ÖSTERREICHISCHE
NOTARIATS
ZEITUNG

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

121. JAHRGANG OKTOBER 1989 NUMMER 10

Nochmals zur Schenkungsanrechnung im Pflichtteilsrecht

Von Dr. **Manfred Umlauft**, Notariatskandidat, Bludenz

Seit mein zu diesem Thema verfaßter Aufsatz in NZ 1988, 89 erschienen ist, wurde in NZ 1989, 42 eine einschlägige OGH-Entscheidung mit Glosse von Czermak veröffentlicht. In dieser Glosse sind einige Gedanken enthalten, welche mich veranlassen, zu diesem Thema nochmals ergänzend Stellung zu nehmen.

Zur Erinnerung: Gemäß § 785 Abs 3 letzter Satz ABGB[1]) bleiben bei der Pflichtteilsermittlung Schenkungen unberücksichtigt, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers an nicht pflichtteilsberechtigte Personen gemacht worden sind. Es ist in Lehre und Rechtsprechung außerordentlich umstritten, ob die Pflichtteilsberechtigung iS dieser Gesetzesbestimmung – als Voraussetzung für die unbefristete Schenkungsanrechnung – im Schenkungs- und/oder Todeszeitpunkt des Erblassers vorliegen muß.[2]) Der Frage kommt erhebliche Bedeutung zu, da die Fälle zahlreich sind, bei denen die Pflichtteilsberechtigung wohl im Schenkungs-, nicht jedoch im Todeszeitpunkt vorliegt (zB Schenkung gegen [Erb- und] Pflichtteilsverzicht; Schenkung an den Ehegatten bei nachheriger Ehescheidung etc).[3]) *Weiß*[4]) und *Kralik*[5]) vertreten die Ansicht, daß die Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt genüge, da der Erblasser zum Nachteil anderer Noterben eher pflichtteilsberechtigte als fernerstehende Personen begünstige („familia suspecta"). Dagegen lehrt *Welser*,[6]) daß die Pflichtteilsberechtigung iSd § 785 Abs 3 sowohl im Schenkungs- als auch im Todeszeitpunkt vorliegen müsse. Die innere Rechtfertigung dafür sieht er darin, daß dann niemals der Fall eintreten könne, daß eine nur im Schenkungs-, nicht jedoch im Todeszeitpunkt pflichtteilsberechtigte Person unbefristet anrechnungsverpflichtet, selbst jedoch – mangels Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt – nicht anrechnungsberechtigt ist („Reziprozität").[7]) *Welser* nimmt dabei in Kauf, daß ein Erblasser länger als zwei Jahre vor seinem Tod den Großteil seines Vermögens an ein Kind gegen (Erb- und) Pflichtteilsverzicht verschenkt, ohne daß diese Schenkung bei der Pflichtteilsermittlung der übrigen Kinder berücksichtigt werden könnte. Ich habe in einer darauffolgenden Arbeit[8]) den Versuch unternommen, die gegensätzlichen Standpunkte zu harmonisieren. Nach meiner Ansicht sollte die nur im Schenkungszeitpunkt bestehende Pflichtteilsberechtigung für die unbefristete Schenkungsanrechnung genügen; gleichsam als „flankierende Maßnahme" habe ich jedoch vorgeschlagen, den § 951 Abs 2 in der Weise zu interpretieren, daß als Voraussetzung für die Haftungsbeschränkung iS dieser Gesetzesbestimmung die Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt **oder** im Todeszeitpunkt genüge. Dadurch würde erreicht, daß ein nur im Schenkungszeitpunkt Pflichtteilsberechtigter das Geschenk jedenfalls bis zur Höhe seines hypothetischen Pflichtteilsanspruches im Schenkungszeitpunkt behalten kann, was mE eine unbefristete Anrechnungsverpflichtung bezüglich solcher Schenkungen rechtfertigt. Denn die Anrechnungsberechtigten können höch-

[1]) Sämtliche Paragraphen sind solche des ABGB.

[2]) Die verschiedenen Meinungen sind in meinem Aufsatz „Unbefristete Schenkungsanrechnung im Pflichtteilsrecht", NZ 1988, 89 ff (Punkt II) wiedergegeben.

[3]) Umfangreichere Auflistung dieser Fälle bei *Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht[3], 303 f.

[4]) In Klang[2] III 916.

[5]) *Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht[3], 303 f.

[6]) Neue Rechenaufgaben vom Gesetzgeber, NZ 1978, 161 (164 f); *Welser* in Rummel, ABGB, Rdz 17 zu § 785; *Koziol–Welser*, Grundriß II[8], 376; Zur Berücksichtigung von Schenkungen im Pflichtteilsrecht, Kralik-FS (1986) 583 (588 ff).

[7]) Kralik-FS 588 ff.

[8]) Unbefristete Schenkungsanrechnung im Pflichtteilsrecht, NZ 1988, 89.

stens den Pflichtteil verlangen, der Anrechnungsverpflichtete kann jedenfalls das Geschenk in Höhe seines hypothetischen Pflichtteilsanspruches behalten, eine – wie ich meine – ausgewogene Lösung.

Der OGH hat sich in einer unlängst ergangenen Entscheidung[9]) vollinhaltlich der Ansicht *Welsers* angeschlossen, ohne sich jedoch mit meiner Ansicht auseinandersetzen zu können, da mein Aufsatz erst später erschienen ist.

Zu dieser OGH-Entscheidung hat *Czermak* in einer Anmerkung[10]) Stellung genommen, wobei sie meine Arbeit in ihre Überlegungen miteinbezogen hat. Sie hält an der Auffassung *Welsers* (und somit auch an der des OGH) fest und schlägt ergänzend dazu vor, die auch durch diese Auslegung nicht zu vermeidenden krassen Fälle durch den Einwand des Rechtsmißbrauchs zu korrigieren, dh ausnahmsweise – in gravierenden Fällen – die Ablehnung der unbefristeten Schenkungsanrechnung durch den nur im Schenkungszeitpunkt pflichtteilsberechtigten Beschenkten als rechtsmißbräuchlich und somit als unzulässig anzusehen.[11]) *Czermak* führt aaO aus, daß meine Lösung dem Gedanken der Reziprozität nur teilweise Rechnung trage. Zur Untermauerung ihrer Ansicht erwähnt sie drei Fallgruppen, die ihrer Meinung nach bei meiner Lösungsvariante zu Problemen führen.

Bevor ich hierauf näher eingehe, sei folgendes vorausgeschickt: Der Ausgleichsgedanke kann dadurch verletzt werden, daß jemand unbefristet anrechnungsverpflichtet, jedoch selbst nicht anrechnungsberechtigt ist oder daß jemand anrechnungsberechtigt und nur befristet anrechnungsverpflichtet ist. So verstehen *Welser* und *Czermak* den Ausgleichsgedanken. Es ist jedoch nicht zu leugnen, daß es auch eine Art der Verletzung des Ausgleichsgedankens darstellt, wenn beispielsweise ein pflichtteilsberechtigtes Kind oder der Ehegatte in seinem Pflichtteil dadurch verletzt wird, daß der Erblasser mehr als zwei Jahre vor seinem Ableben Schenkungen an im Schenkungs-, nicht jedoch im Todeszeitpunkt pflichtteilsberechtigte andere Kinder (zB solche, die anläßlich der Schenkung auf ihr Pflichtteilsrecht verzichtet haben) macht, ohne daß die im Pflichtteil verletzten Personen die Anrechnung dieser Schenkungen verlangen können. Dies ist der von *Welser* und *Czermak* geforderte Preis für die Reziprozität in dem von ihnen verstandenen Sinn. Allerdings widerspricht auch dies nach meinem Dafürhalten einem richtig verstandenen Ausgleichsgedanken. Durch entsprechende Gesetzesauslegung ist daher eine vermittelnde Lösung anzustreben, weshalb ich schon bisher die Meinung vertreten habe, daß die unbefristete Schenkungsanrechnung dann gerechtfertigt und vom Sinn des § 785 getragen wird, wenn der Beschenkte zwar im Todeszeitpunkt des Erblassers nicht mehr pflichtteilsberechtigt und somit nicht anrechnungsberechtigt ist (zB infolge Pflichtteilsverzichts), dafür aber die Haftungsbeschränkung iSd § 951 Abs 2 in Anspruch nehmen kann. Diese Haftungsbeschränkung soll durch entsprechende Interpretation des § 951 Abs 2 auch einem **nur** im Schenkungszeitpunkt Pflichtteilsberechtigten zugutekommen. Dadurch ist gewährleistet, daß der Beschenkte zwar unbefristet anrechnungsverpflichtet, jedoch bezüglich des Geschenkes nach § 951 nur **beschränkt,** nämlich soweit das Geschenk seinen hypothetischen Pflichtteilsanspruch im Schenkungszeitpunkt übersteigt, herausgabepflichtig ist.[12])

Nun zu jenen drei Fallgruppen, die nach Ansicht *Czermaks*[13]) bei meiner Lösung zu Problemen führen:

1. Wenn man als Voraussetzung für die unbefristete Schenkungsanrechnung nur auf die Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt abstelle, könnten – so argumentiert *Czermak* – bei einer Schenkung an eine pflichtteilsberechtigte Person, die nach der Schenkung, jedoch vor dem Erblasser stirbt, Universalsukzessoren des verstorbenen Beschenkten, die gegenüber dem Geschenkgeber (Erblasser) nicht pflichtteilsberechtigt und damit nicht anrechnungsberechtigt sind, einer unbefristeten und unbeschränkten Herausgabepflicht iSd § 951 Abs 1 ausgesetzt sein, ohne die Haftungsbeschränkung des § 951 Abs 2 in Anspruch nehmen zu können. ME steht meine Ansicht einer sachgerechten Lösung eines solchen Falles nicht entgegen. Die Universalsukzessoren (Erben) treten umfassend in die Rechtsstellung des Beschenkten ein und übernehmen dessen Rechte und Pflichten, soweit diese nicht höchstpersönlich sind.[14]) Das Recht, die Haftungsbeschränkung in Höhe des Pflichtteilsanspruches geltend zu machen, steht gemäß § 951 Abs 2 dem pflichtteilsberechtigten Beschenkten zu. ME ist dieses Recht auf Haftungsbeschränkung vererbbar. Wenn man nämlich, wie ich nachzuweisen versucht habe, die Pflichtteilsberechtigung im § 951 Abs 2 **auch** iS eines hypothetischen Pflichtteilsanspruches im Schenkungszeitpunkt versteht, dann entsteht das Recht auf Haftungsbeschränkung, auch wenn es erst nach dem Ableben des Erblassers ausgeübt werden kann, – wenigstens potentiell – bereits im Schenkungszeitpunkt, was grundsätzlich die Annahme der Vererblichkeit dieses Rechtes rechtfertigt,[15]) und zwar auch dann, wenn der Beschenkte schon vor dem Erblasser stirbt. Noch ein weiteres spricht für die Vererblichkeit

[9]) E 15. 3. 1988, 5 Ob 558/87, veröffentlicht in NZ 1989, 42.

[10]) In NZ 1989, 42 f.

[11]) Ähnlich hat unlängst auch *Raber*, Die Verjährung des Anspruchs auf den Schenkungspflichtteil; entwickelt aus ihren Grundlagen, JBl 1988, 137 ff und 217 ff (144 ff) argumentiert, der bei der Schenkungsanrechnungsproblematik grundsätzlich auch die Frage der Sittenwidrigkeit, als deren Ausfluß ja der Rechtsmißbrauch zu verstehen ist, berücksichtigt wissen will. Allerdings nimmt er zur Frage, ob für die unbefristete Schenkungsanrechnung iSd § 785 die Pflichtteilsberechtigung im Schenkungs- und/oder Todeszeitpunkt vorliegen muß, nicht Stellung.

[12]) Bezüglich alldem siehe meine Ausführungen in NZ 1988, 89 ff.

[13]) NZ 1989, 42 f.

[14]) *Ehrenzweig–Kralik*, Erbrecht[3], 10.

[15]) *Welser* schreibt in Kralik-FS 592, daß der Erbe – von Ausnahmen abgesehen – in die vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten eintritt, und zwar auch in Rechtsverhältnisse und „Rechtslagen". Der Universalsukzessor sei eben bezüglich der vererblichen Rechtspositionen wie der Erblasser zu behandeln, insofern könne man sagen, daß auch die Qualität des Beschenktseins auf den Erben des Beschenkten übergehe. *Kralik* (in Ehrenzweig–Kralik, Erbrecht[3], 10) führt aus, daß der Begriff der vererbbaren Rechte und Verbindlichkeiten in § 531 nicht so zu verstehen ist, daß er sich nur auf die Rechte und Rechtsverhältnisse bezieht, die beim Tode des Erblassers bereits voll ausgebildet vorhanden sind, sondern es gehören dazu auch alle rechtlichen Positionen des Erblassers, aus denen solche Rechte und Rechtsverhältnisse künftig entstehen, untergehen oder sich ändern können.

dieses Rechtes: Die Haftungsbeschränkung nach § 951 Abs 2 betrifft unmittelbar das geschenkte Gut und ist mit der Haftungsverpflichtung nach § 951 Abs 1 direkt verbunden. Wenn nun das Geschenksgut und – was *Welser*[16]) überzeugend nachgewiesen hat – auch die Haftungsverpflichtung nach § 951 Abs 1 im Erbweg auf die Universalsukzessoren des Beschenkten übergehen, so ist es nur konsequent, die damit verbundene, dem Beschenkten zustehende Haftungsbeschränkung (§ 951 Abs 2) ebenfalls auf dessen Erben übergehen zu lassen.

Wenn nun das Recht nach § 951 Abs 2 – gemeinsam mit dem Geschenksgut und mit der Haftungsverpflichtung nach § 951 Abs 1 – auf die Universalsukzessoren des Geschenknehmers übergeht, so steht dies im Einklang mit dem Ausgleichsgedanken, da die Universalsukzessoren des Beschenkten zwar der unbefristeten Schenkungsanrechnung ausgesetzt sind, ihrerseits jedoch auch die dem vorverstorbenen Beschenkten zugestandene, in der Folge aber im Erbweg auf sie übergegangene Haftungsbeschränkung nach § 951 Abs 2 geltend machen können.

2. Als zweite „Problemgruppe" führt *Czermak* jene Schenkungen an, die ein Erblasser an ein Enkelkind macht, wobei der die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnde Elternteil des beschenkten Enkelkindes (Kind des Erblassers) zur Zeit der Schenkung noch gelebt hat, jedoch hernach vor dem Erblasser gestorben ist. Hier wäre das beschenkte Enkelkind – als im Todeszeitpunkt des Erblassers konkret Pflichtteilsberechtigter – anrechnungsberechtigt, aber, wie *Czermak* ausführt, mangels konkreter Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt nicht unbefristet anrechnungsverpflichtet. Es ist richtig, daß ich in meiner Arbeit als Voraussetzung für die unbefristete Anrechnungsverpflichtung die konkrete Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt verlangt habe.[17]) Mein ganzer Aufsatz war jedoch – im Anschluß an *Welsers* Beitrag in Kralik-FS[18]) – darauf angelegt, jene Problemfälle zu untersuchen, bei denen die Pflichtteilsberechtigung wohl im Schenkungszeitpunkt, nicht aber im Todeszeitpunkt des Erblassers besteht. **In diesem Zusammenhang** bin ich zum Ergebnis gelangt, daß die konkrete Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt genügt. Den umgekehrten, hier von *Czermak* geschilderten Fall, daß die Pflichtteilsberechtigung **nur** im Todeszeitpunkt, nicht aber im Schenkungszeitpunkt vorliegt, hatte ich dabei nicht vor Augen und war dieser daher auch nicht Gegenstand meines Aufsatzes, was jedoch hiermit nachgeholt werden soll.

Vorerst ist festzuhalten, daß ich als erste Voraussetzung für die unbefristete Schenkungsanrechnung iSd § 785 die **konkrete** Pflichtteilsberechtigung verlangt habe, wobei zunächst der Zeitpunkt, wann diese vorliegen muß, dahingestellt bleiben soll. Der Grund dafür liegt darin, daß sich, wie ich näher ausgeführt habe, nur ein **konkret** Pflichtteilsberechtigter auf die Haftungsbeschränkung des § 951 Abs 2 berufen und deshalb nur einem solchen in Anerkennung des Ausgleichsgedankens die unbefristete Anrechnungsverpflichtung des § 785 zugemutet werden kann.[19]) Wie aus meiner Arbeit weiter zu entnehmen ist, ist es, um die Haftungsbeschränkung nach § 951 Abs 2 in Anspruch nehmen zu können, ausreichend, wenn die **konkrete** Pflichtteilsberechtigung **entweder** im Schenkungs- **oder** Todeszeitpunkt vorliegt.[20]) Das wesentliche für die unbefristete Schenkungsanrechnung ist somit die **konkrete** Pflichtteilsberechtigung, wobei deren Einschränkung auf den Schenkungszeitpunkt, wie sie von mir vorgenommen wurde, darauf beruht, daß ich – wie gesagt – in meiner Arbeit vom Fall ausgegangen bin, daß jemand nur im Schenkungszeitpunkt, nicht aber im Todeszeitpunkt des Erblassers konkret pflichtteilsberechtigt ist. Da ich jedoch in meinem Aufsatz als Voraussetzung für die unbefristete Anrechnungsverpflichtung iSd § 785 das Recht des Anrechnungsverpflichteten auf Haftungsbeschränkung iSd § 951 Abs 2 erachte und diese Haftungsbeschränkung, wie ich schon damals ausgeführt habe, sowohl einem **nur** im Schenkungszeitpunkt als auch einem **nur** im Todeszeitpunkt konkret Pflichtteilsberechtigten zukommt, ist die **nur** im Todeszeitpunkt des Erblassers bestehende konkrete Pflichtteilsberechtigung als Voraussetzung für die unbefristete Schenkungsanrechnung ausreichend, wenn noch ein weiterer Umstand hinzutritt: Der Beschenkte muß auch im Schenkungszeitpunkt schon zum Kreise der abstrakten Pflichtteilsberechtigten gehört haben oder wenigstens in einem – weiter unten noch zu beschreibenden – Naheverhältnis zum Erblasser gestanden sein, denn Voraussetzung für die unbefristete Schenkungsanrechnung ist nicht nur die Reziprozität, sondern vor allem auch die mit „familia suspecta" zu umschreibende Motivationslage des Geschenkgebers im Schenkungszeitpunkt.[21]) An sich wäre es, vom Gedanken der „familia suspecta" her betrachtet, begrüßenswert, wenn im Schenkungszeitpunkt immer auf die **abstrakte** Pflichtteilsberechtigung abgestellt werden könnte, und zwar auch dann, wenn die Pflichtteilsberechtigung **nur** im Schenkungszeitpunkt vorliegt. Denn die mit „familia suspecta" zu umschreibende Motivationslage besteht nicht nur, wenn der Beschenkte im Schenkungszeitpunkt konkret, sondern auch wenn er in diesem Zeitpunkt abstrakt pflichtteilsberechtigt ist.[22]) Wenn jedoch die Pflichtteilsberechtigung **nur** im Schenkungszeitpunkt vorliegt, ist es im Hinblick auf die berechtigterweise geforderte Reziprozität geboten, als Voraussetzung für die unbefristete Schenkungsanrechnung die **konkrete** Pflichtteilsberechtigung des Beschenkten in Schenkungszeitpunkt zu verlangen. Denn nur einem solchen Geschenknehmer steht die Haftungsbeschränkung iSd § 951 Abs 2 zu, was wiederum die Voraussetzung für die Reziprozität darstellt. Wenn der Beschenkte oder sein Erbe aber **auch** im Todeszeitpunkt

[16]) In Kralik-FS 591 ff.
[17]) NZ 1988, 95.
[18]) Siehe FN 6.
[19]) NZ 1988, 95.

[20]) NZ 1988, 94 f.
[21]) *Kralik* (in Ehrenzweig–Kralik, Erbrecht[3], 10) und *Welser* (in Kralik-FS 588) umschreiben diese Motivationslage etwa so: Es ist davon auszugehen, daß der Erblasser eher Pflichtteilsberechtigte zum Nachteil anderer Noterben begünstigen will als fernerstehende Personen. Der Verkürzungsverdacht ist demnach besonders stark, wenn der Erblasser einen Noterben, also jemanden aus dem engsten Familienkreis, beschenkt, wobei es konsequent ist, die Pflichtteilsberechtigung in diesem Zusammenhang abstrakt zu sehen. Für diese Überlegung des Erblassers kann aber nur der Zeitpunkt der Schenkung maßgebend sein, weil die Eigenschaft der Pflichtteilsberechtigung für den Erblasser nur in diesem Zeitpunkt motivierend sein kann.
[22]) *Ehrenzweig–Kralik,* Erbrecht[3], 304; *Welser* in Kralik-FS 588.

konkret pflichtteilsberechtigt ist, dann steht ihm im Hinblick darauf das Recht auf Haftungsbeschränkung nach § 951 Abs 2 zu. Hier ist somit die Reziprozität jedenfalls gewahrt. Dies bedeutet weiters, daß in diesem Fall zusätzlich zur konkreten Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt nur die **abstrakte** Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt zu verlangen ist („familia suspecta"), ja nicht einmal diese unbedingt. Wird nämlich eine Schenkung auf die bevorstehende Heirat oder Adoption gemacht, so kann vom Formalerfordernis der abstrakten Pflichtteilsberechtigung im Schenkungszeitpunkt abgesehen werden.[23]) Umgelegt auf den von *Czermak* geschilderten Fall mit dem Enkelkind bedeuten diese Grundsätze, daß die Schenkung an das Enkelkind unbefristet anzurechnen ist. Denn das Enkelkind gehört im Schenkungszeitpunkt zum abstrakt pflichtteilsberechtigten Personenkreis („familia suspecta"), wobei durch die im Todeszeitpunkt des Erblassers bestehende konkrete Pflichtteilsberechtigung des Enkelkindes[24]) auch die Reziprozität gewahrt ist.

Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei noch folgendes festgehalten: Wäre der die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnde Elternteil des beschenkten Enkelkindes im Todeszeitpunkt des Erblassers noch am Leben, könnte die dem Enkelkind gemachte Schenkung nicht unbefristet angerechnet werden. Es gehörte zwar im Schenkungszeitpunkt zum Kreis der abstrakt pflichtteilsberechtigten Personen, allerdings mangelt dem Enkelkind sowohl im Schenkungs- als auch Todeszeitpunkt des Erblassers die konkrete Pflichtteilsberechtigung, so daß ihm auch das Recht auf Haftungsbeschränkung nach § 951 Abs 2 nicht zukommt. Somit ist der Grundsatz der Reziprozität nicht gewahrt, was die unbefristete Schenkungsanrechnung ausschließt.

3. Schließlich erwähnt *Czermak* eine dritte Fallgruppe, die dem Gedanken der Reziprozität nicht Rechnung trage, und führt zur Illustration folgendes Beispiel an: Der Erblasser beschenkt zwei Kinder mehr als zwei Jahre vor seinem Tod gleichteilig, wobei aber nur eines auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet. Das verzichtende Kind (V) sei, so führt *Czermak* aus, zwar unbefristet anrechnungspflichtig, könne aber umgekehrt nicht die Berücksichtigung der Schenkung an das andere Kind (K) verlangen. Ich möchte diese Fallgruppe noch ergänzen um jene zahlreichen Fälle, bei denen V und K nicht gleichteilig beschenkt werden, sondern Geschenke in ungleicher Höhe erhalten; meine nachfolgenden Ausführungen beziehen sich somit auch auf diese Untergruppe.

Beim geschilderten Sachverhalt sind jedoch, ohne daß dies bei *Czermak* zum Ausdruck kommt, folgende drei Fallgruppen zu unterscheiden:

a) Das an K geschenkte Vermögen ist im Zeitpunkt der Schenkung an V im Vermögen des Erblassers (sei es, daß beide Schenkungen gleichzeitig vorgenommen werden oder daß die Schenkung an K später erfolgt).

b) Die Schenkung an K ist bereits vor der Schenkung an V erfolgt.

c) Die Schenkung an K ist nach der Schenkung an V erfolgt, wobei jedoch der Erblasser das an K geschenkte Vermögen erst **nach** der Schenkung an V erworben oder angesammelt hat.

Die zu a) und b) geschilderten Fälle machen nach meinem Lösungsvorschlag überhaupt keine Probleme. Nach meiner Lösung haftet der auf das Pflichtteilsrecht Verzichtende gemäß § 951 nur insoweit, als sein Geschenk seinen hypothetischen Pflichtteilsanspruch im Schenkungszeitpunkt übersteigt. Zur Bemessungsgrundlage für den hypothetischen Pflichtteilsanspruch des V im Schenkungszeitpunkt gehört auch das an K geschenkte Vermögen, da dieses in dem zu a) geschilderten Fall im Zeitpunkt der Schenkung an V noch zum Vermögen des Erblassers gehört. Somit ist das an K geschenkte Vermögen ohne weiteres in die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung des hypothetischen Pflichtteilsanspruchs des V im Schenkungszeitpunkt miteinzubeziehen, was zur betragsmäßigen Erhöhung der dem V zustehenden Haftungsbeschränkung iSd § 951 Abs 2 führt. Dasselbe gilt sinngemäß auch für den zu b) geschilderten Sachverhalt, da zum hypothetischen Pflichtteilsanspruch des V im Schenkungszeitpunkt auch sein hypothetischer **Schenkungs**pflichtteilsanspruch im Schenkungszeitpunkt gehört. Somit sind bei der Ermittlung seines hypothetischen Pflichtteilsanspruches im Schenkungszeitpunkt die früher an andere Kinder gemachten Schenkungen rechnerisch mitzuberücksichtigen. In beiden Fällen ist somit die Reziprozität (in dem von mir verstandenen Sinne) gewahrt.

Zugegebenermaßen kann der zu c) geschilderte Sachverhalt Probleme aufwerfen, da der Erblasser das an K geschenkte Vermögen erst nach der Schenkung an V erworben hat und dieses somit nicht in die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung des hypothetischen Pflichtteilsanspruches des V im Schenkungszeitpunkt einbezogen werden kann. Allerdings kommt dieser Fall – wie die Erfahrung zeigt – eher selten vor. Denn ein Erblasser beginnt mit seiner Vermögensverteilung in der Regel erst im fortgeschrittenen Alter, wobei eine **nachherige** Vermögensvermehrung die Ausnahme ist. Zudem ist folgendes zu berücksichtigen:

Zu einer Beeinträchtigung der Reziprozität zu Lasten von V kann es in diesen Fällen (also bei nachträglich erworbenem Vermögen) nur dann kommen, wenn V tatsächlich nach § 951 in Anspruch genommen wird. Dabei ist jedoch zu bedenken, daß den früher Beschenkten nur eine subsidiäre Haftung iSd § 951 trifft, da gemäß § 951 Abs 3 in erster Linie die später Beschenkten haften. Da Probleme in diesem Zusammenhang notwendigerweise nur in bezug auf vom Erblasser **später** (also nach der Schenkung an V) erworbenes Vermögen entstehen können, werden in vielen Fällen auch später Beschenkte iSd § 951 Abs 3 vorhanden sein, es sei denn, K hat als einzige Person später erworbenes Vermögen im Schenkungsweg erhalten oder die Haftung geht im Hinblick auf § 951 Abs 2 bzw § 952 auf früher Beschenkte über. Aus all dem ergibt sich aber, daß es an sich schon selten ist, daß ein Erblasser **nach** einer Schenkung an V noch bedeutende Vermögenswerte erwirbt. Die Zahl der tatsächlich zu Problemen bezüglich der Reziprozität führenden Fälle aus dieser ohnehin schon kleinen Gruppe wird außerdem im Hinblick auf § 951 Abs 3 (Subsidiärhaftung des V!) nochmals reduziert. Ich

[23]) *Welser* in Rummel, ABGB, Rdz 17 zu § 785.

[24]) Die konkrete Pflichtteilsberechtigung des beschenkten Enkelkindes liegt im Todeszeitpunkt des Erblassers vor, da nach der Fallschilderung der die Verwandtschaft zum Erblasser vermittelnde Elternteil des Enkelkindes nach der Schenkung, jedoch vor dem Erblasser, gestorben ist.

bin daher der Ansicht, daß die zu 3. c) geschilderten Fälle, die **tatsächlich** zu einer Beeinträchtigung der Reziprozität führen, als die seltene Ausnahme bezeichnet werden können.

Um diese seltenen Fälle einer sachgerechten, das heißt die Reziprozität wahrenden Lösung zuzuführen, scheint mir der von *Czermak* geforderte Preis, nämlich die unbefristete Anrechnung von Schenkungen an im Schenkungs-, nicht jedoch im Todeszeitpunkt pflichtteilsberechtigte Personen grundsätzlich abzulehnen und nur krasse Fälle mit dem Einwand des Rechtsmißbrauchs zu korrigieren, zu hoch zu sein. Denn es liegt auf der Hand, daß auch mit der von *Czermak* vertretenen „Rechtsmißbrauchtheorie" bei weitem nicht alle Fälle sachgerecht gelöst werden können. Durch den Einwand des Rechtsmißbrauchs können nämlich, wie *Czermak* selbst ausführt, nur „krasse Fälle" aufgefangen und korrigiert werden, da der Einwand des Rechtsmißbrauchs sicher nur die ultima ratio sein kann und ein zu häufiges Zurückgreifen auf dieses Rechtsinstitut die Rechtssicherheit in einer unerträglichen Weise strapazieren würde. Es bliebe somit eine, wie ich aus der Erfahrung meine, nicht unbeträchtliche Zahl von Fällen, bei denen es auf Grund von Schenkungen an im Schenkungs-, nicht jedoch im Todeszeitpunkt pflichtteilsberechtigte Personen zu Pflichtteilsverletzungen kommt, die jedoch, wenn sie nicht kraß und somit nicht sittenwidrig sind und schon mehr als zwei Jahre vor dem Ableben des Erblassers vorgenommen wurden, nicht angerechnet werden können. Auch dies ist eine Verletzung des Ausgleichsgedankens (in umgekehrter Richtung). Dieses Ergebnis nimmt *Czermak* in Kauf, was mE nicht konsequent ist.

Mir scheint es daher im Sinne meiner bereits bisher vertretenen Ansicht richtiger zu sein, § 785 Abs 3 auf Schenkungen, die an im Schenkungs-, nicht jedoch im Todeszeitpunkt pflichtteilsberechtigte Personen gemacht wurden, generell nicht anzuwenden und solche Schenkungen daher unbefristet anzurechnen. Damit wäre das Gros der Fälle sachgerecht gelöst. Die Fälle, bei denen es auf Grund dieser Lösung tatsächlich zur Beeinträchtigung des Ausgleichsgedankens kommen kann (siehe Punkt 3. c), sind, wie dargestellt, die seltene Ausnahme; wenn dabei der Ausgleichsgedanke tatsächlich ausnahmsweise in gravierender Weise verletzt würde, wäre überlegenswert, **dieses Ergebnis** durch den Einwand des Rechtsmißbrauchs zu korrigieren. Dadurch würde erreicht, daß mit dem Einwand des Rechtsmißbrauchs nur in ganz seltenen Fällen operiert werden müßte, was dem Wesen dieses Rechtsinstituts sicherlich eher entspräche als dessen häufige Anwendung und vor allem auch im Sinne der Rechtssicherheit gelegen wäre.

Somit weist die von *Welser* vertretene und von *Czermak* durch die „Rechtsmißbrauchtheorie" ergänzte Ansicht zwei nicht zu übersehende Nachteile auf: Zum einen kommt es dabei weit öfters zu einer Verletzung des Ausgleichsgedankens (in Form der Beeinträchtigung des Pflichtteils durch mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers vorgenommene Schenkungen an im Schenkungs-, nicht jedoch im Todeszeitpunkt pflichtteilsberechtigte Personen). Denn dies kann und wird bei den zu 1. und 3. a), b) und c) geschilderten Fallgruppen – unter den zu 3. a), b) und c) genannten Fällen verstehe ich, wie bereits erwähnt, auch die zahlenmäßig bedeutsamen Fälle, bei der nicht gleichteilige, sondern ungleiche Schenkungen vorgenommen werden – vorkommen, wobei nicht alle Fälle einer Pflichtteilsverletzung mit dem Einwand des Rechtsmißbrauchs korrigiert werden können, sondern eben nur die krassen. Bei den nicht korrigierbaren Fällen bleibt es bei der, wenn auch nicht krassen, aber dennoch gegebenen Pflichtteilsverletzung, also bei der Beeinträchtigung des Ausgleichsgedankens. Demgegenüber ist die Zahl jener „Problemfälle", die bei meiner Lösungsvariante auftreten können, bei weitem geringer, da sie schon einmal nur aus der zu 3. c) geschilderten Fallgruppe (und nicht aus den übrigen, zahlenmäßig weitaus bedeutenderen Gruppen) entstehen können und auch in dieser Gruppe aus den bereits genannten Gründen nur selten vorkommen.

Zum anderen muß *Czermak* bei ihrer Lösung im Hinblick auf die größere Zahl der Problemfälle auch entsprechend öfter auf den Einwand des Rechtsmißbrauchs zurückgreifen. Schon unter dem Aspekt der dadurch eintretenden Rechtsunsicherheit – die Schwelle, ab wann Rechtsmißbrauch vorliegt, ist im vorhinein schwer auszumachen – ist dies mE keine erstrebenswerte Lösung. Es ist daher, wie ich meine, einer Gesetzesauslegung der Vorzug zu geben, mit der das Gros der Fälle ohne Einwand des Rechtsmißbrauchs sachgerecht – also unter Wahrung des Ausgleichsgedankens – gelöst werden kann und daher auf diesen Einwand nur in sehr seltenen Fällen zurückgegriffen werden muß.

Zusammenfassend halte ich daher meine schon in NZ 1988, 89 ff vertretene Ansicht – mit der in dieser Arbeit vorgenommenen Ergänzung – aufrecht, da durch sie der Ausgleichsgedanke beinahe immer berücksichtigt und somit eine sachgerechte Lösung ermöglicht wird. Mit dem Einwand des Rechtsmißbrauchs müßte, wie dies dem Wesen dieses Rechtsinstituts entspricht, nur in äußerst seltenen Fällen operiert werden.