte Reziprozität ist eine Überlegung, die es auch verdient, umgesetzt zu werden. Nach meinem Verständnis ist diesem Reziprozitätsgedanken folgendermaßen Rechnung zu tragen: Der unbefristeten Schenkungsanrechnung sollen nur solche Personen ausgesetzt sein, denen die Haftungsbeschränkung iSd § 951 Abs 2 ABGB in der nunmehr vorgeschlagenen Fassung zugute kommt, die also die Herausgabe der Zuwendung in Höhe ihres Pflichtteils verweigern können. Dabei sind jedoch Personen, die insbesondere infolge Vorablebens, Scheidung, Verzichtsvertrages gemäß § 551 ABGB, Enterbung, Erbunwürdigkeit oder Ausschlagung nicht mehr pflichtteilsberechtigt sind, in Höhe ihres hypothetischen Pflichtteilsanspruches von der Haftung nach § 951 ABGB befreit. Ihr Pflichtteil ist so zu ermitteln, als ob der den Pflichtteil beseitigende Umstand nicht eingetreten wäre. Eine ähnliche Regelung enthält beispielsweise das Schweizer Zivilgesetzbuch in seinem Art 535 Abs 2 in bezug auf den Erbverzicht.

Die gesetzliche Regelung des § 785 Abs 3 ABGB könnte somit wie folgt lauten:

*(3) In jedem Fall bleiben unberücksichtigt:*

*a) Schenkungen, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung seines Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht, oder aus Rücksichten des Anstandes gemacht hat;*

*b) Schenkungen, die der Erblasser früher als zwei Jahre vor seinem Tod an solche Personen gemacht hat,*

[20]) *Welser,* Zur Berücksichtigung von Schenkungen im Pflichtteilsrecht, *Kralik*-FS (1986) 583ff; *Umlauft,* Unbefristete Schenkungsanrechnung im Pflichtteilsrecht, NZ 1988, 89ff; *derselbe,* Nochmals zur Schenkungsanrechnung im Pflichtteilsrecht, NZ 1989, 257; OGH 1989, 42 *(Czermak);* JBl 1991, 312 *(Eccher).*

[21]) In *Kralik*-FS 586ff.

[22]) In *Kralik*-FS 588ff.

[23]) NZ 1989, 42 *(Czermak);* JBl 1991, 312 *(Eccher).*

[24]) NZ 1996, 178.

*denen bzw deren Erben die Haftungsbeschränkung gemäß § 951 Abs 2 nicht zukommt.*

Die Neufassung des § 951 ABGB könnte wie folgt lauten:

***§ 951.*** *(1) Wenn bei Bestimmung der Pflichtteile Vorempfänge (§ 790) und (oder) Schenkungen (§ 785) in Anschlag gebracht werden, der Nachlaß aber zu deren Deckung nicht ausreicht, kann der verkürzte Noterbe vom Zuwendungsempfänger die Herausgabe des Vorempfanges bzw der Schenkung zur Deckung des Fehlbetrages verlangen. Der Zuwendungsempfänger kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden.*

*(2) Ist der Zuwendungsempfänger selbst pflichtteilsberechtigt, so haftet er dem anderen nur soweit, als er infolge der Zuwendung mehr als den ihm bei Berücksichtigung der anrechenbaren Vorempfänge und Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten würde. Ist der Zuwendungsempfänger infolge Todes oder aus einem anderen Grund[25]) als Noterbe weggefallen, so steht ihm bzw seinen Erben die Haftungsfreistellung in Höhe seines hypothetischen Pflichtteils zu. Dieser ist so zu berechnen, als ob der das Pflichtteilsrecht beseitigende Umstand nicht eingetreten wäre.*

*(3) Keinesfalls müssen solche Zuwendungen herausgegeben werden, bezüglich derer eine Pflichtteilserhöhung weder gemäß § 790 noch gemäß § 785 verlangt werden kann. Dasselbe gilt bezüglich Vorempfängen, soweit auf sie ein Gesetzesanspruch besteht.*

*(4) Mehrere Zuwendungsempfänger haften verhältnismäßig.*

Ein gewisses Problem können auch Schenkungen an Schwiegerkinder darstellen:[26]) Es wäre mit dem beachtenswerten Grundsatz der Riziprozität grundsätzlich unvereinbar, bezüglich solcher Schenkungen generell die unbefristete Schenkungsanrechnung zuzulassen. Andererseits können auf diese Weise elegante Umgehungen erfolgen. Ich denke, man könnte jedoch in diesem Zusammenhang in extremen Fällen auf den Einwand des Rechtsmißbrauchs vertrauen, der seine Wirkung jedenfalls dann nicht versagen dürfte, wenn diese Umgehungsmöglichkeit vom Gesetzgeber, beispielsweise durch Erwähnung des Rechtsmißbrauchs im Motivenbericht, mißbilligt wird.[27])

## 4. Anrechnungsmethode

Es wurde von LuRsp[28]) schon lange erkannt, daß die gesetzliche Regelung des § 793 ABGB über die Anrechnungsmethode nicht praktikabel ist und in gewissen Fällen überhaupt versagt. Zurückgehend auf ein richtungsweisendes Erkenntnis des OGH[29]) wird in der Praxis – mit Billigung der Lehre[28]) – folgende Anrechnungsmethode angewendet: Zunächst werden die zu berücksichtigenden Zuwendungen dem Nachlaß rechnerisch hinzugeschlagen, davon die Werte der Erbteile bzw die Pflichtteile ermittelt und von diesen allfällige anrechnungspflichtige Zuwendungen abgezogen.

§ 793 ABGB könnte daher wie folgt lauten:

***§ 793.*** *Die zu berücksichtigenden Zuwendungen werden dem Nachlaß rechnerisch hinzugeschlagen, davon die Werte der Erbteile bzw die Pflichtteile ermittelt und von diesen allfällige anrechnungspflichtige Vorempfänge bzw von der Pflichtteilserhöhung die anrechnungspflichtigen Schenkungen (§ 785) abgezogen.*

## 5. Bewertung

Nach der Bewertungsvorschrift des § 794 ABGB sind unbewegliche Sachen nach dem Zeitpunkt der Zuwendung, bewegliche Sachen nach dem Zeitpunkt des Erbanfalles zu bewerten; für die Bewertung von Bargeldzuwendungen enthält die genannte Gesetzesbestimmung überhaupt keine Regelung. Es wurde schon lange erkannt, daß die dieser Regelung zugrundeliegenden Annahmen des historischen Gesetzgebers (Geldwertstabilität etc) nicht mehr zutreffen, sodaß die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung zu völlig unbilligen Ergebnissen führen müßte.[30]) LuRsp[31]) haben sich daher in korrigierender Gesetzesauslegung – bei aller damit zusammenhängender dogmatischer Problematik – immer weiter von dieser Gesetzesnorm entfernt. Heute kann es als hA gelten, daß bei der Bewertung einer zu Lebzeiten des Erblassers erfolgten Zuwendung gefragt wird, was der Nachlaß wert wäre, wenn diese Zuwendung unterblieben wäre und somit das betreffende Vermögensgut sich noch im Nachlaß befände.

Vorerst ist festzuhalten, daß diese Bewertungssicht jedenfalls einen entscheidenden Vorteil hat: Bevor sich diese Ansicht durchgesetzt hat, ging die hA von etwa folgendem Rechtssatz aus: Das zugewendete Vermögen ist mit seinem Zustand im Zuwendungszeitpunkt nach den im Todeszeitpunkt bestehenden Wertverhältnissen zu bewerten.[32]) Dies hat aber insbesondere bei Wertveränderungen zwischen Zuwendungs- und Todeszeitpunkt, die auf Änderungen der Flächenwidmung (Umwidmung von landwirtschaftlichem Grund in Baugrund) zurückzuführen waren, zu großen Problemen geführt, da solche Wertänderungen bei wörtlicher Anwendung dieses Rechtsatzes nicht zu berücksichtigen gewesen wären. Man hat sich dann insoweit beholfen, als man gesagt hat, daß auch im Zuwendungszeitpunkt bereits vorhandene potentielle Verwertungschancen bei der Bewertung mitzuberücksichtigen seien.[33]) Die nunmehrige Formel, wonach zu fingieren ist, daß das zugewendete Vermögen noch im

[25]) Auch dem Enterbten bzw Erbunwürdigen kommt die Haftungsfreistellung in Höhe seines hypothetischen Pflichtteilsanspruches zu, soweit nicht ein Schenkungswiderruf gemäß § 948 ABGB durch den Erblasser erfolgt. Käme die Haftungsbeschränkung in Höhe des hypothetischen Pflichtteilsanspruches gemäß § 951 ABGB dem Enterbten bzw Erbunwürdigen nicht zu, so entstünde ein Wertungswiderspruch zu § 948 ABGB; außerdem gebietet der Reziprozitäts-Gedanke diese Regelung.

[26]) Vgl *Koziol/Welser*, Grundriß[10] II 391.

[27]) Zum Rechtsmißbrauch und zur Sittenwidrigkeit in diesem Zusammenhang allgemein *Raber*, Die Verjährung des Schenkungspflichtteils; entwickelt aus ihren Grundlagen, JBl 1988, 137 ff und 217 ff.

[28]) *Welser* in *Rummel*[2], §§ 788, 789 Rz 5 und § 793 Rz 10; *Eccher* in *Schwimann*, §§ 788, 789 Rz 9 und § 793 Rz 3; OGH JBl 1967, 435 (jeweils mwN).

[29]) JB 114 = GlU 9872.

[30]) *Welser* in *Rummel*[2], § 794 Rz 1 mwN.

[31]) Stellvertretend für viele: *Welser* in *Rummel*[2], § 794 Rz 3 ff; *Eccher* in *Schwimann*, § 794 Rz 2; *Ehrenzweig/Kralik*, Erbrecht[3], 298 ff; OGH NZ 1988, 281.

[32]) *Welser* in *Rummel*[2], § 794 Rz 2 mwN.

[33]) *Scheffknecht*, Wertgrundlagen der Kollation, NZ 1968, 129 (133); OGH SZ 35/40; NZ 1984, 132.

Nachlaß ist, führt auch in diesen Fällen zu sachgerechten Ergebnissen.

Ein Problem könnte allerdings darin erblickt werden, daß beispielsweise ein Kind einen landwirtschaftlich gewidmeten Grund als Vorempfang erhält, welchen es in der Folge verkauft. Nach dem Verkauf, jedoch vor dem Tod des Zuwendenden, wird dieser Grund in Baufläche umgewidmet. Nach der nunmehrigen Formel wird dieser Grund – es wird ja fingiert, daß er noch im Nachlaß ist – als Baufläche bewertet. Dies ist zu billigen, da diese Situation vom Zuwendungsempfänger – durch Nichtveräußerung des Grundes – jedenfalls theoretisch beherrschbar ist. Eine nicht in Kauf zu nehmende Härte läge nur dann vor, wenn der Zuwendungsemfpänger über die Bestimmung des § 951 ABGB zur Herausgabe des Wertes im Todeszeitpunkt gezwungen werden könnte, obwohl er den Grund als Landwirtschaftsfläche verkauft hat. Davor wird der Zuwendungsempfänger jedoch im Falle seiner Redlichkeit ausreichend durch § 952 ABGB geschützt. Demnach haftet der Zuwendungsempfänger, wenn er das betreffende Vermögensgut oder ihren Wert nicht mehr besitzt, nur insoweit, als er es unredlicherweise veräußert hat.

Durch die nunmehrige Methode kann auch das Problem der Bewertung eines zu Lebzeiten übertragenen Unternehmens oder Unternehmensanteiles gemildert werden. Oft hat nämlich der Wert eines solchen Unternehmens durch die kluge und tüchtige Führung des Zuwendungsempfängers eine beträchtliche Steigerung erfahren. Selbstverständlich ist auch der umgekehrte Fall denkbar. Diese Werterhöhungen bzw -verluste sollen an sich bei der Anrechnung nicht berücksichtigt werden, da sie dem Zuwendungsempfänger subjektiv zuzuordnen sind. Er soll keinen Nachteil daraus haben, daß er selbst sehr tüchtig ist; umgekehrt sollen die Anrechnungsberechtigten keinen Nachteil haben, daß ein von den Eltern erfolgreich geführtes Unternehmen durch persönliche Unfähigkeit des Übernehmers stark, an Wert einbüßt. Dies alles ist durch den nunmehr angewendeten Rechtssatz sachgerecht gelöst: Da zu fingieren ist, daß das Unternehmen sich noch im Nachlaß befindet, sind Komponenten, die dem Übernehmer subjektiv zuzuordnen sind, bei der Bewertung nicht zu berücksichtigen.

Insoweit ist diese heutige Meinung billigenswert. Allerdings bleibt noch ein Problem bestehen:

In meiner notariellen Praxis erlebe ich immer wieder, daß es auf Unverständnis stößt, daß ein Kind beispielsweise 20 Jahre vor dem Tod des Vaters von diesem ein Haus erhält und den Vorteil des **vorzeitigen** Besitzerwerbes – also die dadurch bedingte Ersparnis der Wohnungsmiete für 20 Jahre – bei der Anrechnung nicht berücksichtigt wird. Die gesetzliche Ignorierung dieses Vorteils ist allerdings systemkonform. Sie harmoniert nämlich mit der Regelung, wonach Schenkungen ohne Schmälerung des Stammvermögens nicht anzurechnen sind. Dies ist praxisgerecht, da es ansonsten zu uferlosen Nachforschungen nach mitunter auch nur geringfügigen Schenkungen käme. Nach dieser sinnvollen gesetzlichen Anordnung stünde es dem Erblasser auch frei, sein Haus einem Kind Jahre oder auch Jahrzehnte zur unentgeltlichen Benützung zu überlassen, ohne daß dies anrechnungsrechtliche Konsequenzen hätte, sofern solche nicht besonders vereinbart werden. Somit erscheint es auch konsequent, den Vorteil aus dem vorzeitigen Besitz anrechnungsrechtlich nicht zu berücksichtigen. Wenn nun, um wieder die Brücke zur Bewertung zu schlagen, fingiert wird, daß das zugewendete Vermögensgut so zu bewerten ist, als ob es sich noch im Nachlaß befände, so wird der soeben aufgezeigte Umstand, der von der Bevölkerung kaum verstanden wird, jedoch systemkonform ist, noch verschärft. Wenn nämlich zum Zwecke der Bewertung anzunehmen ist, daß das im vorgenannten Beispiel zu Lebzeiten zugewendete Haus noch im Nachlaß ist, so ist bei der Bewertung die fiktive Abnützung durch den Erblasser (Selbstbenützung oder Vermietung) bis zu seinem Todeszeitpunkt zu berücksichtigen. Es ist nun aber mit einem einigermaßen gerecht verstandenen Ausgleichsgedanken nicht mehr in Einklang zu bringen, daß der Zuwendungsempfänger neben dem – nach den vorherigen Ausführungen zu Recht – unberücksichtigt bleibenden Vorteil aus dem vorzeitigen Besitz **zusätzlich** dergestalt noch begünstigt wird, daß nur der abgewohnte oder abgenutzte Zustand im Todeszeitpunkt bewertet wird. Dies ist vor allem deshalb unverständlich, als der Zuwendungsempfänger ja selbst das Vermögensgut abgewohnt bzw abgenutzt hat.

Anders gelagert ist freilich der Fall, wo der Erblasser zu Lebzeiten beispielsweise ein Haus gegen Vorbehalt des Fruchtgenußrechtes einem Kind übergibt. Diesfalls muß die Wertminderung durch die Abnützung bei Ermittlung des Anrechnungsbetrages selbstverständlich berücksichtigt werden, da das Nutzungsrecht dem Erblasser selbst zugestanden ist. Bei dieser Fallkonstellation müßte somit bei der Bewertung auf den Zustand im Todeszeitpunkt abgestellt werden.

Diese Überlegungen münden in folgenden Formulierungsvorschlag für die gesetzliche Bewertungsbestimmung:

***§ 794.*** *Zuwendungen sind zum Todeszeitpunkt des Zuwendenden zu bewerten; dabei ist zu fingieren, daß sich das zugewendete Vermögensgut noch im Nachlaß befindet. Unberücksichtigt bleiben jedoch Wertveränderungen zwischen Zuwendungs- und Todeszeitpunkt des Erblassers, die auf die Benützung zurückzuführen sind, deren wirtschaftlicher Vorteil dem Zuwendungsempfänger zugekommen ist.*

## 6. Pflichtteilsanspruch im Zusammenhang mit Zuwendungen an Privatstiftungen

Durch die Möglichkeit der Errichtung von Privatstiftungen nach dem Privatstiftungsgesetz[34]) entstehen neue Probleme im Zusammenhang mit der Schenkungsanrechnung beim Pflichtteil. Hiezu einige kurze Gedanken:

Gelegentlich wird die Ansicht vertreten, daß die Zuwendung an eine Privatstiftung, sofern sie länger als 2 Jahre vor dem Tod des Zuwendenden erfolgt, gemäß § 785 Abs 3 ABGB anrechnungsfrei ist, da die Privatstiftung eine nicht pflichtteilsberechtigte Person ist.[35]) In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß auf diesem Wege das Pflichtteilsrecht sehr leicht umgangen werden kann, ohne daß der Stifter bei Vorbehalt der Widerrufsmöglichkeit ein wesentliches Vermögensopfer erbringen muß. Es ist in bezug auf diesen Fragenkomplex auf die sehr gründlichen Ausführungen

[34]) BGBl 694/199.

[35]) *Kirschner,* in: Österreichische Stiftung 147 (154 f).

von *Schauer*[36]) zu verweisen, der mE zu sachgerechten Ergebnissen kommt.

Außerdem wären in diesem Zusammenhang auch manche Probleme mit einem eher wirtschaftlich verstandenen Schenkungsbegriff, wie er von mir bereits zur Debatte gestellt wurde, gelöst.

Ich glaube daher, daß es aus der Sicht des Gesetzgebers ausreichend wäre, neben der gesetzlichen Verankerung des wirtschaftlich verstandenen Zuwendungsbegriffes im Motivenbericht auf die Ausführungen *Schauers* zu verweisen und damit zum Ausdruck zu bringen, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers ist, Pflichtteilsumgehungen über die Errichtung von Privatstiftungen zu akzeptieren.

### 7. Fälligkeit

Die Frage der Fälligkeit der Pflichtteilszahlung gehört zwar nicht zum heutigen Thema der Anrechnung, dennoch möchte ich einen kurzen Gedanken dazu erwähnen, zumal ein gewisser Zusammenhang mit der Anrechnung doch besteht.

Wenn Gegenstand des Nachlaßvermögens oder der Anrechnung ein Unternehmen bzw Unternehmensanteile sind, dann kann dies zu Pflichtteilsbeträgen führen, deren sofortige Bezahlung mitunter ein Liquiditätsproblem für das betreffende Unternehmen verursachen kann. Es wäre mE überlegenswert, ob nicht in solchen Fällen die Bewilligung einer Ratenzahlung – beispielsweise auf 5 Jahre – bei günstiger Verzinsung durch das Verlassenschaftsgericht möglich sein soll. Als Vorbild könnte § 10 Abs 3 letzter Satz WEG gelten.

Weiters könnte überlegt werden, ob nicht im Sinne des Erhaltes von Unternehmen auch in diesem Bereich der Grundsatz des „Wohl-Bestehen-Könnens", so wie er im Anerbenrecht gilt, eingeführt wird.

## IV. Schlußgedanke

Meine sehr geehrte Damen und Herren, es gäbe zur Anrechnung noch einiges zu sagen. Dies würde aber einerseits den zeitlichen Rahmen sprengen. Andererseits möchte ich es mit *Kastner* halten, der einmal gesagt hat, daß man bei seiner Arbeit nicht von übertriebenem Perfektionismus geleitet sein soll, da dies der Sache mitunter gar nicht dienlich ist.

In diesem Sinne schließe ich meine Ausführungen und bedanke mich bei Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

## V. Zusammenfassender Textierungsvorschlag für eine Anrechnungsnovelle

1. Im § 785 Abs 1 ist im ersten Satz nach dem Wort „Erblassers" folgender Klammerausdruck einzufügen: *(§ 788 Abs 4 Satz 2).*

2. Der 3. Absatz des § 785 wird aufgehoben und erhält folgende neue Fassung:

*(3) In jedem Fall bleiben unberücksichtigt:*

*a) Schenkungen, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung seines Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht, oder aus Rücksichten des Anstandes gemacht hat;*

*b) Schenkungen, die der Erblasser früher als zwei Jahre vor seinem Tod an solche Personen gemacht hat, denen bzw deren Erben die Haftungsbeschränkung gemäß § 951 Abs 2 nicht zukommt.*

3. Dem § 787 Abs 1 wird folgender Satz angefügt:

*In den Pflichtteil des Ehegatten ist auch alles einzurechnen, was er als gesetzliches Vorausvermächtnis erhält.*

4. Die §§ 788 bis 794 werden aufgehoben und erhalten folgende neue Fassung:

***§ 788.*** *(1) Zuwendungen sind nach Maßgabe der §§ 785, 789ff anrechenbar.*

*(2) Eine Zuwendung liegt vor, soweit es sich um ein unentgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt. Ein solches ist auch dann gegeben, wenn das Rechtsgeschäft, ohne daß die Voraussetzungen des § 938 formell erfüllt sind, nach seinem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft gleichkommt. Auch was als Abfindung für einen Verzicht (§ 551) hingegeben wird, gilt als Vorempfang (§§ 789f).*

*(3) Wird einem Kind ein Heiratsgut oder eine Ausstattung gegeben, so stellt dies auch insoweit, als darauf ein Rechtsanspruch (§§ 1220, 1231) besteht, eine Zuwendung dar.*

*(4) Zuwendungen werden unterteilt in Vorempfänge (§§ 789ff) und Schenkungen (§ 785). Soweit Zuwendungen nicht nach §§ 789ff auf den Erb- bzw Pflichtteil angerechnet werden, handelt es sich um Schenkungen gemäß § 785.*

***§ 789.*** *(1) Zuwendungen an Kinder sind auf deren gesetzlichen Erbteil nach dem Zuwendenden anzurechnen, soweit die Anrechnung nicht erlassen wurde.*[17])

*(2) Jedoch sind Zuwendungen an Kinder, die ohne Schmälerung des Stammvermögens des Erblassers erfolgen, sowie überhaupt Zuwendungen an andere Personen als an Kinder des Erblassers auf den gesetzlichen Erbteil des Zuwendungsempfängers nur anrechenbar, soweit dies zwischen ihm und dem Erblasser vereinbart wurde.*

*(3) Jeder zum Zuge kommende Erbe ist berechtigt, die Anrechnung gemäß Abs 1 und 2 zu verlangen. Den Erben der 2. und 3. Linie steht dieses Recht gegenüber dem Ehegatten jedoch nur zu, wenn sich dies aus der Anrechnungsvereinbarung ausdrücklich ergibt.*

*(4) Anrechnungsverpflichtet ist der Zuwendungsempfänger.*

***§ 790.*** *(1) Zuwendungen an Kinder sind auf deren gesetzlichen Pflichtteil nach dem Zuwendenden anzurechnen, soweit die Anrechnung nicht erlassen wurde.*

*(2) Jedoch sind Zuwendungen an Kinder, die ohne Schmälerung des Stammvermögens des Erblassers erfolgen, sowie überhaupt Zuwendungen an andere Personen als an Kinder des Erblassers auf den gesetzlichen Pflichtteil des Zuwendungsempfängers nur anrechenbar, soweit dies zwischen ihm und dem Erblasser vereinbart wurde.*

*(3) Die Anrechnung beim Pflichtteil kann verlangt werden:*

*a) von jedem der übrigen Noterben, von solchen der 2. und 3. Linie gegenüber dem Ehegatten des Erblassers jedoch nur dann, wenn sich dies aus der Anrechnungsvereinbarung ausdrücklich ergibt;*

*b) von jedem der Erben und Vermächtnisnehmer, die zur Leistung des Pflichtteils verpflichtet sind.*

[36]) Erbrechtliche Probleme der Privatstiftung, in: *Csoklich, Müller, Gröhs, Helbich* (Hrsg) 147 (154f).

*(4) Anrechnungsverpflichtet ist der Zuwendungsempfänger.*

***§ 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 4 gilt sinngemäß.*

***§ 792.*** *Wenn der Zuwendungsempfänger 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 (§ 787 Abs 2, §§ 789ff) im Rahmen des dadurch entstehenden Erbrechtes (Pflichtteilsrechtes) bzw im Rahmen der Erhöhung der Erbrechtsquote (Pflichtteilsquote) auf diese Person über.*

***§ 793.*** *Die zu berücksichtigenden Zuwendungen werden dem Nachlaß rechnerisch hinzugeschlagen, davon die Werte der Erbteile bzw die Pflichtteile ermittelt und von diesen allfällige anrechnungspflichtige Vorempfänge bzw von der Pflichtteilserhöhung die anrechnungspflichtigen Schenkungen (§ 785) abgezogen.*

***§ 794.*** *Zuwendungen sind zum Todeszeitpunkt des Zuwendenden zu bewerten; dabei ist zu fingieren, daß sich das zugewendete Vermögensgut noch im Nachlaß befindet. Unberücksichtigt bleiben jedoch Wertveränderungen zwischen Zuwendungs- und Todeszeitpunkt des Erblassers, die auf die Benützung zurückzuführen sind, deren wirtschaftlicher Vorteil dem Zuwendungsempfänger zugekommen ist.*

6. Der § 951 wird aufgehoben und erhält folgende neue Fassung:

***§ 951.*** *(1) Wenn bei Bestimmung der Pflichtteile Vorempfänge (§ 790) und (oder) Schenkungen (§ 785) in Anschlag gebracht werden, der Nachlaß aber zu deren Deckung nicht ausreicht, kann der verkürzte Noterbe vom Zuwendungsempfänger die Herausgabe des Vorempfanges bzw der Schenkung zur Deckung des Fehlbetrages verlangen. Der Zuwendungsempfänger kann die Herausgabe durch Zahlung des Fehlbetrages abwenden.*

*(2) Ist der Zuwendungsempfänger selbst pflichtteilsberechtigt, so haftet er dem anderen nur soweit, als er infolge der Zuwendung mehr als den ihm bei Berücksichtigung der anrechenbaren Vorempfänge und Schenkungen gebührenden Pflichtteil erhalten würde. Ist der Zuwendungsempfänger infolge Todes oder aus einem anderen Grund als Noterbe weggefallen, so steht ihm bzw seinen Erben die Haftungsfreistellung in Höhe seines hypothetischen Pflichtteils zu. Dieser ist so zu berechnen, als ob der das Pflichtteilsrecht beseitigende Umstand nicht eingetreten wäre.*

*(3) Keinesfalls müssen solche Zuwendungen herausgegeben werden, bezüglich derer eine Pflichtteilserhöhung weder gemäß § 790 noch gemäß § 785 verlangt werden kann. Dasselbe gilt bezüglich Vorempfängen, soweit auf sie ein Gesetzesanspruch besteht.*

*(4) Mehrere Zuwendungsempfänger haften verhältnismäßig.*

# Rechtsprechung

## §§ 774, 785, 788 ABGB – *Schenkung und Vorempfang; Fruchtgenuß als Pflichtteilsdeckung*

**Im Hinblick auf unterschiedliche Rechtsfolgen muß unbedingt zwischen Schenkungen iS des § 785 und Vorempfängen nach § 788 ABGB unterschieden werden. Daß abweichend vom Wortlaut einer Vereinbarung („Schenkung") ein Vorempfang (Heiratsgut) vorliegt, muß von demjenigen bewiesen werden, der sich auf die Abweichung beruft.**

**Es hängt vom Willen des Erblassers ab, ob ein Legat (Fruchtgenuß) zugunsten des auf den Pflichtteil gesetzten Noterben neben dem Pflichtteil gebührt oder auf diesen (wertmäßig) anzurechnen ist.**

OGH 9. 7. 1997, 3 Ob 47/97a (OLG Linz 22. 10. 1996, 4 R 74/96x; LG Salzburg 9. 2. 1996, 7 Cg 275/93i)

Die Kl ist die einzige Tochter, der Bekl ein Enkelkind (Sohn des einziges Sohnes) des am 2. 11. 1990 verstorbenen Ing. Franz N. Der Erbl hat den Bekl zum alleinigen Testamentserben eingesetzt und weiters letztwillig verfügt: „Meine beiden Kinder, Frau Christine K und Hr Karl N, die ich zu Lebzeiten schon hinreichend bedacht habe, setze ich auf den Pflichtteil, abgesehen von den folgenden, zu deren Gunsten verfügten Legaten. Die Zuwendungen, die ich meinen beiden Kindern zu Lebzeiten gemacht habe, sind bei der Pflichtteilsberechnung in Anrechnung zu bringen. Hinsichtlich dieser Zuwendungen werde ich Aufstellungen anfertigen, um Auseinandersetzungen bei der Bestimmung des Pflichtteils vorzubeugen. Sohin verfüge ich folgende Legate: 1. Meiner Tochter, Frau Christine K, vermache ich das unentgeltliche lebenslängliche Nutzungsrecht an den Räumlichkeiten des „Cafe Christl" am X-platz in Y. 2. . . ." Die Kl war seit dem Jahr 1969 im „Cafe Christl" als Angestellte ihrer Mutter, der geschiedenen Frau des Erbl beschäftigt, der die Nutzung der Geschäftsräumlichkeiten aufgrund eines Bestandvertrages zustand. Aufgrund von im Jänner 1973 und Februar 1974 zwischen der Kl und dem Erbl abgeschlossenen Schenkungsverträgen wurde ihr das Eigentumsrecht an den Liegenschaften EZ 461 und 471 einverleibt. Diese Grundstücke haben ein Gesamtausmaß von 3574 m². Am 7. 4. 1973 heiratete die Kl und begann zusammen mit ihrem Ehemann mit der Errichtung eines Wohnhauses auf der Liegenschaft EZ 461. Zur Finanzierung dienten die Ersparnisse der Kl und ihres Gatten, welche sich auf ca S 600.000.– beliefen. Darüber hinaus wurden Kredite aufgenommen, welche grundbücherlich sichergestellt wurden. Fünf Rückzahlungsraten in Höhe von je S 4950.– wurden vom Erbl übernommen. Dieser übernahm für den Hausbau die Bauleitung. Rechnungen wurden teilweise an ihn gelegt, worüber er umfangreiche Aufzeichnungen führte. Daß er diese Rechnungen tatsächlich aus seinem Vermögen beglichen hätte, konnte nicht festgestellt werden. Vielmehr ist davon