

Forderungsrechte entsprechende Nachforschungspflichten entstehen lassen (RIS-Justiz RS0022852 [T 12]; 9 Ob 7/13 i). Die Nachforschungspflicht des späteren Erwerbers kann sich aber auch aufgrund besonderer Umstände ergeben, aus denen sich ein begründeter Verdacht ergibt (RIS-Justiz RS0114162).

Dazu haben die Revisionswerber vorgebracht, aufgrund des Ablebens der ursprünglich berechtigten Geschenknehmerin vom Erlöschen des ihnen bekannten ersten Schenkungsvertrags (auf den Todesfall) ausgegangen zu sein. Der Vertragserrichter des zweiten Schenkungsvertrags habe vom ersten Kenntnis gehabt, jedoch nicht darauf hingewiesen, dass dieser weiterhin gültig sei.

Im vorliegenden Fall liegt kein besitzverstärktes Forderungsrecht vor, weil der Kl die Wohnung nicht bewohnt hat. Nachforschungspflichten trafen die ZweitBekl grds nicht. Jedoch gestehen beide Bekl zu, den ersten Schenkungsvertrag gekannt zu haben. War aber ein solcher Vertrag bekannt, entspricht es der oberstgerichtl Rsp, dass der Zweiterwerber auch dann in das Forderungsrecht des Ersterwerbers eingreift, wenn er die Liegenschaft in Kenntnis des ersten Vertrags erwirbt und aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht darauf vertrauen darf, dass durch die wiederholte Veräußerung und Übereignung der Sache das Gläubigerrecht des Ersterwerbers nicht beeinträchtigt wird (7 Ob 225/03 v; 9 Ob 7/13 i). Für den hier vorliegenden Fall entspricht es nicht dem Allgemeinwissen, dass die Stellung als Beschenker auf den Todesfall vererblich ist. Dass nach dem Vorbringen des Bekl der Vertragserrichter sie nicht aufklärte, hat der Kl nicht bestritten und ist daher zugrundezulegen.

2.4. Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich Folgendes:

Der Kl hat vorgebracht, den Bekl sei es sogar geradezu darauf angekommen, die Erfüllung der Schenkung auf den Todesfall zu vereiteln.

Träfe dies zu, würden die Bekl dem Kl wegen Beeinträchtigung von dessen Forderungsrecht haften, was zur Klagsstattgebung zum ersten Hauptbegehren führte.

Wären die Bekl jedoch aufgrund des Ablebens der ursprünglich berechtigten Geschenknehmerin vom Erlöschen des ihnen bekannten ersten Schenkungsvertrags (auf den Todesfall) ausgegangen, fiele ihnen keine wesentliche Beeinträchtigung des Forderungsrechts des Kl zur Last. Diesfalls wäre nach der zitierten Rsp das erste Hauptbegehren abzuweisen.

2.5. Zu dem beiderseitigen in Punkt 2.4. dargestellten Vorbringen fehlen Feststellungen, weshalb das Verfahren ergänzungsbedürftig ist, was die Aufhebung der vorinst Entscheidungen unumgänglich macht. Sollten die Vorinst dazu nur Negativfeststellungen treffen können, träfe die Beweislast den Kl (RIS-Justiz RS0022852 [T 1]; RS0022817 [T 10]).

3. Die Kostenentscheidung gründet sich betreffend die Revision der klagenden Partei auf die §§ 41 und 50 ZPO. Die Bekl haben in ihrer Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit der Revision des Kl hingewiesen. Der geltend gemachte ERV-Zuschlag beträgt nur 2,10 EUR, weil die Revisionsbeantwortung kein verfahrenseinleitender Schriftsatz ist (RIS-Justiz RS0126594).

Der Kostenvorbehalt betreffend die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinst gründet sich auf § 52 ZPO. Zu B.):

Die Abweisung des Antrags auf Streitnanmerkung haben die Vorinst nach der eindeutigen stRsp gelöst (insbesondere 5 Ob 24/11 g; RIS-Justiz RS0060629; RS0060512). Dagegen führt der Revisionsrekurs nichts Stichhaltiges ins Treffen.

Soweit im Revisionsrekurs neuerlich eventualiter die Anmerkung der Abweisung der Streitnanmerkung begehrt wird, ist zu entgegnen, dass dieses Begehren mit Beschluss des ErstG vom 18. 7. 2016, ON 39, zugestellt am 19. 7. 2016, abgewiesen wurde, dagegen wurde binnen der 30-tägigen Rekursfrist (§ 123 Abs 1 GBG) kein Rekurs erhoben, weshalb der genannte Beschluss des ErstG rechtskräftig ist.

Einer weiteren Begründung bedarf es nicht (§ 126 Abs 3 GBG; RIS-Justiz RS0117692).

NZ 2017/38

Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG; § 785 Abs 3 letzter Satz ABGB idF vor dem ErbRÄG 2015

§ 785 Abs 3 letzter Satz ABGB aF ist verfassungskonform

1. § 785 Abs 3 letzter Satz ABGB aF kann auf Grund der im ABGB enthaltenen Determinanten mit den herkömmlichen Interpretationsmethoden dahingehend ausgelegt werden, dass Geschenke, die länger als zwei Jahre vor dem Tod gemacht wurden, von der Schenkungsanrechnung ausgenommen sind, wenn der Geschenknehmer zum Zeitpunkt des Todes nur abstrakt, aber nicht konkret pflichtteilsberechtigt ist (Enkelkind, das keinen Pflichtteilsanspruch hat, weil es vom überlebenden Elternteil verdrängt wird). Die Regelung verstößt daher nicht gegen das Bestimmtheitsgebot nach Art 18 B-VG. Der Umstand, dass in der wissenschaftlichen Literatur unterschiedliche Lehrmeinungen, die zum Teil auch auf unterschiedlichen Vorstellungen über die Zweckmäßigkeit der Auslegung der gesetzlichen Regelung beruhen, vertreten werden, macht die angefochtene Regelung nicht unbestimmt.

2. Mit diesem Ergebnis hat der Gesetzgeber innerhalb seines rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes den Grundgedanken der „familia suspecta“ eingeschränkt und dem Ziel eines Ausgleichs unter den

Pflichtteilsberechtigten, wonach vermieden wird, dass Pflichtteilsberechtigte bloß zur Zahlung verpflichtet werden (gegebenenfalls auch zur Herausgabe einer geschenkten Sache), selbst jedoch mangels konkreter Pflichtteilsberechtigung nicht die Anrechnung einer Zahlung begehren können, den Vorrang eingeräumt. Es ist nicht unsachlich, wenn die Anrechnung einer Schenkung von der Reihenfolge des Ablebens von (potenziell) Erb- und Pflichtteilsberechtigten abhängt. Es liegt im Wesen des Erbrechts (und ist in diesem Sinn keine „Zufälligkeit“, an die der Gesetzgeber nicht anknüpfen dürfte), dass sich die konkrete Erbfolge und damit auch verschiedene erbrechtliche Rechtsfolgen nach der Reihenfolge des Ablebens bestimmen.

VfGH 13. 12. 2016, G 572/2015

Aus den Entscheidungsgründen:

[...]

2.2. Zu den Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot:

2.2.1. Das im Art 18 Abs 1 B-VG verankerte Rechtsstaatsprinzip gebietet, dass Gesetze einen Inhalt haben müssen, durch den das Verhalten der Behörde oder des Gerichts vorherbestimmt ist. Dass der Gesetzgeber bei der Beschreibung und Formulierung dieser Kriterien unbestimmte Gesetzesbegriffe verwendet, dadurch zwangsläufig Unschärfen in Kauf nimmt und von einer exakten Determinierung des Behördenhandelns Abstand nimmt, kann im Hinblick auf den Regelungsgegenstand erforderlich sein, steht aber grundsätzlich in Einklang mit Art 18 Abs 1 B-VG (vgl die Judikatur des VfGH zum „differenzierten Legalitätsprinzip“, VfSlg 13.785/1994 mwN).

2.2.2. Ob eine gesetzliche Vorschrift dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot gem Art 18 B-VG entspricht, richtet sich nicht nur nach ihrem Wortlaut, sondern auch nach der Entstehungsgeschichte, dem Inhalt und dem Zweck der Regelung. Bei der Ermittlung des Inhalts einer gesetzlichen Regelung sind daher alle der Auslegung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen. Eine Regelung verletzt die in Art 18 B-VG enthaltenen rechtsstaatlichen Erfordernisse dann, wenn nach Heranziehung sämtlicher Interpretationsmethoden nicht beurteilt werden kann, wozu das Gesetz ermächtigt (VfSlg 16.137/2001).

2.2.3. Der Antragsteller macht zusammengefasst unter Hinweis auf unterschiedliche Literaturmeinungen, faktische Vertragsgestaltungen zur Immunsierung von Schenkungen gegen Anfechtungen anderer Noterben und das Erkenntnis VfSlg 12.420/1990 im Wesentlichen geltend, dass die Heranziehung von Rechtsinstituten, die von subjektiven Voraussetzungen abhängen, gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoße.

2.2.4. Zweck der Schenkungsanrechnung nach § 785 ABGB ist es, bestimmte Minderungen des Pflichtteils bzw Umgehungen des Pflichtteilsrechts durch Schenkungen des Erblassers vor dessen Tod zu verhindern. Diesen Zweck versucht der Gesetzgeber dadurch zu erreichen, dass er eine Verkürzungsabsicht bei Personen aus dem engsten Familienkreis annimmt („familia suspecta“) und überdies einen vermögensmäßigen Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten anstrebt, wobei er eine Reziprozität des Ausgleichs anordnet (vgl bereits 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses 21. Session 1912, 116).

2.2.5. Da die Regelung sowohl der Verkürzungsabsicht innerhalb des engsten Familienkreises entgegenwirken soll, als auch auf den Ausgleich innerhalb der pflichtteilsberechtigten Personen gerichtet ist, muss jede pflichtteilsberechtigte Person (auch früher als in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des Erblassers) erhaltene Schenkungen gegen sich gelten lassen, ebenso wie umgekehrt jede pflichtteilsberechtigte Person von der Anrechnung einer Schenkung an einen anderen Pflichtteilsberechtigten Vorteile erwirken kann.

2.2.6. Unter Berücksichtigung von Entstehungsgeschichte und Zweck der Regelung erweist sich der Begriff der „pflichtteilsberechtigten Personen“ in § 785 Abs 3 letzter Satz ABGB nicht als in verfassungswidriger Weise unbestimmt. Der Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen kann aus den Vorschriften der §§ 762 und 763 ABGB abgeleitet werden.

2.2.7. Nach der Rechtsprechung des OGH sind nur Schenkungen an jene Personen von der unbefristeten Schenkungsanrechnung des § 785 Abs 3 ABGB erfasst, die im Schenkungszeitpunkt abstrakt (OGH 4. 11. 2004, 1 Ob 152/03i) und auch tatsächlich im Zeitpunkt des Todes – konkret – pflichtteilsberechtigt sind (OGH 19. 6. 1974, 5 Ob 120/74; OGH 15. 3. 1988, 5 Ob 558/87).

2.2.8. Auf Grund der im ABGB enthaltenen Determinanten ist die angefochtene Regelung mit den herkömmlichen Interpretationsmethoden einer Auslegung zugänglich. Dies zeigt die Rechtsprechung des OGH. Der im Antrag hervorgehobene Umstand, dass in der wissenschaftlichen Literatur unterschiedliche Lehrmeinungen, die zum Teil auch auf unterschiedlichen Vorstellungen über die Zweckmäßigkeit der Auslegung der gesetzlichen Regelung beruhen, vertreten werden, macht die angefochtene Regelung nicht unbestimmt. Sie verstößt daher nicht gegen das Bestimmtheitsgebot für Gesetze nach Art 18 B-VG.

2.3. Zu den Bedenken im Hinblick auf das Sachlichkeitsgebot des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes:

2.3.1. Der Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber (s etwa VfSlg 13.327/1993; 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl zB VfSlg 14.039/1995; 16.407/2001). Innerhalb dieser

Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungen wegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (s etwa VfSlg 16.176/2001; 16.504/2002). Ob eine Regelung zweckmäßig ist und das Ergebnis in allen Fällen als befriedigend empfunden wird, kann nicht mit dem Maß des Gleichheitssatzes gemessen werden (zB VfSlg 14.301/1995; 15.980/2000 und 16.814/2003).

2.3.2. Der Gesetzgeber kann nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH wohl von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehen und auf den Regelfall abstellen (vgl zB VfSlg 14.841/1997; 16.124/2001 und 16.771/2002); dass dabei Härtefälle entstehen, macht das Gesetz nicht gleichheitswidrig (zB VfSlg 11.615/1988; 14.841/1997); ebenso wenig können daher Einzelfälle einer Begünstigung die am Durchschnitt orientierte Regelung unsachlich machen (VfSlg 8871/1980).

2.3.3. § 785 Abs 3 letzter Satz ABGB sieht vor, dass Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen, die früher als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers gemacht wurden, bei der Anrechnung auf den Pflichtteil unberücksichtigt bleiben. Daraus folgt, dass Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen grundsätzlich unbefristet zu berücksichtigen sind.

2.3.4. Der Antragsteller bringt auf das Wesentliche zusammengefasst vor, dass diese Regelung unsachlich sei, weil – wie im Sachverhalt zum Ausgangsverfahren – Schenkungen an Kinder von Pflichtteilsberechtigten (im Anlassfall an ein Enkelkind) unberücksichtigt blieben. Dies führe zu einer systemwidrigen und unsachlichen pflichtteilsrechtlichen Behandlung von Enkelkinderschenkungen, welche an Bedeutung zugenommen hätten, weil Vermögen immer häufiger an die übernächste Generation übertragen würde.

2.3.5. Mit der in der angefochtenen Bestimmung erhaltenen Regelung folgt der Gesetzgeber jener Überlegung, welche bereits bei der Einführung der Differenzierung zwischen pflichtteilsberechtigten und nicht pflichtteilsberechtigten Personen als Geschenknehmern im Rahmen der dritten Teilnovelle zum ABGB zugrunde lag. Die Begründung für eine zeitliche Schranke hinsichtlich nicht pflichtteilsberechtigter Personen wurde und wird darin gesehen, „dass die kritische Zeit für Umgehungen des Noterbenrechts hauptsächlich nur die letzte Zeit vor dem Tode des Erblassers ist“ (78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses 21. Session 1912, 116). Anderes gilt hingegen, wenn der Geschenknehmer ein Pflichtteilsberechtigter ist. In diesem Fall empfehle sich eine Ausnahme. Denn wo „sich mehrere Noterben gegenüberstehen, würde sich sonst eine kaum zu rechtfertigende Ungleichheit ergeben [...], falls der eine etwas früher, der andere etwas später als zwei Jahre vor dem Tode des Erblassers Begünstigungen empfangen hätte“ (78

der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses 21. Session 1912, 116). Mit dieser Differenzierung nimmt der Gesetzgeber den Kreis jener Familienangehörigen von der Nichtanrechnung ab einem gewissen Zeitpunkt vor dem Tod des Erblassers aus (nämlich die pflichtteilsberechtigten Personen), von denen er davon ausgeht, dass eine erhöhte Gefahr der Umgehung und in der Folge der Verkürzung bis hin zur Vernichtung von Pflichtteilsansprüchen besteht (vgl auch OGH 6. 8. 2015, 2 Ob 125/15v).

2.3.6. Damit trägt der Gesetzgeber dem Gedanken der „familia suspecta“ Rechnung. Allerdings wird von der Rechtsprechung gefordert, dass die unbefristete Pflicht zur Anrechnung von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen davon abhängig ist, dass ein Geschenknehmer im Todeszeitpunkt des Erblassers tatsächlich (und damit konkret) pflichtteilsberechtigt war. Wie der OGH festgehalten hat, gibt nicht der Gedanke der „familia suspecta“ als rechtspolitisch verständlicher Sinn der Vorschrift des § 785 Abs 3 ABGB den Ausschlag, sondern im Widerstreit der Interessen hat der Ausgleichsgedanke so starkes Gewicht, dass für die Anrechnungsverpflichtung die konkrete Pflichtteilsberechtigung beim Erbanfall, also zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers maßgeblich ist (OGH 15. 3. 1988, 5 Ob 558/87; vgl auch 11. 9. 2014, 2 Ob 39/14v; 6. 8. 2015, 2 Ob 125/15v).

2.3.7. Dadurch, dass nur ein konkret Pflichtteilsberechtigter eine Anrechnung verlangen kann, wird vermieden, dass Pflichtteilsberechtigte bloß zur Zahlung verpflichtet werden (gegebenenfalls auch zur Herausgabe einer geschenkten Sache), selbst jedoch nicht die Anrechnung einer Zahlung begehren können. Das bedeutet im Ergebnis, dass der Grundgedanke der „familia suspecta“ eingeschränkt und dem Ziel eines Ausgleichs unter den Pflichtteilsberechtigten ein Vorrang eingeräumt wird.

2.3.8. Der Gesetzgeber hat mit dieser im ABGB einfachgesetzlich verankerten Regelung einerseits die Interessen des Erblassers berücksichtigt, andererseits sowohl dem Grundgedanken der „familia suspecta“ als auch dem Gedanken des vermögensmäßigen Ausgleichs unter den Pflichtteilsberechtigten Rechnung getragen. Hinsichtlich des Ausmaßes, in dem dem einen oder dem anderen Gedanken ein Vorrang eingeräumt wird, verfügt der Gesetzgeber über einen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum. Auch in Bezug auf die Frage, welche Voraussetzungen im Schenkungszeitpunkt und welche Voraussetzungen im Zeitpunkt des Todes des Erblassers vorliegen müssen, ist ein Spielraum des Gesetzgebers gegeben, solange er, insgesamt gesehen, sachliche Anknüpfungspunkte für seine Regelungen wählt und nicht Widersprüche zu erbrechtlichen Grundsätzen erzeugt, die sachlich nicht gerechtfertigt sind.

2.3.9. Unsachlich ist es insbesondere nicht, wenn die Anrechnung einer Schenkung von der Reihenfolge des

Ablebens von (potenziell) Erb- und Pflichtteilsberechtigten abhängt. Es liegt im Wesen des Erbrechts (und ist in diesem Sinn keine „Zufälligkeit“, an die der Gesetzgeber nicht anknüpfen dürfte), dass sich die konkrete Erbfolge und damit auch verschiedene erbrechtliche Rechtsfolgen nach der Reihenfolge des Ablebens bestimmen.

2.3.10. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers widerspricht die angefochtene Bestimmung auch nicht dem erbrechtlichen Prinzip der Teilung nach Stämmen (Parentelen), wonach alle Angehörigen eines Stammes zusammen das erben, was ihrem Vorfahren zugefallen wäre. Damit werden alle Verwandten ersten Grades eines Erblassers gleich behandelt. Dass nach der angefochtenen Bestimmung eine Schenkung an einen Verwandten zweiten Grades (zB Enkelkind) dann unberücksichtigt bleibt, wenn der erbberechtigte Verwandte ersten Grades (Vater oder Mutter des Geschenknehmers) noch lebt, widerspricht nicht dem Prinzip der Teilung nach Stämmen.

2.3.11. Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers vermag der VfGH nicht zu erkennen, inwieweit eine Differenzierung hinsichtlich der Anrechnung von Schenkungen vor dem zweiten Jahr vor dem Tod des Erblassers eine unsachliche Ungleichbehandlung von pflichtteilsberechtigten Personen einerseits und nicht pflichtteilsberechtigten Empfängern von Schenkungen durch den Erblasser andererseits zur Folge hat.

Anmerkung:

Ganz unkommentiert will der Verfasser, der den Antragsteller als KI im zivilrechtlichen Ausgangsverfahren (Pflichtteilsprozess) vertritt, die Entscheidung nicht hinnehmen. *Welser* (in Zur Berücksichtigung von Schenkungen im Pflichtteilsrecht, in FS Kralik [1986] 590), auf den sich die vom VfGH referierte Judikatur stützt, hat selbst festgestellt, dass der Gesetzgeber vom Normalfall ausgegangen sein dürfte, dass der Beschenkte sowohl bei der Schenkung als auch beim Tod des Erblassers zu den (auch konkret) pflichtteilsberechtigten Personen gehört. Er hält die unbilligen Ergebnisse, die sich unter Wahrung des Reziprozitätsgedankens (Wechselseitigkeit der Anrechnung) in Einzelfällen ergeben können, für nicht befriedigend und schreibt diese einer nicht korrigierbaren, unzulänglichen gesetzlichen Regelung zu. Mit dieser vom Antragsteller relevierten Kritik hat sich der VfGH leider nicht auseinandergesetzt. Welche konkreten Anhaltspunkte und Determinanten dem Gesetz entnommen werden können, um die widerstreitenden Zielsetzungen der „familia suspecta“ einerseits sowie der Reziprozität der Anrechnung andererseits nach den herkömmlichen Interpretationsmethoden richtig zu gewichten, zeigt die Entscheidung nicht einmal ansatzweise auf. Dass die Rsp

einer bestimmten Lehrmeinung zu einer völlig unbestimmten Rechtslage folgt, kann für sich jedenfalls kein Indiz für die ausreichende Bestimmbarkeit eines Gesetzes sein.

Deshalb geht auch der Verweis auf den rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers fehl, um den Anfechtungsgrund der mangelnden Sachlichkeit zu zerstreuen. Eine mehr oder weniger beliebige Deutung durch die Rsp lässt sich nicht einer bestimmten Entscheidung der Legislative zurechnen.

Von einer aus der Durchschnittsbetrachtung herausfallenden und deshalb hinzunehmenden Härte kann ebenfalls nicht gesprochen werden, wenn man bedenkt, dass sich auf Basis der vom VfGH gedeckten Rechtslage Schenkungen an Enkelkinder oder das Abfordern von Pflichtteilsverzichteten zu weit verbreiteten Umgehungsszenarien entwickelt haben (siehe dazu *Probst*, Aktuelles zur Erbrechtsnovelle 2014, *UnternehmerCircle* 2014, 20; *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht [2001] 199). Gegen derartige Gestaltungen hat der OGH zwar den Einwand des Rechtsmissbrauchs zugelassen (OGH 7. 3. 1995, 4 Ob 519/95 NZ 1996, 178). Allerdings bestehen in L und Rsp die unterschiedlichsten Meinungen über die Konsequenzen und methodische Begründung derartiger Korrekturen, insbesondere darüber, ob das Vorhandensein eines unlauteren Motives zu verlangen ist (OGH 19. 11. 2002, 4 Ob 233/02x JBI 2003, 375), wenn ja, wann ein solches vorliegen muss (OGH 4. 11. 2004, 1 Ob 152/03i JBI 2005, 180), oder ob ein objektiver Umgehungstatbestand für die Anrechnung genügt und § 785 Abs 3 letzter Satz ABGB nur teleologisch zu reduzieren ist (*Peer*, JBI 2001, 131). *Umlauf* (in Anrechnung 214) hat davor gewarnt, dass die Zulassung einzelfallbezogener Rechtsmissbrauchserwägungen auf Basis eines schwammigen „gute-Sitten-Maßstabs“ unerträgliche Rechtsunsicherheit schafft. *Zankl* (in Umgehung der Schenkungsanrechnung, NZ 2001, 115f) zeigte die mit dem Rekurren auf subjektive Voraussetzungen verbundene Problematik unzureichender Planungssicherheit auf und sah – wie schon *Welser* – den Gesetzgeber gefordert. Auch die darauf gegründeten Bedenken in Richtung Art 18 B-VG hat der VfGH leider nicht aufgegriffen. Bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Regelung mit dem Gleichheitsgrundsatz scheint der VfGH die Berufung auf eine erhöhte Missbrauchsgefahr nicht zuzulassen (vgl VfGH 11. 10. 2016, G 418/2015 JBI 2016, 776 – zur Rechtfertigung der Differenzierung zwischen Sach- und Rechtsmängeln im Gewährleistungsrecht).

Es erscheint verständlich, dass sich der VfGH in zivilrechtliche Debatten nicht einmengen will und der Flut an Gesetzesprüfungsanträgen, die in zivilge-

richtlichen Verfahren nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG nun an ihn herangetragen werden, eher zurückhaltend begegnet. Allerdings wird der VfGH nicht umhinkommen, das Erbrecht nach denselben strengen verfassungsrechtlichen Maßstäben wie das öffentliche Recht zu beurteilen, wenn er seiner erweiterten Verantwortung für die Normenkontrolle nachkommen will. Jüngste Rsp des VfGH zum AnerbenG, in der erkannt wurde, dass Eingriffe in das Pflichtteilsrecht den Vermögensschutz des Art 1 1. ZPEMRK und des Art 5 StGG berühren können (VfGH 9. 12. 2015, G 165/2015 JBl 2016, 96), lässt es jedenfalls angezeigt erscheinen, das Pflichtteilsrecht im Visier einer verfassungsrechtlichen Betrachtung zu behalten.

Dass Enkelkinder dem engeren Familienkreis angehören und Schenkungen an sie mit Verkürzungsverdacht auch dann zu belegen sind, wenn sie nicht als Pflichtteilsberechtigte tatsächlich (konkret) zum Zug kommen, liegt auf der Hand. Es erscheint daher gerechtfertigt, auch solche Schenkungen generell der unbefristeten Anrechnung zu unterziehen. Andererseits erweist sich das dogmatische Erfordernis einer wechselseitigen Anrechnungsmöglichkeit als blind, wenn einer Schenkung an den Anrechnungsgegner gar keine Schenkungen an den die Anrechnung Begleitenden gegenüberstehen, was nicht selten der Fall ist. Ist das beschenkte Enkelkind nicht Erbe und deckt der Nachlass den erhöhten Pflichtteil, wäre es mit der Anrechnung gar nicht belastet.

Das ErbRÄG 2015, das in seinen wesentlichen Teilen (für Todesfälle nach dem 31. 12. 2016) am 1. 1. 2017 in Kraft getreten ist (§ 1503 Abs 7 Z 1 und 2 ABGB nF), hat auch das Problem der „Enkelkind-Schenkungen“ im Pflichtteilsrecht gelöst. Nach § 782 Abs 1 und § 783 Abs 1 Satz 1 und 2 ABGB nF, die die Voraussetzungen für die Anrechnung von Schenkungen an (nicht) pflichtteilsberechtigten Personen regeln, ist pflichtteilsberechtigt, wer dem in § 757 ABGB umschriebenen Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen (Nachkommen sowie der Ehegatte oder eingetragene Partner des Verstorbenen) angehört. Auf die in § 758 Abs 1 ABGB nF definierte konkrete Pflichtteilsberechtigung stellt das Gesetz durch die Verweise auf § 757 ABGB nF ausdrücklich nicht ab. Nach hL genügt die abstrakte Pflichtteilsberechtigung zum Schenkungszeitpunkt und beim Erbfall (*Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 123, 125, 136; *Schauer*, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in *Barth/Pesendorfer* [Hrsg], Praxishandbuch des neuen Erbrechts [2016] 218 f; *Kletečka*, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* [Hrsg], Das neue Erbrecht [2015] 98; aA *Kogler*, Befristete oder unbefristete Schenkungsanrechnung: Wer ist pflichtteilsberechtigt iS der §§ 782, 783 ABGB nF? JBl 2016, 233, der für den To-

deszeitpunkt entgegen den *verba legalia* für die konkrete Pflichtteilsberechtigung plädiert – siehe dazu unten). Richtig ist, dass das dem Enkelkind geschenkte Vermögen zwar die Pflichtteile erhöht, aber nicht angerechnet werden kann, wenn es vom überlebenden Elternteil verdrängt wird, weil dann kein Pflichtteil besteht, von dem das Geschenk abgezogen werden könnte. Das kann zu Lasten des Nachlasses gehen und für alle Beschenkten die Gefahr einer Ausfallhaftung erhöhen (§ 789 Abs 1, § 792 ABGB nF). Allerdings ist auch das beschenkte Enkelkind gegen die unbefristete Anrechnung nicht abgesichert. Bei der Planung der Vermögensaufteilung in der Familie wird darauf eben Bedacht zu nehmen sein.

Rabl (in Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 340 f) hat in § 783 Abs 1 Satz 1 und 2 sowie in § 792 ABGB Unklarheiten darüber verortet, ob die abstrakte Pflichtteilsberechtigung auch zum Zeitpunkt der Schenkung vorliegen muss. Sie wird sich bei der klassischen „Enkelkind-Schenkungen“ zwar nicht stellen und nur Fälle betreffen, in denen sich der Familienstand zwischen Schenkung und Tod ändern kann (zB durch Heirat, Scheidung oder Adoption). Dennoch sei der Vollständigkeit halber darauf eingegangen. Die Wortendung „angehören“ (Präsens in Bezug auf das Ereignis des Ablebens) in § 783 Abs 1 Satz 1 ABGB nF bringt deutlich zum Ausdruck, dass die abstrakte Pflichtteilsberechtigung einmal zum Todestag gegeben sein muss, damit die Schenkung in die unbefristete Anrechnung fällt. § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB nF ordnet indes an, dass der zum Zeitpunkt der Schenkung Pflichtteilsberechtigte durch einen späteren Verzicht das Anrechnungsrecht gegenüber anderen Pflichtteilsberechtigten nicht verliert (hier wird im Imperfekt [„gehörte“] auf den Schenkungszeitpunkt Bezug genommen). Diese Bestimmung setzt sohin voraus, dass bereits mit der Schenkung die unlimitierte Anrechnungspflicht (bedingt durch den Fortbestand der abstrakten Pflichtteilsberechtigung bis zum Erbfall) entsteht und bezweckt, dass dem Beschenkten trotz eines späteren Verzichts auf das konkrete Pflichtteilsrecht das damit grundsätzlich verbundene Anrechnungsrecht erhalten bleibt, um gegenüber anderen Beschenkten eine Haftung nach § 792 ABGB nF so weit wie möglich abwehren zu können. Die Regelung wäre funktionslos, wenn die (durch den Verweis auf § 757 ABGB nF als abstrakt zu verstehende) Pflichtteilsberechtigung zum Schenkungszeitpunkt für die unbefristete Anrechnung irrelevant wäre. Aus § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB nF ist daher das zusätzliche Erfordernis der abstrakten Pflichtteilsberechtigung zum Schenkungszeitpunkt abzuleiten (so unter Hinweis auf den Wortlaut auch *Kogler*, JBl 2016, 227). Zum selben Ergebnis führt § 792 ABGB nF. Dieser befreit den Geschenknehmer ausdrücklich von der in § 789 Abs 1 ABGB

nF vorgesehenen Ausfallshaftung, wenn er zum Zeitpunkt der Schenkung nicht dem Personenkreis des § 757 ABGB nF angehört hat (abstrakte Pflichtteilsberechtigung), was das Unterbleiben der Hinzu- und Anrechnung impliziert. § 792 schützt das Vertrauen darauf, dass die Schenkung an einen nicht einmal abstrakt Pflichtteilsberechtigten später nicht angefochten werden kann. Es wäre systemwidrig und mit § 789 ABGB nF (den § 792 ABGB nF im Wesentlichen nur konkretisiert) nicht zu vereinbaren, wenn die Hinzu- und Anrechnung an andere Voraussetzungen anknüpfen würde als die Ausfallshaftung bestimmter Geschenknehmer. Auch aus § 792 ABGB ist daher das kumulative Erfordernis der abstrakten Pflichtteilsberechtigung zum Schenkungszeitpunkt für das System der Hinzu- und Anrechnung abzuleiten (Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 123; Schauer in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch 218f; im Ergebnis auch Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud, Erbrecht 98). Abweichend von der hL hat – soweit überblickbar – bislang nur Kogler (in JBl 2016, 220, 233) die Ansicht vertreten, dass für die unbefristete Schenkungsanrechnung auch unter dem Regime des ErbRÄG 2015 die konkrete Pflichtteilsberechtigung im Erbfall zu fordern sei. Kogler will das im Wesentlichen aus § 783 Abs 1 Satz 1 ABGB nF herauslesen, der die Anrechnung auf den Pflichtteil dessen, der an die Stelle des pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers tritt, auch dann vorsieht, wenn der Geschenknehmer durch Vortod wegfällt. Wenn das Gesetz, so Kogler, auch den Fall der Anrechnung auf den Pflichtteil eines vorverstorbenen Geschenknehmers regle, könne es nicht auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung ankommen, weil ein Verstorbener nicht abstrakt pflichtteilsberechtigt sein kann. Es sei daher auf die konkrete Pflichtteilsberechtigung (des überlebenden Geschenknehmers) oder das Vorhandensein einer Person (Nachkomme, Geschwister, Ehegatte oder eingetragener Partner) abzustellen, die durch Eintritt bzw Anwachsung an die Stelle des pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers tritt, um die unbefristete Hinzu- und Anrechnung zu ermöglichen. Den sich bei dieser Auslegung ergebenden Widerspruch zu § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB nF will Kogler dadurch beheben, dass er den Tatbestand der unbefristeten Anrechnung des § 783 ABGB nF auch dann als erfüllt ansehen will, wenn ein pflichtteilsberechtigter Geschenknehmer, der auf seinen Pflichtteil verzichtet oder ihn ausgeschlagen hat (sofern man einen solchen aus dogmatischer Sicht nicht als konkret pflichtteilsberechtigt betrachten wolle), nach der Zweifelsregel des § 760 Abs 1 ABGB nF im Erbfall mitzuzählen ist. Kogler verkennt mE, dass nach der Rege-

lungstechnik und Logik des § 783 ABGB nF bei der „Nachfolge“ in den Pflichtteil des vorverstorbenen Geschenknehmers (iSd § 758 Abs 2, § 760 Abs 2 ABGB nF) zu prüfen ist, ob dieser abstrakt pflichtteilsberechtigt gewesen wäre, wenn er den Erbfall erlebt hätte (hypothetische abstrakte Pflichtteilsberechtigung im Falle des Überlebens), um die Mechanik der unbefristeten Hinzu- und Anrechnung bezüglich des übernommenen bzw angewachsenen Pflichtteiles auszulösen. Geht man so vor, ergibt sich auch keine Verschiedenbehandlung von Vortod und Erbnwürdigkeit, die Kogler (JBl 2016, 233) Barth/Pesendorfer zu Unrecht unterstellt. Weiters versucht Kogler (JBl 2016, 227 ff), durch systematische und historische Auslegung zu belegen, dass der Gesetzgeber die Hinzurechnung zwingend an die Anrechnung koppeln wollte, sodass auch dies dafür spreche, für die Anwendung des § 783 ABGB nF (unbefristete Hinzu- und Anrechnung) die konkrete Pflichtteilsberechtigung vorauszusetzen. Auch diese Argumentation ist schwer nachvollziehbar, zumal sich Kogler (JBl 2016, 231 f) hier vor allem auf jene Erläuterungen in den Materialien stützt, die § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB nF gewidmet sind, der im System als Ausnahmeregel konzipiert ist und die Anrechnungsbefugnis des Verzichtenden festschreibt, um der nach dem Grundtatbestand des § 783 Abs 1 Satz 1 ABGB nF (Maßgeblichkeit der abstrakten Pflichtteilsberechtigung zum Todestag) gegebenen Anrechnungspflicht zu begegnen. Hätte der Gesetzgeber gewollt, was Kogler schreibt, hätte er sich mit einem Verweis auf § 758 ABGB nF begnügen und § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB nF weglassen können. Die von Kogler zur Begründung seiner Position herangezogenen Argumente sind aus methodischer Sicht wenig überzeugend. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit seiner Abhandlung würde aber den Rahmen dieses Beitrages sprengen.

Dem vom VfGH entwickelten Maßstab, wonach das Gesetz Determinanten zu enthalten habe, die sich „mit den herkömmlichen Interpretationsmethoden einer Auslegung zugänglich zeigen“, dürfte das ErbRÄG 2015 in Bezug auf die Abgrenzung unbefristet anrechenbarer Schenkungen von solchen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen genügen. Nach Ansicht des Verfassers bringt das neue Recht – auch aus verfassungsrechtlicher Sicht – mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck, dass der Schutz vor Verkürzung im engen Familienkreis der abstrakt pflichtteilsberechtigten („familia suspecta“) Vorrang hat vor dem Prinzip der Wechselseitigkeit der Anrechnung.

Alexander Hofmann