

# JEV

*Journal für Erbrecht und  
Vermögensnachfolge*

*Herausgegeben von:*

CHRISTOPHER CACH  
SUSANNE KALSS  
MARTIN MELZER  
BERNHARD MOTAL  
KATHARINA MÜLLER  
MARTIN SCHAUER  
HELGA SPROHAR-HEIMLICH  
SABINE URNIK

| Heft 1

ISSN 2305-8412

# 2023

*Erb-, Gesellschafts-,  
Stiftungs- und  
Steuerrecht*

*Seite 4*

ALEXANDER HOFMANN

*Gemischte Schenkung, Schen-  
kungsabsicht und der Auffang-  
tatbestand des § 781 Abs 2 Z 6  
ABGB – Konsequenzen aus den  
Entscheidungen 2 Ob 184/22f  
und 2 Ob 205/22v*

*Seite 10*

KATHARINA MÜLLER |  
MARTIN MELZER

*Aktuelle Rechtsprechung zur  
Formgültigkeit von fremdhän-  
digen letztwilligen Verfügungen  
und ihre Folgen*

*Seite 16*

BERNDT ZINNÖCKER |  
MANFRED MAUK

*Auswirkungen des VwGH  
Erkenntnisses Ro 2020/15/0015  
auf die Beurteilung von Entgelt-  
lichkeit/Unentgeltlichkeit bei  
Übertragungen von Vermögens-  
gegenständen*

*Rechtsprechung & Glossen*

Jahresregister 2022





Dr. Alexander Hofmann, LL.M.  
ist Rechtsanwalt in Wien.

## *Gemischte Schenkung, Schenkungsabsicht und der Auffangtatbestand des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB – Konsequenzen aus den Entscheidungen 2 Ob 184/22f und 2 Ob 205/22v*

- Der OGH formulierte zuletzt zur Hinzurechnung gemischter Schenkungen beim Pflichtteil und zur Auslegung der Generalnorm des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB überraschend neue Rechtssätze.<sup>1</sup> Im Folgenden sollen die Schwierigkeiten dargelegt werden, die sich daraus für die Rechtsdurchsetzung ergeben. Anschließend werden grundsätzliche Überlegungen zur Auslegung und Systematik des § 781 ABGB zur Diskussion gestellt, um einer drohenden Aushöhlung des Pflichtteilsrechts entgegenzuwirken.

### A. Sachverhalt und Aussagen der Entscheidungen

Im Fall 2 Ob 184/22f wurden eine Eigentumswohnung und mehrere Liegenschaften im Hälfteigentum der Erblasserin und ihres Gatten an deren beklagte Tochter übergeben. Diese verpflichtete sich im Gegenzug zur Übernahme hypothekarisch sichergestellter Kreditverbindlichkeiten aus einem Investitionskredit der Eltern durch Schuldbeitritt, Einräumung eines Wohnungsgebrauchsrechts für beide Übergeber und Tragung der Kosten für Strom und Heizung. Dadurch sollten Finanzierung und Erhalt der insolvenzbedrohten Familienbetriebe (Bäckerei und Landwirtschaft) gesichert bleiben. Die Bank bestand auf Mitunterfertigung des Kreditvertrags durch die Übernehmerin. Das ErstG stellte die fehlende Schenkungsabsicht fest und wies die Pflichtteilsklage der Schwester ab, weil § 781 Abs 1 ABGB nicht erfüllt war. Das BerG erwog, dem Anspruch auf Basis des Auffangtatbestands des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB trotz unterbliebener Feststellung einer Schenkungsabsicht stattzugeben, sofern ein krasses Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorgelegen wäre (immerhin stand dem Wert der geschenkten

Hälfteanteile von 601.000 EUR eine anteilige nominale Kreditverbindlichkeit von nur 299.810,83 EUR gegenüber).<sup>2</sup> Im Ergebnis erkannte auch das BerG dem Anspruch keine Berechtigung zu, jedoch mit der Begründung, dass durch die besonderen Finanzierungsrisiken, auf die sich die Erwerberin eingelassen hatte, das extreme Ungleichgewicht behoben worden sei. Der OGH sprach hingegen aus, dass es darauf nach den getroffenen Feststellungen gar nicht mehr ankomme. Die strittige Zuwendung erfülle die „objektiven Voraussetzungen“ einer (gemischten) Schenkung nach § 938 ABGB und sei daher ausschließlich unter § 781 Abs 1 ABGB zu subsumieren. Scheitere dies am fehlenden Schenkungswillen, könne nicht auf § 781 Abs 2 Z 6 ABGB rekuriert werden, um die objektive Wertdifferenz für die Hinzurechnung zu erfassen. Allfällige gegenteilige Aussagen in der Entscheidung 2 Ob 110/20w würde der Senat nicht aufrechterhalten. Im ähnlich gelagerten Fall 2 Ob 205/22v<sup>3</sup> traf der OGH gleichlautende Aussagen zu § 781 Abs 2 Z 6 ABGB, wobei dort Feststellungen zur Schenkungsabsicht gänzlich fehlten.<sup>4</sup> Der OGH hob deshalb die vorinstanzlichen Urteile auf und wies ausdrücklich auf die volle Beweispflicht des

1 OGH 13. 12. 2022, 2 Ob 184/22f und 13. 12. 2022, 2 Ob 205/22v.

2 Dies ließ sich aus den Entscheidungen OGH 25. 2. 2021, 2 Ob 110/20w und 14. 12. 2021, 2 Ob 194/21z ableiten.

3 In diesem Fall übernahm der Erwerber neben den bestehenden Geldlasten und der Einräumung eines Wohnrechts eine Leibren-

te sowie die Verpflichtung, eine weitere Hypothek aufzunehmen und zurückzuzahlen, um seiner Mutter und Übergeberin die Bezahlung des Pflichtteils des Bruders im Nachlass nach dem vorverstorbenen Vater zu ermöglichen.

4 Fest stand nur, dass die Gegenleistungen 56% des Werts der erworbenen Liegenschaften abdeckten.

4 JEV 1-2023



Pflichtteilsberechtigten für die Schenkungsabsicht hin. Im Folgenden sollen die Auswirkungen dieser Rsp auf die Handhabung der Hinzurechnung kritisch beleuchtet werden. Zu fragen ist weiters, ob sich die Judikatur damit von den im ErbRÄG 2015 gesteckten Zielen entfernt und ob der Schenkungsbegriff in § 781 ABGB nicht überhaupt neu aufzufassen wäre.

## B. Beweislast für Schenkungsabsicht bei gemischter Schenkung beim Pflichtteilsberechtigten

### 1. Maßgeblichkeit des § 938 ABGB für die Auslegung des § 781 Abs 1 ABGB – Erfordernis der Schenkungsabsicht

Die Zuordnung eines Vermögenstransfers als (gemischte) Schenkung zum Kerntatbestand des § 781 Abs 1 ABGB hängt nach herrschender Rsp und Lehre von der Erfüllung des § 938 ABGB ab.<sup>5</sup> Zur Bereicherung durch die objektiv wertvollere Leistung (Schenkungsanteil<sup>6</sup>) muss das subjektive Willenselement der Freigiebigkeit hinzutreten.<sup>7</sup> Die objektive Wertdifferenz reicht nicht, um eine Schenkung anzunehmen. Allgemein hat das subjektive Merkmal der Schenkungsabsicht grundsätzlich derjenige zu beweisen, der sich darauf beruft.<sup>8</sup> Uneingeschränkt lässt sich diese Regel aber nur für Auseinandersetzungen zwischen den am strittigen Rechtsgeschäft beteiligten Parteien bejahen.

### 2. Beweislastumkehr bei krassem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung durch Vermutung der Schenkungsabsicht nach bisheriger Rsp

§ 781 ABGB zielt auf die Korrektur der Bemessungsgrundlage für Pflichtteilsansprüche ab und damit kommen schutzwürdige Interessen Dritter ins Spiel. Hier besteht die Gefahr des kollusiven Zusammenwirkens

von Geschenkgeber und Geschenknehmer. Die hauptsächlich noch zum alten Erbrecht ergangene Rsp und hL hat daher einem objektiv krassen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne einer widerlegbaren Vermutung oder eines Anscheinsbeweises<sup>9</sup> einen besonderen Indizwert für das Vorliegen der Schenkungsabsicht zuerkannt. Die Parteien konnten sich dann nur schwer darauf berufen, dass ihnen der Schenkungscharakter nicht klar gewesen sei.<sup>10</sup> War das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistungen erwiesen, wurde die Schenkungsabsicht vermutet und musste nicht ausdrücklich festgestellt werden.<sup>11</sup> Es lag am Pflichtteilsschuldner, den objektiv geschaffenen Eindruck einer gewollten Schenkung zu entkräften, was einer Beweislastumkehr gleichkam.<sup>12</sup> Die Gerichte äußerten sich zu dieser Frage allerdings nicht eindeutig. Die grobe Wertdifferenz war kein zwingendes Indiz und fallweise wurde die Feststellung eines entsprechenden „Schenkungsbewusstseins“ verlangt.<sup>13</sup> Auch wurde von der Rsp und einem Teil der Lehre unterschiedlich beurteilt, ob eine Verkürzung über die Hälfte vorliegen muss.<sup>14</sup>

### 3. Abkehr von der Vermutung der Schenkungsabsicht und deren Auswirkungen

Mit dem Erkenntnis 2 Ob 205/22v legt der OGH dem Pflichtteilsberechtigten die Latte für die Beweisführung höher. Auch bei deutlich zu geringem Entgelt muss das Gericht zur Überzeugung gebracht werden, dass die Parteien mit dem Vertrag subjektiv eine Schenkung wollten. Ein non liquet trifft den Pflichtteilsberechtigten.<sup>15</sup> Die Indizwirkung einer groben Wertdifferenz alleine genügt nicht mehr.

Begründend wird ausgeführt, dass die Parteien eine niedrige Gegenleistung bewusst wählen können und der Empfänger sich damit begnügt, ohne etwas

5 *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), *Erbrecht*<sup>2</sup> (2020) Rz 11.11 mwN.

6 Dieser wird durch Vergleich des Werts des übertragenen Vermögens mit den Gegenleistungen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ermittelt. Vom Geschenkgeber für sich vorbehalten Grunddienstbarkeiten sind kein Entgelt, weil sie aus seinem Vermögen stammen. Bedungene Personalservituten oder Rechte Dritter zählen als Gegenleistung (RIS-Justiz RS0012978). Davon zu trennen ist die Bewertung des im ersten Schritt festgestellten Geschenks. Sie erfolgt ebenfalls zum Schenkungszeitpunkt mit der Aufwertung gemäß § 788 ABGB (OGH 23. 2. 2017, 2 Ob 96/16f). Dabei sind Belastungen jedweder Art, die mit dem Tod des Geschenkgebers wegfallen, nicht abzuziehen, fortbestehende Rechte zugunsten Dritter mit dem zum Tode festzustellenden Wert als wertmindernd zu berücksichtigen (OGH 25. 2. 2021, 2 Ob 124/20d).

7 RIS-Justiz RS0019356; *Musger* in *KBB*<sup>6</sup> § 781 Rz 2 mwN; *Welser*, *Der Erbrechts-Kommentar* (2019) § 781 ABGB Rz 17.

8 OGH 27. 1. 2009, 8 Ob 3/09p.

9 Zuletzt OGH 26. 4. 2022, 2 Ob 27/22t; siehe dazu *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*<sup>2</sup> (2018) 279 f mwN.

10 *Welser*, *Der Erbrechts-Kommentar* § 781 ABGB Rz 18; *Umlauf* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, *ABGB*<sup>3</sup> (Klang) § 781 Rz 34; vgl *Trenker*, *ÖBA* 2022, 837 zur Indizwirkung fehlender Wertäquivalenz bei der insolvenzrechtlichen Anfechtung einer gemischten Schenkung.

11 OGH 24. 1. 2011, 5 Ob 191/10i; 15. 1. 1986, 1 Ob 701/85; 16. 12. 1998, 3 Ob 66/97w.

12 OGH 24. 2. 2011, 6 Ob 7/11i.

13 OGH 14. 10. 2020, 2 Ob 118/20x; 21. 1. 2014, 5 Ob 188/13b; 14. 7. 2005, 6 Ob 128/05z; siehe dazu *Streicher*, *Schenkungen von Liegenschaften innerhalb der Familie – Teil 1*, *JEV* 2022, 40 (41).

14 *Abi* OGH 10. 9. 1954, 3 Ob 273/54; und *Welser*, *Der Erbrechts-Kommentar* § 781 ABGB Rz 18; aA *Weiß* in *Klang* III<sup>2</sup> 910 mit Verweis auf § 935 ABGB.

15 OGH 13. 12. 2022, 2 Ob 205/22v [42].

verschenken zu wollen. Das wird auf Verträge unter Fremden nur ausnahmsweise zutreffen. Ein günstiger Erwerbspreis kann vom Verkäufer auch aus Not akzeptiert oder deshalb vereinbart werden, weil er den Wert des Vertragsgegenstandes falsch einschätzt oder einfach schlecht verhandelt hat. Dem Ideal der Fairness entgeltlicher Verträge entspricht das freilich nicht. Typischerweise handeln auf ihren Vorteil bedachte Vertragspartner rational. Liegt trotzdem eine Ausnahmesituation vor, sind die Vertragsteile näher am Beweis dafür als der außenstehende Pflichtteilsberechtigte. Gerade bei Geschäften in der Familie lässt sich nur schwer klären, ob die Parteien einen „günstigen Preis“ verhandeln, die Zuwendung vielleicht mit anderen, nicht-monetären Absprachen junktimieren oder etwas herschenken wollten. In der Regel wird wohl eher das Angehörigenverhältnis das kausale Motiv dafür bilden, sich mit einem geringeren Entgelt abzufinden, was wiederum für nichts anderes als die Absicht spricht, dem Empfänger ein Geschenk zu machen.

Im Prozess wird der Zuwendungsempfänger im Wissen um die pflichtteilsrechtlichen Konsequenzen die Schenkungsabsicht erwartungsgemäß bestreiten. Kommen im Verfahren nicht zusätzlich zur objektiv erwiesenen wirtschaftlichen Diskrepanz noch andere Beweisergebnisse hervor, die nach freier Würdigung des Gerichts die positive Feststellung eines Schenkungswillens zu tragen vermögen, wird der Pflichtteilsberechtigten mit der Klage scheitern. Freilich steht zu erwarten, dass auch künftig der wirtschaftlichen Substanz einer Vereinbarung bei der Beweiswürdigung vorrangige Bedeutung zukommt, um die Glaubwürdigkeit von Parteiaussagen und Schutzbehauptungen zu hinterfragen. Der OGH zieht den Entscheidungsrahmen des Gerichts allerdings sehr weit. Fehlende positive Feststellungen zur (nicht revisibelen) Lösung der Tatfrage des subjektiven Elements wirken sich demnach zu Lasten des Pflichtteilsgläubigers aus, der weitgehend auf Informationsansprüche (§ 786 ABGB) angewiesen bleibt und sich daher von vornherein in der unterlegenen Position befindet. Seine prozessuale Ausgangslage wird durch die ihm vom OGH auferlegte volle Beweislast empfindlich geschwächt, was im Hinblick auf den

zwingenden Charakter des Anspruchs nicht sachgerecht ist.

#### 4. Exkurs: Handhabung der Anfechtungstatbestände § 29 Z 1 IO und § 440 Z 1 EO

Die neue erbrechtliche Rsp steht im Widerspruch zur Handhabung der § 29 Z 1 IO und § 440 Z 1 EO<sup>16</sup>, die einem Gläubiger die Anfechtung unentgeltlicher Verträge ermöglichen und mit einem ähnlichen Spannungsverhältnis beladen sind. Auch dort würde die fehlende Schenkungsabsicht an sich die Anfechtung ausschließen<sup>17</sup>, obwohl nach dem Telos die Unentgeltlichkeit primär anhand des „objektiven Sachverhalts“ zu prüfen<sup>18</sup> ist. *König/Trenker* haben dazu treffend vermerkt, dass „Großzügigkeit“ nicht zu Lasten der Gläubiger gehen dürfe.<sup>19</sup> In diesem Sinne entschied der OGH zuletzt im Fall des Verkaufs einer Liegenschaft weit unter dem Wert, dass „zumindest im Zweifel“ die „objektive Betrachtung“ maßgebend sei.<sup>20</sup> Warum der OGH diese Wertungen bei der Beweislastverteilung im Pflichtteilsrecht aufgibt, ist nicht verständlich.

#### C. Zum Anwendungsbereich von § 781 Abs 2 Z 6 ABGB

##### 1. Ziele des ErbRÄG 2015 und bisheriges Verständnis

Die neue Rsp erschwert dem Pflichtteilsberechtigten die Rechtsverfolgung auch insofern, als nach Aussage des OGH für eine gemischte Schenkung § 781 Abs 2 Z 6 ABGB nicht als Anspruchsgrundlage herangezogen werden kann, wenn der Beweis der Schenkungsabsicht misslingt.

Rsp und bisherige Lehre<sup>21</sup> begreifen den durch das ErbRÄG 2015 eingeführten § 781 Abs 2 Z 6 ABGB ganz nach dem Verständnis des Gesetzgebers<sup>22</sup> als „Auffangtatbestand“, dem im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ein weit gefasster Schenkungsbegriff zugrunde liegt. Diese Generalnorm soll auch solche Zuwendungen umfassen, die sich nicht genau in die zivilrechtliche Definition des § 938 ABGB einfü-

16 Die Bestimmung entspricht § 3 Z 1 AnfO vor GREx BGBl I Nr 86/2021.

17 OGH 12. 10. 2011, 3 Ob 167/11x.

18 OGH 22. 11. 1989, 9 Obs 19/89; 12. 7. 2022, 17 Ob 13/21t.

19 *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der IO<sup>6</sup> (2020) Rz 9.1/1.

20 OGH 12. 7. 2022, 17 Ob 13/21t; siehe dazu *Trenker*, ÖBA 2022, 836 f; *Kriwanek/Tuma*, Unentgeltliche Verfügung iSv § 3 Z 1 AnfO?, RdW 2022, 845. Schließt ein naher Angehöriger mit dem Schuldner (§ 32 IO) ein entgeltliches Geschäft, gilt die

gesetzliche Vermutung, dass das Entgelt vom Schuldner stammt (§ 29 Z 2 IO, § 440 Z 2 EO).

21 RIS-Justiz RS0133551; *Müller/Melzer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2018) § 4 Rz 31; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB: Taschenkommentar<sup>5</sup> (April 2020) § 781 Anm 5; *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> Rz 11.12.

22 RV 688 BlgNR 25. GP 32 f.

gen. Dazu zählt auch die gemischte Schenkung, die ein gesetzlich nicht geregelter Mischvertrag<sup>23</sup> ist, der nicht uneingeschränkt § 938 ABGB untersteht.<sup>24</sup> *Umlauf*<sup>25</sup> kommentiert diesen Vertragstyp daher zutreffend im Zusammenhang mit der Generalklausel des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB. Folgt man dieser Betrachtung, wurde die Rechtsstellung des Pflichtteilsberechtigten mit § 781 Abs 2 Z 6 ABGB auch in Bezug auf gemischte Schenkungen verbessert, die vor dem ErbRÄG 2015 nicht klar geregelt war.<sup>26</sup>

Der wirtschaftliche Schenkungsbegriff, von dem hier auszugehen ist, hat zentrale Bedeutung für das Funktionieren des Konzepts der Hinzu- und Anrechnung. Nicht nur die Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen (§ 782 ABGB) nimmt Umgehungsversuche in Form von Zuwendungen in der kritischen 2-Jahresfrist ins Visier. Gerade auch bei der Begünstigung von Pflichtteilsberechtigten (§ 783 ABGB) ist immer ein Gestaltungsmissbrauch zu befürchten. Entgeltliche Verträge unter nahen Angehörigen (in der Terminologie des Insolvenz- und Exekutionsrechts: familia suspecta) stehen a priori im Verdacht, „window dressing“ zu betreiben und mit mehr oder weniger fadenscheinigen Gegenleistungen den unentgeltlichen Charakter des Geschäftes zu tarnen. Damit konfrontiert, müsste der Pflichtteilsberechtigte den Beweis für ein Scheingeschäft erbringen, um die Berücksichtigung der dissimulierten Schenkung durchzusetzen.<sup>27</sup>

Konsequenterweise formte der OGH in der Entscheidung 2 Ob 110/20w zu § 781 Abs 2 Z 6 ABGB noch den Rechtssatz, dass dieser Tatbestand auch dann anwendbar ist, wenn bei einem Rechtsgeschäft zwar keine Schenkungsabsicht, aber ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und (allfälliger) Gegenleistung feststeht, weil unter diesen Voraussetzungen der maßgebliche wirtschaftliche Charakter des Vorgangs (teilweise) einem unentgeltlichen Geschäft unter Lebenden gleichkommt.<sup>28</sup>

## 2. Widersprüchliche Einengung und drohende Aushöhlung des Anwendungsbereiches des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB in 2 Ob 184/22f und 2 Ob 205/22v

Die vom Senat 2 nun getroffene Aussage, dass § 781 Abs 2 Z 6 ABGB auf teilweise unentgeltliche Verträge,

die ohne das subjektive Element der Freigiebigkeit geschlossen werden, nicht subsidiär angewendet werden könne, bedeutet ein Abgehen von dieser Linie. Dadurch wird der Regelung ein völlig neues und vom Gesetzgeber wohl nicht intendiertes Verständnis beigelegt. Abgesehen davon, dass die Begründung des OGH in sich widersprüchlich ist, wirft sie schwierige Abgrenzungsfragen auf und schafft Rechtsunsicherheit hinsichtlich des für § 781 Abs 2 Z 6 ABGB verbleibenden Anwendungsbereiches.

Zwar räumt der OGH ein, dass § 781 Abs 2 Z 6 ABGB auch Gestaltungen erfassen soll, die zwar nach ihrem äußeren Anschein nicht als Schenkung zu erkennen sind, sich aber in Bezug auf die wirtschaftlichen Folgen nicht wirklich von einer Schenkung unterscheiden. Auch wird zugestanden, dass die Regelung geschaffen wurde, um Umgehungen des Erblassers zu verhindern.<sup>29</sup> Damit nicht vereinbar ist jedoch die Prämisse der Begründung, dass sich anhand objektiver Kriterien zwischen Schenkungen im engeren Sinn, die unter § 781 Abs 1 ABGB fallen (Schenkungen oder gemischte Schenkungen), einerseits, und solchen im weiteren Sinn, für die § 781 Abs 2 Z 6 ABGB gelte, eine klare Unterscheidung treffen lasse. Im Schuldrecht herrscht Vertragsfreiheit und typisieren lässt sich nicht, wo es gilt, Schlupflöcher zu schließen.

Die vom OGH vorgenommene Abgrenzung, dass § 781 Abs 2 ABGB nur solche Rechtsgeschäfte erfassen würde, in denen ein Vorteil mittelbar oder im Umweg über andere Rechtshandlungen zugewendet wird (beispielhaft erwähnt werden Gesellschaftsverhältnis, Trust oder Stiftung oder die Begünstigung aus einem Versicherungsvertrag), ist schwer zu erfassen. Gerade die entschiedenen Fälle zeigen, dass ein Widerspruch zwischen Form und wirtschaftlicher Substanz auch beim zweiseitigen Leistungsaustausch bestehen kann. Warum der wirtschaftliche Schenkungsbegriff nur dort greifen soll, wo die Zuwendung über dreiseitige Konstruktionen gewährt wird, leuchtet nicht ein. Bei der Bezahlung fremder Schulden liegt das für die Bereicherung entscheidende Element auch im direkten Verzicht auf den Rückgriff gegenüber dem Schuldner, was vom OGH auch als Fall des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB gesehen wird.<sup>30</sup>

Schließlich besteht kein sachlicher Grund, nur für Begünstigungen, die indirekt bzw über Umwege gewährt werden, keine Schenkungsabsicht zu verlangen.

23 OGH 23. 3. 1976, 5 Ob 255/75.

24 *Saurer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 3 Rz 35 f.

25 in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB<sup>3</sup> (Klang) § 781 Rz 34 mwN.

26 Siehe dazu oben unter FN 13 und 14.

27 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 281 f.

28 OGH 25. 2. 2021, 2 Ob 110/20w; ebenso 14. 12. 2021, 2 Ob 194/21z.

29 OGH 13. 12. 2022, 2 Ob 184/22f [24] und 13. 12. 2022, 2 Ob 205/22v [36].

30 OGH 24. 4. 2020, 2 Ob 44/20i.

Konsequenterweise wäre gleichermaßen im Rahmen des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB das subjektive Element der Freigiebigkeit zu fordern, wodurch die Bestimmung ihren Sinn gänzlich einbüßen würde.

#### D. Grundsätzliche Gedanken zum Schenkungsbegriff des § 781 ABGB und dessen Systematik

Die Gerichte dürften sich in den besprochenen Fällen mit der Feststellung einer Schenkungsabsicht vielleicht auch deshalb schwergetan haben, weil sich die Übergeberinnen jeweils in einer gewissen Drucksituation befanden (Gefahr für den Fortbestand des Familienbetriebs bzw Andrängen eines anderen Pflichtteilsberechtigten nach dem vorverstorbenen Ehegatten) und nur auf die Hilfe und Unterstützung des beschenkten Kindes zählen konnten. Gleichwohl wurde zu 2 Ob 205/22v auch festgestellt, dass der Übernehmer zwar die Leibrentenverpflichtung erfüllte, die Rückführung der übernommenen Kreditraten hingegen bis zu ihrem Ableben der Übergeberin überließ.

Das veranschaulicht, wie schwierig es ist, Fragen der Entgeltlichkeit in Familienverträgen im pflichtteilsrechtlichen Kontext lebensnahe zu bewerten. Die aufgezeigte Problematik sollte dazu anstoßen, den Schenkungsbegriff des § 781 ABGB grundsätzlich zu überdenken und mit Blick auf die spezifischen Wertungsgrundlagen des Pflichtteilsrechts zu fassen.<sup>31</sup> Nach bisherigem Verständnis wird davon ausgegangen, dass auch für die pflichtteilsrechtliche Betrachtung einer Schenkung grundsätzlich der Tatbestand des § 938 ABGB maßgeblich ist (dh das Fehlen einer Gegenleistung<sup>32</sup> und Freigiebigkeit – siehe dazu oben unter Abschnitt B.1.). Zu hinterfragen ist, ob die Tatbestandsmerkmale des Schenkungsrechts für die pflichtteilsrechtliche Prüfung wirklich vollständig erfüllt sein müssen.

Die Gegenleistung im Schenkungsrecht der §§ 938 ff ABGB hat nicht notwendigerweise in einer geldwerten Leistung zu bestehen. Auch ein Interesse des Leistenden an einem bestimmten Verhalten des Empfängers kann die Unentgeltlichkeit aufheben<sup>33</sup>, die Gegenleistung muss gar keinen Vermögenswert haben.<sup>34</sup> Sohin erscheint es problematisch, die schenkungsrechtlichen

Kriterien für die Entgeltlichkeit auf den Schenkungsbegriff des § 781 ABGB zu übertragen.<sup>35</sup> Vom Tatbestand des § 938 ABGB hängen Rechtsfolgen im bilateralen Verhältnis des Geschenkgebers zum Geschenknehmer ab, die durch den privatautonomen Verzicht der Vertragsteile auf (vollständige) Äquivalenz gerechtfertigt sind (Möglichkeiten der Anfechtung wegen Motivirrtums oder groben Undanks<sup>36</sup>, Ausschluss von Gewährleistung oder Anfechtung wegen Verkürzung über die Hälfte etc). Der Schenkungsbegriff des § 781 ABGB dient hingegen dem zwingenden Schutz der Vermögensrechte eines am Vertrag nicht beteiligten Dritten. Durch den Abgang von Vermögen aus der Sphäre des Erblassers in jene des Empfängers darf es zu keiner Schmälerung bei der Berechnung der Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten kommen. So wie die Hinzurechnung den Pflichtteilsberechtigten so stellen soll, wie wenn die Schenkung nicht stattgefunden hätte<sup>37</sup> (Abweichungen von diesem Prinzip aufgrund der Bewertung nach § 788 ABGB einmal dahingestellt), darf umgekehrt nur die – restriktiv handzuhabende<sup>38</sup> – gesetzliche Ausnahme des § 784 ABGB eine Verschlechterung der Vermögenslage bewirken. Entgeltliche Rechtsgeschäfte, ganz gleich wie sie ausgestaltet sind, sollten daher § 781 ABGB nur soweit nicht berühren, als eine Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen auszuschließen ist, weil eine Gegenleistung an den Erblasser den Abfluss aus seinem Vermögen wertmäßig aufwiegt.

In Anlehnung an die *Maxime Bydlinskis* von der zweiseitigen Rechtfertigung<sup>39</sup> ließe sich formulieren, dass dem Hinzurechnungsrecht des Pflichtteilsberechtigten eine Obliegenheit<sup>40</sup> des Erblassers gegenübersteht, schon zu Lebzeiten bei seinen Planungen auf die Schranken des Pflichtteilsrechts zu achten. Die Einschätzung des entgeltlichen Charakters eines Rechtsgeschäfts darf daher nicht alleine der Willensbildung und den subjektiven Absichten der Vertragsparteien überlassen bleiben. Andernfalls wäre es ein Leichtes, das weitergereichte Vermögen durch geschickte Vertragsgestaltung und Schutzbehauptungen von der Hinzurechnung abzuschirmen.

Davon ausgehend, sollten Verträge mit entgeltlichen Komponenten nur im Ausmaß des gemeinen Werts (dh des objektiven Werts iS des § 305 ABGB) einer

31 *Trenker* (ÖBA 2022, 836) stellt diese Überlegung zur Frage der (Un-)Entgeltlichkeit iSd § 29 IO an.

32 Darunter ist jede konditional, kausal oder synallagmatisch verbundene Gegenleistung zu verstehen (OGH 13. 12. 2022, 2 Ob 224/22p).

33 RIS-Justiz RS0018852.

34 OGH 27. 1. 2009, 8 Ob 3/09p.

35 OGH 13. 12. 2022, 2 Ob 224/22p.

36 Fällt ein Vertrag als gemischte Schenkung unter § 938 ABGB, erfasst die mögliche Anfechtung auch den untrennbar verbundenen entgeltlichen Teil (OGH 27. 1. 2010, 3 Ob 217/09x).

37 RIS-Justiz RS0012960.

38 OGH 13. 12. 2022, 2 Ob 205/22v [21].

39 *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> (2022) 13.

40 Klagbare Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten entstehen erst mit dem Tod (§ 765 Abs 1 ABGB); vgl § 950 ABGB, der das Verkürzen von geschuldetem Unterhalt durch Schenkungen verbietet.



Gegenleistung oder zumindest nur soweit hinzurechnungsfrei sein, als die Gegenleistung nicht ein gerade noch marktübliches Ausmaß unterschreitet. Richtigerweise wäre der von der Hinzurechnung ausgesparte Teil ausschließlich nach objektiven und messbaren Kriterien zu bestimmen.

### E. Schlussbemerkung

Die jüngsten Entscheidungen zur gemischten Schenkung im Pflichtteilsrecht sind ein Beispiel dafür, wie unberechenbar die Judikatur im Erbrecht geworden ist. Für die kautelarjuristische Praxis besteht kaum noch Planungssicherheit. Der advokatorischen Praxis eröffnen sich dadurch hingegen taktische Optionen.

Nach bisheriger Judikatur zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 erhöhten teilweise unentgeltliche Zuwendungen bei erwiesener deutlicher Störung der Äquivalenz den Pflichtteil auch dann, wenn sich die Freigiebigkeit nicht feststellen ließ. Die Schenkungsabsicht war (ähnlich einem Anscheinsbeweis) widerleglich zu vermuten. Die aktuelle Rsp dürfte an die Beweislast für den Pflichtteilsberechtigten höhere Anforderungen stellen. Ein non liquet soll zu seinen Lasten gehen.

Ersten Äußerungen der Rsp zum ErbRÄG 2015 zufolge konnte der Pflichtteilsberechtigte sein Hinzurechnungsbegehren bei hybriden Schenkungen zusätzlich auf § 781 Abs 2 Z 6 ABGB stützen. Davon ging der Senat 2 ebenfalls ab und erkannte, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht auf § 781 Abs 2 Z 6 ABGB als subsidiäre Anspruchsgrundlage zurückgreifen könne, wenn die Subsumption unter § 781 Abs 1 ABGB am Beweis für den Schenkungswillen scheitert. Diese Auslegung steht den gesetzgeberischen Zielen des ErbRÄG 2015 entgegen und lädt zu Missbrauch ein. Die Rechte des Pflichtteilsberechtigten werden dadurch deutlich eingeschränkt. Zu hoffen ist, dass dies nicht einer gefährlichen Entwertung des wirtschaftlich angelegten Schenkungsbegriffs in § 781 Abs 2 Z 6 ABGB den Weg bahnt.

Die letzten Entscheidungen werden vermutlich eine rege Diskussion auslösen und könnten den Anstoß dazu geben, das bisherige Verständnis des Schenkungsbegriffs des § 781 ABGB zu überdenken und von der Definition des § 938 ABGB abzukoppeln. Teleologische Überlegungen legen es nahe, ausschließlich auf die objektiven Wertverhältnisse des Leistungsaustausches mit dem Erblasser bzw das Fehlen vermögenserhaltender Gegenleistungen abzustellen.