Manfred Umlauft

Zwei zentrale Fragen des Anrechnungsrechts im Pflichtteilsrecht: Kritische Überlegungen zur jüngsten Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs

Der österreichische Oberste Gerichtshof (öOGH) hat in seiner jüngsten Rechtsprechung zu zwei zentralen Fragen des Anrechnungsrechts im Pflichtteilsrecht Stellung genommen: Einmal geht es darum, ob bzw inwieweit bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Schenkungspflichtteil Dienstbarkeitsrechte, die sich der Geschenkgeber für sich selbst vorbehält, zu berücksichtigen sind. Zum andern hat der öOGH zur Frage Stellung genommen, ob ein Vorempfang (§ 788 ABGB) nur auf den Nachlass- oder auch auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen ist. Im ersten Fall hat der öOGH zumindest Verwirrung gestiftet; im zweiten Fall ist seine rezente einschlägige Judikatur abzulehnen. Für die hier besprochenen Fragen gelten im Fürstentum Liechtenstein die einschlägigen Bestimmungen des (österreichischen) Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Somit ist die diesbezügliche österreichische Judikatur und Literatur auch für den liechtensteinischen Rechtsbereich relevant.[1]

1 Vgl nur FL-OGH 1.10.2004, 1 Cg 2003.159-36 LJZ 2006, 26.

I. Einleitung

Der öOGH hatte in jüngster Zeit Gelegenheit, zu zwei zentralen Fragen der Anrechnung im Pflichtteilsrecht Stellung zu nehmen:

In der E 19.4.2012, 7 Ob 248/11p, hat sich der öOGH mit der Frage beschäftigt, inwieweit Dienstbarkeiten (im entschiedenen Fall ein Fruchtgenussrecht), welche sich der Geschenkgeber (= der künftige Erblasser) im Rahmen eines Übergabsvertrages für sich selbst vorbehält, bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Schenkungspflichtteil zu berücksichtigen sind. Vor ca. 25 Jahren hat sich diesbezüglich – ausgehend von der E des öOGH 6 Ob 805/82[2] – in Österreich eine ganz überwiegend vertretene Meinung[3] herausgebildet, wonach solche Dienstbarkeiten bei der Ermittlung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage *nicht* zu berücksichtigen sind. Dies wurde damit begründet, dass schon von vornherein mit Sicherheit feststehe, dass in dem für die Pflichtteilsermittlung relevanten Zeitpunkt (Todestag des Geschenkgebers) diese Dienstbarkeit erlöschen wird. Diese etwa 20 Jahre lang vertretene einheitliche Linie wird vom öOGH seit einigen Jahren verlassen[4] bzw tragen seine diesbezüglichen Ausführungen zur Verwirrung bei.[5]

In seiner E 2 Ob 186/10g hat der öOGH zu einem zweiten wichtigen Fragenkomplex Stellung genommen, nämlich ob Vorempfänge (§ 788 ABGB) nur auf den Nachlasspflichtteil oder auch auf den Schenkungspflichtteil des Zuwendungsempfängers anzurechnen sind. Das Höchstgericht kommt zum Ergebnis, dass die Anrechnung von Vorempfängen nur auf den Nachlasspflichtteil, *nicht* jedoch auf den Schenkungspflichtteil zu erfolgen hat. Die Wortinterpretation der einschlägigen Bestimmungen spricht weit mehr für die gegenteilige Meinung. Außerdem entspräche dieses Ergebnis eher einer lebensnahen Betrachtung und dem von der Anrechnung verfolgten Zweck.

II. Die Unentgeltlichkeit im Anrechnungsrecht

A. Der Schenkungsbegriff

Im Rahmen der Schenkungspflichtteilsermittlung sind gemäß § 785 ABGB Schenkungen zu berücksichtigen. Die Lehre und Rechtsprechung in Österreich

2 NZ 1988, 281.
3 Siehe FN 15.
4 7 Ob 162/05g NZ 2007/22.
5 6 Ob 232/09z und 7 Ob 248/11p.

treten für einen weiten, wirtschaftlich zu verstehenden Schenkungsbegriff ein.[6] Auch gemischte Schenkungen sind hinsichtlich ihres Schenkungsanteils bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Schenkungspflichtteil zu berücksichtigen.[7] In jedem Fall ist eine Schenkungsabsicht der Vertragsparteien erforderlich, welche jedoch insbesondere bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen aus einem »krassen« Missverhältnis der beiderseitigen Leistungen erschlossen werden kann.[8] Der maßgebliche Zeitpunkt für die zum Zweck der Ermittlung des Schenkungsanteiles erforderliche Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung ist jener des *Vertragsabschlusses.* Zu diesem Zeitpunkt ist – aus einer ex-ante-Betrachtung – das Ausmaß von Leistung und Gegenleistung gegenüber zu stellen.[9]

B. Zur Frage der Berücksichtigung von zugunsten des Geschenkgebers vorbehaltenen Rechten

Bei der Bewertung von Schenkungen wird nach heute hA gefragt, welchen Wert die Verlassenschaft besäße, wenn diese Zuwendung unterblieben wäre.[10] Es ist also auf den Wert im Zeitpunkt des Erbanfalles abzustellen, wobei aber der Zustand der geschenkten Sache im Empfangszeitpunkt und alle damals bereits veranschlagbaren, wenn auch erst beim Erbanfall aktuell werdenden Umstände

6 *Eccher* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar[1] III (2013) § 785 Rz 3; *Limberg,* Privatstiftung und Erbrecht (2006) 13 f; *Eccher,* Bürgerliches Recht[4] VI: Erbrecht (2010) Rz 12/6; *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht[13] II (2007) 556; *Ehrenzweig/Kralik,* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts[3] IV: Das Erbrecht (1983) 301; *Schauer,* Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 251 (252); *Umlauft,* Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 151 ff (jeweils mwN); OGH 8 Ob 527/86 NZ 1988, 42; 4 Ob 136/97x JBl 1997, 663; 10 Ob 34/97s GesRZ 1997, 106.

7 Statt Vieler: *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] III § 785 Rz 5; *Welser* in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3] (2000) § 785 Rz 10; OGH 1 Ob 683/87 NZ 1989, 98.

8 *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] III § 785 Rz 5; *Welser* in Rummel, ABGB[3] § 785 Rz 10; *Umlauft,* Anrechnung 159 f ua; OGH 1 Ob 701/85 SZ 59/6 ua.

9 *Umlauft,* Schenkungsanrechnung – Bewertungsfragen unter besonderer Berücksichtigung der gemischten Schenkung, NZ 2008/9, 33 (40); *Welser* in Rummel, ABGB[3] § 785 Rz 10; *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] III § 785 Rz 5; *Binder* in Schwimann (Hrsg), ABGB Praxiskommentar[3] IV (2006) § 951 Rz 7 ua; OGH 8 Ob 51/70m; 6 Ob 154/06z; 6 Ob 232/09z ua. Zur strittigen Frage der Bewertung des Schenkungsanteils in einer gemischten Schenkung nach der Quotenmethode oder nach der Subtraktionsmethode: stellvertretend für die Quotenmethode *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] III § 785 Rz 5; *Umlauft,* NZ 2008/9, 36 ff (mwN); stellvertretend für die Subtraktionsmethode *Delle Karth,* Die Berechnung des Schenkungspflichtteils bei einer »gemischten« Schenkung, NZ 2007, 106 ff; *Glaeser/Neudorfer/Schilchegger,* Quote berechnen oder doch subtrahieren? NZ 2010, 205 ff.

10 *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] III § 785 Rz 3.

zu Grunde zu legen sind; die gewöhnliche Abnützung ist bei der Bewertung zu berücksichtigen, also abzuziehen.[11] Dieser Ansatz ist überzeugend und war über Jahrzehnte Grundlage für eine mehr oder weniger einheitliche Bewertungspraxis im Zusammenhang mit der Schenkungspflichtteilsermittlung.[12] Auf dieser Grundlage ist der öOGH[13] zum Ergebnis gelangt, dass der Wert eines dem Geschenkgeber anlässlich der Schenkung vorbehaltenen Fruchtgenussrechtes für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Schenkungspflichtteil außer Ansatz zu lassen sei. Obwohl diese Belastung – auf den Zeitpunkt der Zuwendung bezogen – den Schenkungswert erheblich vermindere, sei dies für die anrechnungsrechtliche Bewertung dennoch bedeutungslos, weil bereits zum Übergabszeitpunkt mit völliger Sicherheit feststehe, dass in dem für die Beurteilung der Pflichtteilswidrigkeit maßgeblichen Zeitpunkt des Erbanfalles die Belastung weggefallen sein werde. Nicht anders kann diese Frage beurteilt werden, wenn nicht ein Fruchtgenussrecht, sondern ein sonstiges Benützungsrecht des Geschenkgebers an der geschenkten Sache zurückbehalten wird (zB Wohnungsgebrauchsrecht, obligatorisches Benützungsrecht oder Ähnliches).[14]

Diese Meinung überzeugt (siehe sogleich) und konnte bislang als hA in Österreich angesehen werden.[15] Auch der FL-OGH hat sich dieser Ansicht angeschlossen.[16]

Folgende Überlegungen sprechen für die *Richtigkeit dieser Ansicht:* Sie ist in einer »Besonderheit« des Anrechnungsrechtes begründet. Nach der Absicht des Gesetzgebers sollen nämlich dem Geschenknehmer die Nutzungen, die er bis zum Todeszeitpunkt des Geschenkgebers (Erblassers) aus der Sache zieht, anrechnungsfrei zukommen.[17] Tatsache ist, dass der Geschenkgeber, der sich

11 *Welser* in Rummel, ABGB[3] § 794 Rz 6; *Umlauft,* Anrechnung 242 (jeweils mwN); OGH 8 Ob 518/83 NZ 1984, 132; 1 Ob 516/86 NZ 1986, 277; 6 Ob 805/82 NZ 1988, 281; 2 Ob 583/91 NZ 1992, 130; 6 Ob 615/95 SZ 69/13; 7 Ob 188/01z; 7 Ob 248/11p.

12 In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass Vorempfänge und Vorschüsse (§§ 788f ABGB) nach den selben Grundsätzen zu bewerten sind, dies jedoch mit der Maßgabe, dass auch jene Vorempfänge iSd § 788 ABGB, für deren Hingabe eine Rechtspflicht besteht (Ausstattung) und die somit nicht unentgeltlich sind, dennoch wie eine unentgeltliche Zuwendung zu behandeln sind.

13 OGH 6 Ob 805/82 NZ 1988, 281; 5 Ob 589/89.

14 OGH 5 Ob 589/89.

15 *Welser* in Rummel, ABGB[3] § 794 Rz 6; *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] III § 794 Rz 2; *Likar-Peer* in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht (2007) 437; *Umlauft,* Anrechnung 274ff; OGH 6 Ob 805/82 NZ 1988, 281; 5 Ob 589/89; 6 Ob 292/03i; 7 Ob 188/01z; aA *Rabl,* Die Auswirkungen eines Fruchtgenußvorbehaltes auf die Schenkungsanrechnung, NZ 1999, 291 (299ff).

16 FL-OGH 3 Cg 2001.447-62 sowie 1 Cg 2003.159-36; in letzterer Entscheidung zitiert der FL OGH ausführlich die Ansicht von *Umlauft,* Anrechnung 275f und findet ihre sachliche Rechtfertigung in der Spezialität des Pflichtteilsanrechnungsrechtes.

17 *Welser* in Rummel, ABGB[3] § 794 Rz 10; *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] III § 794 Rz 2; *Apathy* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB (2005) § 794 Rz 4.

ein (Mit)Benützungsrecht an der geschenkten Sache vorbehält, den Zuwendungsempfänger insoweit in der Nutznießung der Sache »beschneidet«. Nun muss aber doch zugestanden werden, dass ein künftiger Erblasser grundsätzlich nicht verpflichtet ist, zu Lebzeiten irgendwelche Schenkungen oder – abgesehen von der Ausstattung – anrechnungspflichtige Zuwendungen zu machen. Wenn nun der künftige Erblasser dennoch eine Schenkung (§ 785 ABGB) oder eine anrechnungspflichtige Zuwendung (§§ 788 f ABGB) macht, so muss es ihm selbstverständlich unbenommen sein, dem Geschenknehmer die Nutzung aus der zugewendeten Sache bis zum Todestag (des Geschenkgebers) zu entziehen, indem er sich das Benützungsrecht an der Sache vorbehält. Der Geschenkgeber beschneidet den Zuwendungsempfänger also in einem Recht, das sich Letzterer nach der Intention des Gesetzgebers ohnedies nicht anrechnen lassen müsste, auf das er aber andererseits zu Lebzeiten des Geschenkgebers auch keinen Rechtsanspruch hat. Behält sich der Geschenkgeber nunmehr dieses Recht vor, so wäre es unverständlich, wenn dies als Gegenleistung des Zuwendungsempfängers gewertet und damit den anzurechnenden Betrag mindern würde. Ein Nutzungsrecht, welches, wenn es dem Geschenknehmer schon ab dem Schenkungszeitpunkt zustünde, bei der Berechnung des Anrechnungsbetrages nicht werterhöhend wirkt, kann nämlich nicht dann, wenn es vom Geschenkgeber vorbehalten wird, plötzlich in Bezug auf die Ermittlung des Anrechnungsbetrages wertmindernd wirken. Nutzungen aus einer zugewendeten Sache sind eben – wie dargestellt – grundsätzlich anrechnungsrechtlich irrelevant. Somit ist bei der Bewertung von Schenkungen der Umstand, dass sich der Geschenkgeber bzw künftige Erblasser an der zugewendeten Sache ein (Mit)Benützungsrecht (Fruchtgenussrecht, Wohnungsrecht, Gebrauchsrecht, obligatorisches Benützungsrecht) vorbehält, *nicht zu berücksichtigen.* Ein solches Recht mindert zwar in *schuldrechtlicher Hinsicht* den Wert der Schenkung, in *anrechnungsrechtlicher Hinsicht* kann ein solches vorbehaltenes Recht jedoch nicht als Gegenleistung und auch nicht als wertmindernd angesehen werden. Die Bewertung ist nach heute hA auf den Todestag vorzunehmen (siehe oben). Damit korrespondiert, dass ein anlässlich der Schenkung vorbehaltenes Recht, welches (spätestens) im Todeszeitpunkt des künftigen Erblassers erlöschen wird, bei der Wertermittlung weder im Schenkungs- noch im Todeszeitpunkt berücksichtigt wird.[18]

Davon zu unterscheiden sind jedoch folgende Rechtseinräumungen, welche sehr wohl als Gegenleistungen bzw als wertmindernd zu berücksichtigen sind: Wenn anlässlich der (gemischten) Schenkung zwischen dem Geschenkgeber

18 Hiezu ausführlich *Umlauft,* Anrechnung 274 ff; *ders,* NZ 2008, 33 ff.

und dem Geschenknehmer vereinbart wird, dass ein solches Benützungsrecht nicht nur dem Geschenkgeber, sondern auch gewissen im Vertrag genannten dritten Personen zustehen soll, ist dies auch in *anrechnungsrechtlicher Hinsicht* als Gegenleistung bzw als wertmindernd zu berücksichtigen, *soweit* dieses Recht des Dritten über den Tod des Geschenkgebers (Erblassers) hinaus wirksam sein wird. Ob bzw inwieweit dies der Fall sein wird, ist im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (ex-ante) zu beurteilen.[19] Weiters sind auch all jene Rechte als Gegenleistung und somit als wertmindernd zu veranschlagen, die sich der Geschenkgeber für sich und/oder für andere Personen vorbehält und die nicht nur in einer Duldungspflicht, sondern vielmehr in einer *Leistungspflicht* des Geschenknehmers bestehen. Hierher zählen insbesondere Leibrenten- bzw sonstige Zahlungen, Pflege- und Betreuungsleistungen etc. Dieser Unterschied in anrechnungsrechtlicher Hinsicht ist einleuchtend, da es sich bei der letzteren Gruppe um tatsächliche Gegenleistungen, die der Geschenknehmer zu erbringen hat, handelt. Hingegen erfolgt durch die in der ersten Gruppe erfassten Rechte des Geschenkgebers (Benutzungsrecht für den Geschenkgeber) lediglich eine Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des Geschenknehmers in Bezug auf die geschenkte Sache; dass dies anrechnungsrechtlich unberücksichtigt bleibt, ist nur konsequent, da im umgekehrten Fall, wenn dem Geschenknehmer mangels eines vorbehaltenen Rechtes die Nutzung an der geschenkten Sache schon ab dem Schenkungszeitpunkt zukommt, dieser Umstand auch nicht werterhöhend wirkt.

C. Kritische Stellungnahme zur jüngsten einschlägigen Rsp des öOGH

Der öOGH hat diese Rechtsprechungslinie in den 1980er Jahren vorgegeben und ist ihr – mit Zustimmung der Lehre – bis vor wenigen Jahren »treu« geblieben.[20]

Neuerdings gibt es drei E des öOGH, in welchen er von dieser Linie abweicht[21] bzw in seinen bisher klaren Standpunkt Unklarheiten hineinbringt bzw diesen »verwässert«.[22]

In seiner E **31.8.2005, 7 Ob 162/05g**[23] hat der öOGH judiziert, dass ein Wohnrecht für den Geschenkgeber und seine Ehegattin nicht als Gegenleistung,

19 *Umlauft*, Anrechnung 276 ff.
20 OGH 6 Ob 805/82 NZ 1988, 281; 5 Ob 589/89; 7 Ob 188/01z; 6 Ob 292/03i.
21 7 Ob 162/05g NZ 2007/22.
22 OGH 6 Ob 232/09z; 7 Ob 248/11p.
23 NZ 2007/22.

aber als Wertminderung der übergebenen Sache nach versicherungsmathematischen Grundsätzen der statistischen Lebenserwartung zu bewerten und zu berücksichtigten sei. Das Höchstgericht geht hier von einer jahrzehntelangen einhelligen Meinung ab und begründet dies lediglich mit einem Hinweis auf die Entscheidung des öOGH 2 Ob 185/04a. Gegenstand der letztgenannten Entscheidung war jedoch eine Bewertungsfrage im Zusammenhang mit einem *ehelichen Aufteilungsverfahren* im Zuge einer Scheidung. Die dort entwickelten Bewertungsgrundsätze können jedoch in keinster Weise mit jenen der Schenkungsanrechnung verglichen werden, da – wie oben ausgeführt – 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. Solche Überlegungen haben selbstverständlich in einem ehelichen Aufteilungsverfahren keinerlei Relevanz.[24] Der öOGH 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 öOGH 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 öOGH in dieser Frage gesehen werden.[25]

In dem der **öOGH-E 14.1.2010, 6 Ob 232/09z,** zugrunde liegenden Verfahren hat das Berufungsgericht ausgesprochen, dass für die Ermittlung der Schenkungsquote das Fruchtgenussrecht, welches sich die Geschenkgeberin (Erblasserin) für sich und ihren Ehegatten vorbehalten hat, jedenfalls als wertmindernd zu veranschlagen ist. Das Fruchtgenussrecht zu Gunsten des Gatten der Geschenkgeberin sei nicht (zusätzlich) als wertmindernd zu berücksichtigen, weil nach den versicherungsmathematischen Grundsätzen die Lebenserwartung der Erblasserin höher war als die ihres Gatten.

Der öOGH hat beide gegen dieses zweitinstanzliche Urteil erhobenen Revisionen als unzulässig zurückgewiesen und zur hier relevierten Frage wörtlich Folgendes ausgeführt: *»Der Wert eines der Erblasserin bei der Übergabe vorbehaltenen lebenslangen Fruchtgenussrechts hat bei der Bemessung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage außer Betracht zu bleiben, weil bereits im Übergabszeitpunkt*

24 Es ist auch nicht von Bedeutung, dass im entschiedenen Fall ein Wohnrecht auch zu Gunsten der Ehegattin des Geschenkgebers begründet wurde; dieses wäre – unter Zugrundelegung einer ex-ante-Betrachtung im Schenkungszeitpunkt – lediglich für die Zeit *nach dem Ableben des Erblassers* zu berücksichtigen.

25 Hiezu schon ausführlich *Umlauft,* NZ 2008, 33 ff.

mit völliger Sicherheit feststand, dass die Belastung wegfallen werde (RIS-Justiz RS0012946). Hingegen ist ein derartiges Fruchtgenussrecht als Minderung der Zuwendung für die Frage des Vorliegens einer (gegebenenfalls gemischten) Schenkung sehr wohl zu berücksichtigen. Darin liegt auch kein Widerspruch zur angeführten Judikatur, weil für unterschiedliche Beurteilungszwecke jeweils auf unterschiedliche Zeitpunkte abzustellen ist.«

Indem der öOGH die beiden Revisionen zurückweist, billigt er in dieser Entscheidung also die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, wonach das Fruchtgenussrecht der Erblasserin als wertmindernd veranschlagt wird, dies mit der Folge, dass die Pflichtteilsbemessungsgrundlage entsprechend verringert wird. Wie sich diese Rechtsansicht allerdings mit der vom Höchstgericht in dieser Entscheidung getroffenen Aussage, dass der *»Wert eines der Erblasserin bei der Übergabe vorbehaltenen lebenslangen Fruchtgenussrechts* [...] *bei der Bemessung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage außer Betracht zu bleiben«* hat, in Einklang bringen lässt, bleibt vollkommen im Dunkeln.

Diese Entscheidung ist gleichzeitig Grundlage für die ganz aktuelle **öOGH-E 19.4.2012, 7 Ob 248/11p:** Der Geschenkgeber hat 1983 sein Haus samt Grund seiner Tochter übergeben, dies gegen Vorbehalt des Fruchtgenussrechtes und des Veräußerungs- und Belastungsverbotes bezüglich des Übergabsobjektes zu seinen Gunsten. Der Verkehrswert des Schenkungsvermögens betrug im Schenkungszeitpunkt lastenfrei EUR 102.816,–. Das Fruchtgenussrecht hatte im Schenkungszeitpunkt einen kapitalisierten Wert von EUR 101.129,–, sodass nach Abzug des Fruchtgenussrechtes ein »Netto-Geschenkswert« von lediglich EUR 1.687,– verblieb. Der Pflichtteilskläger begehrte vom Schenkungswert *ohne* Abzug des Fruchtgenussrechtes den Pflichtteil. Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab; das Berufungsgericht bestätigte die abweisende Entscheidung. Der öOGH gab der Revision des Pflichtteilsklägers statt und führte zur hier relevanten Frage wörtlich Folgendes aus: *»Nach den Grundsätzen ständiger Rechtsprechung* [...] *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* [...]. *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* [...]. *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* [...]«.

Der öOGH beruft sich zur Begründung dieser Ansicht auf die soeben besprochene öOGH-E 6 Ob 232/09z. Dann fährt der öOGH wie folgt weiter: *»Demgemäß geht auch der Kläger in seiner Revision nunmehr davon aus, dass sich der Wert der Liegenschaft zwar erheblich vermindert habe, aber ein geringer Wert (EUR 1.687,–) übrig geblieben sei, der zwar »sehr gering« erscheine, dem jedoch keine Gegenleistung gegenüber stehe* [...]. *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* [...]. *Da das Eigentum an der Liegenschaft ohne Gegenleistung übertragen wurde, liegt also auch dann eine Schenkung vor* [...], *wenn diese (seinerzeit) in ihrem wirtschaftlichen Wert durch das Fruchtgenussrecht stark geschmälert war. Dies änderte – wie die Revision zutreffend ausführt – nichts an der Unentgeltlichkeit der Eigentumsübertragung. Auch die Entscheidung 6 Ob 232/09z, die sich auf eine gemischte Schenkung bezieht, steht dem nicht entgegen, weil dort – anders als hier – zu beurteilen war, ob überhaupt etwas geschenkt wurde* [...]«.

Der öOGH hat der Revision stattgegeben und dem Pflichtteilskläger einen Pflichtteil auf einer Bemessungsgrundlage zugesprochen, die sich am Verkehrswert der Liegenschaft ohne Abzug des Fruchtgenussrechtes orientiert.

Die nicht leicht verständlichen Ausführungen in dieser Entscheidung besagen Folgendes: Der öOGH 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 EUR 1.687,– geführt. Das war die Grundlage für die Annahme des Revisionsgerichtes, die Schenkungsanrechnung überhaupt zuzulassen. *Erst hier* kehrt der öOGH 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 EUR 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 Entscheidung 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 Entscheidung 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 Beur-

teilung 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 es bei einem kapitalisierten Wert des Fruchtgenussrechtes, welcher den unbelasteten Wert der geschenksliegenschaft im Schenkungszeitpunkt übersteigt, die Schenkungsanrechnung *gänzlich* ausgeschlossen ist. Ein Ergebnis, das durch nichts zu rechtfertigen wäre!

Als – vermeintliche – Begründung führt der öOGH seine soeben besprochene E 6 Ob 232/09z 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 öOGH allerdings in seiner E 7 Ob 248/11 p nicht sieht.

Aufzulösen ist die durch diese Entscheidungen verursachte Verwirrung wie folgt: Es ist wieder zur früheren OGH-Linie, welche sich mit der weit überwiegenden Lehre in Österreich deckt, zurückzukehren, indem 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 berücksichtigt werden. Dies ist, wie oben ausführlich dargelegt wurde, in der vom Anrechnungsrecht geforderten besonderen Sichtweise begründet und deshalb sachgerecht.

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. Nutzungsrechte zu Gunsten dritter Personen sind nur in Abzug zu bringen, *soweit* diese über den Tod des Geschenkgebers hinaus bestehen. Die Ermittlung des Ausmaßes solcher als wertmindernd zu berücksichtigenden Gegenleistungen erfolgt ex-ante nach den Verhältnissen und dem Kenntnisstand im Zeitpunkt der Schenkung.

Wie bereits erwähnt, wird diese Position auch vom FL-OGH vertreten.[26]

26 Siehe FN 16.

III. Anrechnung von Vorempfängen (Vorschüssen) auch auf den Schenkungspflichtteil?

A. Die Entscheidung öOGH 29.9.2011, 2 Ob 186/10g

In dem vom öOGH entschiedenen Fall 2 Ob 186/10g[27] hat der Erblasser zu seinen Lebzeiten seiner Tochter ein Heiratsgut (Vorempfang § 788 ABGB) und eine Schenkung (§ 785 ABGB) zugewendet. Diese Tochter begehrt nunmehr von der erbl Witwe, welche zur Alleinerbin eingesetzt wurde, sowohl den Nachlasspflichtteil wie auch – im Hinblick auf angebliche Schenkungen des Erblassers – den Schenkungspflichtteil. Der Vorempfang der erbl Tochter übersteigt ihren Nachlasspflichtteil. Im Kern der Entscheidung geht es ua um die Frage, ob der Vorempfang der pflichtteilsberechtigten erbl Tochter auf ihren Nachlasspflichtteil *und*, soweit dieser (der Vorempfang) den Nachlasspflichtteil übersteigt, auch auf ihren Schenkungspflichtteil anzurechnen ist, oder ob die Anrechnung lediglich auf den Nachlasspflichtteil zu erfolgen hat. Der öOGH gelangt in dieser Entscheidung zum Ergebnis, dass eine Anrechnung des Vorempfangs lediglich auf den Nachlasspflichtteil zu erfolgen hat; auf den Schenkungspflichtteil seien lediglich Schenkungen iSd § 785 ABGB anzurechnen.

Der vorgenannten Entscheidung kann nicht entnommen werden, ob der öOGH die Einschränkung der Anrechnung auf den Nachlasspflichtteil lediglich auf Vorempfänge iSd § 788 ABGB bezogen haben will oder ob sich diese Rechtsfolge auch auf die Vorschüsse iSd § 789 ABGB erstreckt.

Der Gerichtshof analysiert die bisherige höchstgerichtliche Rsp und kommt im Wesentlichen zum Ergebnis, dass daraus keine eindeutigen Schlüsse gezogen werden können. In der Lehre sind die Meinungen geteilt: *Kralik,*[28] *Umlauft,*[29] *Samek,*[30] *Likar-Peer*[31] und *Eccher*[32] vertreten die Meinung, dass Vorempfänge und Vorschüsse nicht nur auf den Nachlass-, sondern auch auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen sind. Hingegen sind *Welser*[33] und ihm folgend *Fischer-*

27 NZ 2012, 172 ff; ausführliche Besprechung dieser Entscheidung von *Umlauft,* Anrechnung von Vorempfängen nur auf den Nachlasspflichtteil? NZ 2012, 169 ff; *Eccher,* Anrechnung von Vorempfängen auf den Schenkungspflichtteil? (Urteilsanmerkung), ÖJZ 2012, 477 f; *Fischer-Czermak,* Anrechnung von Vorempfang und Schenkung (Urteilsanmerkung), EF-Z 2012/50.

28 In Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht[3] 306.

29 Anrechnung 96; *ders,* NZ 2012, 170 ff.

30 Das österreichische Pflichtteilsrecht samt Anrechnungsrecht (2004) 159 f.

31 In Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 424.

32 In Schwimann/Kodek, ABGB[4] III §§ 788, 789 Rz 9; *ders,* ÖJZ 2012, 477 f.

33 Vorschläge zur Neuregelung der Anrechnung beim Pflichtteil, NZ 1998, 40 (41); *ders* in Koziol/Welser, Bürgerliches Recht[13] II 560.

Czermak,[34] *Aichberger-Beig*[35] und *B. Jud*[36] gegenteiliger Meinung, nach denen Vorempfänge und Vorschüsse lediglich auf den Nachlass-, nicht jedoch auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen sind.

B. Kritik

1. Die vom öOGH vorgenommene Analyse der einschlägigen Meinungen

Der öOGH meint, dass sich aus der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung kein eindeutiges Bild ergibt. Dies verwundert, wenn man die vom Gerichtshof zitierten und analysierten beiden Entscheidungen des öOGH 2 Ob 609/86 und 7 Ob 547/92 einer näheren Betrachtung unterzieht. Dabei erstaunt es einigermaßen, dass der öOGH aus diesen beiden Entscheidungen nichts zur Frage, ob Vorempfänge auch auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen sind, abzuleiten vermag, heißt es in diesen beiden Entscheidungen doch wörtlich Folgendes:

OGH 2 Ob 609/86: »*Für Schenkungen, die der Pflichtteilsberechtigte selbst erhalten hat, ordnet das Gesetz ausdrücklich nur eine Anrechnung auf die durch die Berücksichtigung von Schenkungen bei Berechnung des Nachlasses erfolgte Erhöhung des Pflichtteils (den Schenkungspflichtteil) an (§ 787 Abs 2 ABGB). Ein Vorempfang im Sinne des § 788 oder ein Vorschuß nach § 789 des Pflichtteilsberechtigten ist dagegen auf den ganzen Pflichtteil anzurechnen.*«

OGH 7 Ob 547/92: »*Ihre Rechtsansicht, daß Schenkungen nur nach Maßgabe der §§ 787 Abs 2 und § 951 Abs 2 ABGB auf die durch die Veranschlagung bewirkte Erhöhung des Pflichtteils und nicht, wie in den Fällen des § 788 ABGB auf den gesamten Betrag des Pflichtteils anzurechnen sind, entspricht der Lehre und neueren Rechtsprechung* [...].«

Wenn in diesen beiden Fällen die Noterben nur Schenkungen (§ 785 ABGB) erhalten haben, so entspricht es dem klaren Gesetzeswortlaut (§ 787 Abs 2 ABGB) und auch der ganz hA,[37] dass solche Schenkungen nicht auf den Nachlasspflichtteil anzurechnen sind. *Nur dies* will der OGH aus diesen Entscheidungen ableiten, obwohl jedoch auch ausdrücklich erwähnt wird, dass ein Vor-

34 Die erbrechtliche Anrechnung und ihre Unzulänglichkeiten, NZ 1998, 2 (5).

35 In Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 4 Rz 67.

36 Entwicklungen im Recht der Anrechnungen beim Pflichtteil, AnwBl 2000, 716 (717).

37 *Welser* in Rummel, ABGB[3] § 785 Rz 22; *Eccher* in Schwimann/Kodek, ABGB[4] III § 785 Rz 1; *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht[13] II 560; *Eccher,* Erbrecht[4] Rz 7/17 und 12/5.

empfang bzw Vorschuss auf den »ganzen Pflichtteil« (2 Ob 609/86) bzw auf den »gesamten Betrag des Pflichtteils« (7 Ob 547/92) anzurechnen ist. Dass unter dem »ganzen Pflichtteil« bzw dem »gesamten Betrag des Pflichtteils« nur der *Nachlass*pflichtteil zu verstehen sein soll, überrascht.

Die Meinungen aus der Lehre, denen sich der öOGH anschließt, gehen auf *Welser*[38] zurück. *Welser* selbst beruft sich dabei »nur« auf *Ehrenzweig*[39] *(»So wohl auch Ehrenzweig* [...]«). *Ehrenzweig* dürfte hier aber nicht dasselbe gemeint haben, wenn er nämlich wörtlich schreibt: *»Vorempfänge schmälern den ganzen Pflichtteil des Begünstigten (§ 788), Schenkungen nur den ihm gebührenden Schenkungspflichtteil (die Erhöhung, § 787).«*

Die vom öOGH durchgeführte Analyse des Schrifttums ergibt also bei näherer Betrachtung ein differenziertes Bild und durchaus gewichtige Argumente *für* die Anrechnung von Vorempfängen (Vorschüssen) auch auf den Schenkungspflichtteil.

2. Wortinterpretation

Sowohl im § 788 ABGB (Vorempfang) wie auch im § 789 ABGB (Vorschuss) ist die Rede von der Einrechnung *»in den Pflichtteil«*. Naheliegenderweise ist zur Beantwortung unserer Frage von der Wortinterpretation der diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen auszugehen. Vom Wortlaut her ist es zwar theoretisch vertretbar, unter dem Begriff »Pflichtteil«, wie er in den §§ 788 f ABGB verwendet wird, nur den »Nachlasspflichtteil« zu verstehen (restriktive Interpretation). Recht einsichtig ist dies allerdings nicht, wo doch der Pflichtteil eben aus dem Nachlasspflichtteil und dem Schenkungspflichtteil besteht; auch der Schenkungspflichtteil gehört zum Pflichtteil![40]

Dieses Verständnis des Begriffs »Pflichtteil« findet seine Bestätigung darin, dass auch an anderen Stellen des ABGB der Begriff »Pflichtteil« in diesem Sinn verstanden wird. So bestimmt § 774 ABGB in seinem ersten Satz: *»Der Pflichtteil kann in Gestalt eines Erbteiles oder Vermächtnisses, auch ohne ausdrückliche Benennung des Pflichtteiles hinterlassen werden«*. Damit in unmittelbarem Zusammenhang steht die Bestimmung des § 787 ABGB, in dessen 1. Absatz Folgendes bestimmt wird: *»Alles, was die Noterben durch Legate oder andere Verfügungen des Erblassers wirklich aus der Verlassenschaft erhalten, wird bei Bestimmung ihres*

38 NZ 1998, 40 (41).

39 System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² II/2: Familien- und Erbrecht (1937) 599.

40 *Likar-Peer* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 424.

Pflichtteiles in Rechnung gebracht.« Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, dass solche Zuwendungen aus dem Nachlass nicht nur in den Nachlasspflichtteil, sondern auch in den Schenkungspflichtteil einzurechnen sind. Etwas anderes wurde weder in der Rsp noch in der Lehre jemals behauptet.[41] Im unmittelbar auf § 787 ABGB folgenden § 788 ABGB ist wiederum die Rede von der Einrechnung in den »Pflichtteil«. Es überrascht nun einigermaßen, dass dem Begriff »Pflichtteil« im § 788 ABGB plötzlich eine wesentlich andere Bedeutung beigemessen wird als dem selben Begriff im unmittelbar vorausgehenden § 787 ABGB, ohne dass eine einleuchtende sachliche Notwendigkeit für ein solches unterschiedliches Verständnis gegeben wäre.

3. Teleologische Überlegungen

Auch teleologische Überlegungen sprechen dafür, Vorempfänge und Vorschüsse (§§ 788 f ABGB) auf den Nachlass- *und* Schenkungspflichtteil anzurechnen: Vorempfänge und Vorschüsse (§§ 788 f ABGB) haben kraft gesetzlicher Vermutung (§ 788 ABGB) bzw kraft Vereinbarung (§ 789 ABGB) eine größere Nähe bzw Affinität zur Verteilung des Nachlassvermögens als Schenkungen iSd § 785 ABGB. Die Vorempfänge und Vorschüsse sind nämlich sowohl auf den Pflichtteil (§§ 788 f ABGB) wie auch auf den gesetzlichen Erbteil (§ 790 Satz 2 ABGB) anzurechnen, wogegen Schenkungen nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 787 Abs 2 ABGB lediglich auf die durch die gemachten Schenkungen bewirkte *Erhöhung* des Pflichtteils, also auf den *Schenkungspflichtteil,* anzurechnen sind. Wenn nun sogar Schenkungen, die nicht diese Nähe zur Verteilung des Nachlassvermögens des Erblassers haben, auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen sind, dann muss dies umso mehr für Vorempfänge und Vorschüsse iSd §§ 788 f ABGB gelten, die – wie gesagt – eine intensivere Verflechtung mit der Verteilung des erbl Vermögens haben.[42]

Die Meinung des öOGH, wonach Vorempfänge nur auf den Nachlasspflichtteil, nicht jedoch auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen sind, vermag nicht zu überzeugen. Die Wortinterpretation, aber auch teleologische Überlegungen führen zum gegenteiligen Ergebnis: Vorempfänge und Vorschüsse (§§ 788 f ABGB) sowie letztwillige Zuwendungen (§ 774 iVm § 787 Abs 1 ABGB) sind jeweils auf den »gesamten Pflichtteil«, also auf den Nachlasspflichtteil

41 Hiezu ausführlich *Umlauft,* NZ 2012, 170 f, unter Hinweis auf ein Beispiel.
42 *Eccher,* Antizipierte Erbfolge (1979) 168 ff; *Umlauft,* Anrechnung 96 FN 360.

und, soweit die betreffende Zuwendung diesen übersteigt, auch auf den Schenkungspflichtteil anzurechnen.

IV. Resümee und Ausblick

Die in den Abschnitten II. und III. analysierten Entscheidungen des öOGH führen leider dazu, dass das Anrechnungsrecht noch unverständlicher und verworrener wird, als es ohnedies schon ist. Gerade die beiden Entscheidungen zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage für den Schenkungspflichtteil legen die Vermutung nahe, dass selbst das Höchstgericht nicht mehr letzte Klarheit über den Inhalt und die Tragweite seiner diesbezüglichen Ausführungen hat. Es sollte dies Ansporn für den Gesetzgeber sein, die schon seit längerer Zeit »versprochene« Erbrechtsreform, und hier wiederum insbesondere die Novellierung des Anrechnungsrechts, möglichst bald in Angriff zu nehmen.