

Zeitschrift für

FAMILIEN- UND ERBRECHT

Redaktion Edwin Gitschthaler
Constanze Fischer-Czermak
Andreas Tschugguel

Juli 2021 **04**

145 – 192

Beiträge

Das Auskunftsrecht Dritter nach § 130 Abs 3 AußStrG

Christine Hampton und Stefanie Lagger-Zach ↻ 148

Entscheidungen zum Internationalen Familienrecht 2019/2020

Marco Nademleinsky ↻ 152

EF Kurz gesagt

Scheidungsfolgenvergleich in der Urkundensammlung

Jürgen C. T. Rassi ↻ 161

Rechtsprechung

Datenschutz vs faires Verfahren? Reinhard Huter ↻ 165

Taufe, Schahada, Beschneidung oder auch gar nix?

Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft Stefan Schima ↻ 167

Privatstiftung und nacheheliche Aufteilung

Gerold Maximilian Oberhumer ↻ 173

Mündliche Unterhaltsvereinbarungen mit dem KJHT

Johann Weitzenböck ↻ 177

Der nicht erschienene Betroffene Michaela Schweighofer ↻ 179

Testamentsbindung im unmittelbaren Anschluss

Andreas Tschugguel ↻ 181

Nutzungsrechte und Wert der Schenkung Alexander Hofmann ↻ 185

Corona und die ausgeschlossene Öffentlichkeit

Thomas Schoditsch ↻ 189

→ Nutzungsrechte und Wert der Schenkung

§§ 788, 789 ABGB

→ Auch nach dem ErbRÄG 2015 ist der Wert einer vom Erblasser bei der Übergabe einer Liegenschaft vorbehaltenen lebenslangen Personaldienstbarkeit, wiewohl diese Belastung auf den Zeitpunkt des Empfangs bezogen auf den Liegenschaftswert erheblich verminderte, bei der Schenkungshinzurechnung und der Schenkungsanrechnung für die Bemessung des Pflichtteils außer Ansatz zu lassen, weil bereits im Übergabszeitpunkt mit völliger Sicherheit feststand, dass in dem für die Beurteilung der Pflichtteilswidrigkeit maßgebenden Zeitpunkt des Erbanfalls die Belastung weggefallen sein werde.

Sachverhalt:

Die Streitteile sind die einzigen Kinder ihres am 28. 9. 2017 verstorbenen Vaters und ihrer am 22. 3. 2018 verstorbenen Mutter. Beide Nachlässe waren überschuldet. Str ist die Haftung der Bekl als Geschenknehmerin nach § 789 ABGB. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Eltern waren je zur Hälfte Eigentümer einer Liegenschaft mit einem Einfamilienhaus. Mit Notariatsakt v 17. 11. 2015 schenkten sie die Liegenschaft der Bekl, die ihrerseits den Eltern das lebenslängliche und unentgeltliche Wohnungsgebrauchsrecht als Dienstbarkeit zum persönlichen Bedarf einräumte.

In einem ebenfalls am 17. 11. 2015 errichteten Testament setzte der Vater die Bekl als Alleinerbin ein. Die Kl enterbte er und setzte sie, sollte dies nicht möglich sein, auf den Pflichtteil. Die Mutter hatte die Bekl schon in einem Testament v 3. 7. 2015 zur Alleinerbin bestimmt. Auch sie hatte die Kl enterbt und, sollte dies nicht möglich sein, auf den Pflichtteil gesetzt.

Die Verlassenschaft nach dem Vater, bestehend aus den verzeichneten Aktiva v € 17.345,16, wurde der Bekl auf Abschlag ihrer Forderungen von insgesamt € 31.269,71 an Zahlungen statt überlassen. Die Gebühr des GKOär wurde mit € 150,- bestimmt und der Bekl die Zahlung aufgetragen. Der Nachlass war daher mit € 14.074,55 überschuldet.

Die Verlassenschaft nach der Mutter wurde der Bekl aufgrund des Testaments eingantwortet. Im Verlassenschaftsverfahren nach der Mutter wurden Aktiva von € 14.335,91 und Passiva von € 35.131,94 festgestellt, so dass der Nachlass mit € 20.796,03 überschuldet war.

→ Vom Wert der Schenkung ist bei Berechnung des durch Schenkungen erhöhten Pflichtteils eine allenfalls zum Todeszeitpunkt bestandene Überschuldung des Nachlasses in Abzug zu bringen.

→ Nutzungsrechte Dritter an einer geschenkten Liegenschaft sind bei deren Hinzurechnung zum Nachlass (§ 781 ABGB) nur insoweit zu berücksichtigen, als sie beim Tod des Erblassers noch bestehen. Sind sie zu oder mit diesem Zeitpunkt erloschen, so haben sie keinen Einfluss auf die Bemessung des Pflichtteils. Bestehen sie noch, ist der aufgrund der wahrscheinlichen Restnutzungsdauer ermittelte Wert von der Bemessungsgrundlage abzuziehen.

Im Zeitpunkt der Schenkung betrug der Verkehrswert der Liegenschaft unter Berücksichtigung der Belastung mit dem Wohnungsgebrauchsrecht der Eltern (rund) € 202.450,-, ohne diese Belastung € 325.953,48.

Die Bekl zahlte der Kl als Abgeltung für den Pflichtteilsanspruch nach dem Vater € 20.000,-.

Der Verbraucherpreisindex 2010 erhöhte sich von November 2015 (Schenkungen) bis September 2017 (Tod des Vaters) von 111% auf 114,7% und von November 2015 (Schenkungen) bis März 2018 (Tod der Mutter) von 111% auf 115,7%.

Im vorliegenden Pflichtteilsprozess begehrte die Kl zuletzt die Zahlung von € 50.497,50 sA. Der Wert eines dem Erbl bei der Übergabe auf Lebenszeit vorbehaltenen Nutzungsrechts sei außer Ansatz zu lassen, wenn bereits im Übergabszeitpunkt mit völliger Sicherheit feststehe, dass diese Belastung im für die Beurteilung des Pflichtteils maßgeblichen Zeitpunkt des Erbanfalls weggefallen werde.

Die Bekl wendete ein, der Wert des Wohnungsgebrauchsrechts der Eltern sei bei der Wertermittlung abzuziehen. Mit dem gezahlten Betrag von € 20.000,- seien die Pflichtteilsansprüche der Kl vollständig erfüllt.

Das ErstG verpflichtete die Bekl zur Zahlung von € 18.765,85 sA und wies das Mehrbegehren von € 31.731,65 sA ab.

Das BerG änderte dieses Urteil dahin ab, dass es die Bekl zur Zahlung von € 21.296,13 sA bei sonstiger Exekution in die geschenkte Liegenschaft verpflichtete und

EF-Z 2021/79

§§ 788, 789 ABGB

OGH 25. 2. 2021,
2 Ob 124/20 d
(OLG Wien
15 R 166/19 w;
LG Wr Neustadt
28 Cg 33/18 z)

Hinzu- und
Anrechnung;
Bewertungs-
zeitpunkt

Der OGH klärt wichtige
Berechnungsfragen des
neuen Hinzu- und Anrech-
nungsrechts.

das Mehrbegehren v € 29.201,37 sA sowie auf Zahlung ohne Einschränkung des Exekutionsgegenstands abwes. Es ließ die oRev zu.

Aus den Entscheidungsgründen:

1. Beide Rev beziehen sich auf die Frage, wie sich beschränkte dingliche Rechte an einer geschenkten Sache auf die Bemessung des Pflichtteils auswirken. Sie sind daher gemeinsam zu behandeln. Da beide Eltern nach dem 31. 12. 2016 gestorben sind, sind die pflichtteilsrechtlichen Bestimmungen des ABGB idF ErbRÄG 2015 (BGBl I 2015/87) anzuwenden (§ 1503 Abs 7 Z 1 und 2 ABGB).

[...]

[Höchstpersönliche Nutzungsrechte des Erblassers]

3. Der Senat hat sich mit einem Teilaspekt dieser Frage bereits in der E 2 Ob 64/19 d (RS0133183, RS0012946 [T 4, T 5] = EF-Z 2020/96 [zust *Tschugguel*] = JBl 2021, 114 [krit *Kristl*]) auseinandergesetzt:

3.1. Str war dort, ob eine bei der Schenkung vom Erbl „zurückbehaltene“ Personaldienstbarkeit, die mit dessen Tod erlischt, bei der Bewertung zu berücksichtigen ist. Der Senat verneinte das, weil sonst ein Wertungswiderspruch drohe: Ein Abzug des Werts der Dienstbarkeit führte dazu, dass ein zur Anrechnung einer Schenkung verpflichteter Pflichtteilsberechtigter bei einer mit einem zurückbehaltenen Nutzungsrecht verbundenen lebzeitigen Schenkung besser stünde als bei Zuwendung derselben Sache erst auf den Todesfall: Obwohl er früher über die Substanz der Sache verfügen könnte, müsste er sich weniger anrechnen lassen als bei einem Erwerb erst von Todes wegen. Dies wäre mit den Zwecken des Pflichtteilsrechts nicht vereinbar.

3.2. An dieser Entscheidung ist festzuhalten. Die Hinzurechnung von Schenkungen soll dazu führen, dass Pflichtteilsberechtigte grds so stehen, wie sie stünden, wenn die Schenkung – also die nach der Wertung des Gesetzes „pflichtteilswidrige“ Verfügung – unterblieben und die Sache daher noch im Nachlass wäre. Dass sich dies gegenüber dem alten Recht (vgl zuletzt 2 Ob 91/18y EF-Z 2018/132 [*Tschugguel*]) geändert hätte, ist nicht erkennbar: Die Hinzurechnung (also das Wegdenken der pflichtteilswidrigen Verfügung) soll auch nach neuem Recht verhindern, dass ein Pflichtteilsberechtigter durch eine Zuwendung zu Lebzeiten schlechter steht, als wenn der Erbl über die betroffene Sache erst von Todes wegen verfügt hätte.

3.3. § 788 ABGB steht dieser Auffassung nicht entgegen.

(a) Diese Bestimmung sollte das Problem von Wertveränderungen der Sache zw der Schenkung und dem Tod des Erbl lösen. Solche Veränderungen können sich durch die allgemeine Preisentwicklung, durch Zufälle oder durch Handlungen oder Unterlassungen des Beschenkten ergeben. Das alte Recht hatte insofern eine schematische Regelung getroffen: Nach § 794 iVm § 785 Abs 1 ABGB aF war bei beweglichen Sachen der Wert beim Erbanfall maßgebend, bei unbeweglichen Sachen hingegen jener beim Empfang. Dies hätte insb dazu geführt, dass bei einer unbeweglichen Sache

(auch) solche Wertsteigerungen unberücksichtigt geblieben wären, die nicht auf dem Verhalten des Beschenkten (Investitionen), sondern auf der allgemeinen Preisentwicklung beruhten. Dies hätte den Zweck der (damals noch nicht so bezeichneten) Hinzurechnung verfehlt: Der Pflichtteilsberechtigte wäre bei einer Schenkung zu Lebzeiten wegen der typischen Wertsteigerung von Grund und Boden regelmäßig schlechter gestanden als bei Zuwendung derselben Sache von Todes wegen. Diese Erwägungen führten zu einer differenzierenden Rsp. Danach war auch bei unbeweglichen Sachen grds der Wert im Todeszeitpunkt anzusetzen (RS0012984), wobei der Bewertung allerdings der Zustand der Sache im Zeitpunkt der Schenkung zugrunde zu legen war (RS0012973). Ermittelt wurde also letztlich ein fiktiver Wert.

(b) Nach § 788 ABGB nF ist demgegenüber der Wert im Zeitpunkt der („wirklich gemachten“) Schenkung maßgebend, der allerdings nach dem VPI auf den Todeszeitpunkt „anzupassen“ (also idR aufzuwerten) ist. Dadurch sollen die Dritten zugewendeten Werte „möglichst gleichmäßig an die Verhältnisse im Todeszeitpunkt herangeführt werden“ (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 36). Es ging dem Gesetzgeber daher auch bei der Neuregelung nur um die Vorgangsweise bei der Ermittlung jenes (fiktiven) Werts der geschenkten Sache, der der Hinzu- und Anrechnung zugrunde zu legen ist. Das „Stichtagprinzip“ des § 788 ABGB stellt dabei klar, dass Wertveränderungen nach der Schenkung unabhängig von ihrer Ursache (also Zufall, Handlungen oder Unterlassungen des Beschenkten oder konkrete Preisentwicklung) grds unerheblich sind; stattdessen hat (zum „Heranführen“ der Werte an den Todeszeitpunkt) eine Aufwertung nach der allgemeinen Preisentwicklung (VPI) zu erfolgen.

(c) Dass damit auch vom Zweck der Hinzu- und Anrechnung – nämlich Pflichtteilsberechtigte grds so zu stellen, als wäre die Sache noch im Nachlass – abgegangen werden sollte, ist weder dem Wortlaut von § 788 ABGB noch den Gesetzesmaterialien zu entnehmen. Letztere weisen sogar in die Gegenrichtung. Denn nach ihnen soll die Regelung die geschenkten Werte gleichmäßig an die Verhältnisse im Todeszeitpunkt heranführen. Auch der Gesetzgeber sah daher grds den Todeszeitpunkt als maßgebend an; nur für die Bestimmung des konkret hinzuzurechnenden Wertes traf er – auch um die Probleme des alten Rechts zu vermeiden (dazu auf *Schauer*, Die Bewertung von Vorempfang und Schenkungen bei der Pflichtteilsanrechnung, NZ 1998, 23 ff) – eine Sonderregelung.

(d) Ob und ggf wie ein „zurückbehaltenes“ Recht bei der Bewertung der geschenkten Sache zu berücksichtigen ist, muss daher mangels Regelung in § 788 ABGB aufgrund des dargestellten Zwecks der Hinzurechnung entschieden werden. Das führt zu einem eindeutigen Ergebnis: Wäre die Sache noch im Nachlass, könnte das mit dem Tod des Erbl erloschene Nutzungsrecht den Wert nicht mehr mindern. Der Empfänger müsste sich daher den Wert der unbelasteten Sache anrechnen lassen. Ein Grund, den Wert eines „zurückbehaltenen“ Nutzungsrechts im Fall der lebzeitigen Schenkung trotzdem vom Wert der geschenkten

Liegenschaft abzuziehen (also nur einen entsprechend verminderten Wert hinzuzurechnen), ist nicht erkennbar. Denn dadurch stünde der Pflichtteilsschuldner besser und der die Hinzurechnung begehrende Pflichtteilsberechtigte schlechter, als wenn die pflichtteilswidrige Verfügung unterblieben wäre. Das wäre vom Zweck der Hinzurechnung nicht gedeckt.

(e) Die gegen diese Lösung geäußerten Bedenken von *Krist* (JBl 2021, 116ff) können nicht überzeugen:

Sie beruhen zunächst auf der Prämisse, dass § 788 ABGB eine „klare“ Regelung – iS der Berücksichtigung erlöschender Rechte bei der Bewertung – enthalte. Dies stehe einer davon abweichenden Auslegung entgegen und eine durch Analogie zu füllende Lücke liege nicht vor. Diese Prämisse trifft aber nach Ansicht des Senats aus den bereits genannten Gründen nicht zu: Es ist zwar richtig, dass der Wortlaut von § 788 ABGB auch die von *Krist* (aaO) und *va* von *Umlauf* (Hinzu- und Anrechnung 318ff) vertretene Auffassung decken würde. Zwingend ist das aber nicht, weil der Begriff „Bewertung“ auch im eingeschränkten Sinn (Wert der Sache ohne Berücksichtigung von Lasten) verstanden werden kann. Der Zweck und die Stellung von § 788 ABGB im System des Pflichtteilsrechts sprechen für dieses eingeschränkte Verständnis.

Das von *Krist* zur Begründung seiner Auffassung gebildete, wohl als *argumentum ad absurdum* gemeinte Bsp eines Verkaufs der geschenkten Liegenschaft zu einem Preis, der unter Berücksichtigung der Belastung gebildet wurde, dürfte nicht ausreichend zur Bemessung des Pflichtteils einerseits und der Haftung des Geschenknehmers andererseits differenzieren. Für die Bemessung des Pflichtteils ist nach dem Verständnis des Senats die Fiktion der Nachlasszugehörigkeit der geschenkten Sache – mit dem nach § 788 ABGB auf den Todeszeitpunkt „herangeführten“ Wert – entscheidend. Der (redliche) Geschenknehmer haftet demgegenüber nach § 789 Abs 3 ABGB nur mit der geschenkten Sache. Er ist daher bei deren Untergang frei; bei einem Verkauf ist seine Haftung auf die noch vorhandene Bereicherung beschränkt (*Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*⁵ §§ 789, 790 ABGB Rz 6; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung 224, beide mwN).

[Nutzungsrechte Dritter]

4. Aus den zur Auslegung von § 788 ABGB und zum Zweck der Hinzurechnung angestellten Erwägungen folgt zwingend, dass Nutzungsrechte an der geschenkten Sache, die nicht dem Erbl, sondern Dritten zustehen, mit dem Wert im Todeszeitpunkt zu berücksichtigen sind.

4.1. Auch bei solchen Rechten ist auf den Zweck der Hinzurechnung abzustellen: Der sie fördernde Pflichtteilsberechtigte ist grds so zu stellen, als wäre die geschenkte Liegenschaft noch im Nachlass vorhanden; nur für die Problematik der Wertentwicklung zw Schenkung und Tod ist das Stichtagsprinzip des § 788 ABGB anzuwenden. Wäre aber die Liegenschaft noch im Nachlass, so wäre sie zwar weiterhin mit dem dinglichen Recht des Dritten belastet. Dieses Recht wäre daher zweifellos bei der Bemessungsgrundlage für den Pflichtteil zu berücksichtigen. Es minderte den Wert der Liegenschaft aber nur im Ausmaß der wahr-

scheinlichen (dh nach Sterbetafeln zu bestimmenden) Restnutzungsdauer (vgl zum alten Recht 2 Ob 529/95: Bewertung des Fruchtgenusses zum Todestag). Hingegen wäre die Ausübung des Rechts vor dem Tod des Erbl völlig irrelevant. Der Umstand, dass eine Liegenschaft aufgrund einer pflichtteilswidrigen Verfügung nicht mehr im Nachlass ist, kann daher auch in Bezug auf Rechte Dritter nicht zu einer Schlechterstellung des Hinzurechnungsberechtigten und einer Besserstellung des Pflichtteilsschuldners führen. Vielmehr sind wertmindernde Rechte auch insofern nur zu berücksichtigen, soweit sie die Liegenschaft noch belasten. Besonders deutlich wird das, wenn der berechtigte Dritte schon vor dem Erblasser gestorben ist: Wäre die pflichtteilswidrige Verfügung unterblieben und die Liegenschaft daher noch im Nachlass, bestünde kein Zweifel, dass sie mit dem vollen Wert in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen wäre. Warum das bei einer Schenkung vor dem Tod anders sein soll, ist nicht erkennbar.

4.2. Eine Berücksichtigung des Rechts nach seiner im Zeitpunkt der Schenkung wahrscheinlichen Restnutzungsdauer stünde zudem im Widerspruch zur Nichtberücksichtigung von Rechten, die mit dem Tod des Erbl erlöschen. Denn auch diese Nichtberücksichtigung bedeutet im Ergebnis, dass die Nutzung zw der Schenkung und dem Tod für die Hinzurechnung irrelevant ist. Es begründet aber weder für den Beschenkten noch für den Hinzurechnungsberechtigten oder den Pflichtteilsschuldner einen tragenden Unterschied, ob die auf einem beschränkten dinglichen Recht beruhende Nutzung zw Schenkung und Tod durch den Erbl oder einen Dritten erfolgte.

4.3. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass Nutzungsrechte Dritter an einer geschenkten Sache bei der Hinzurechnung nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie beim Tod des Erbl noch bestehen. Sind sie zu oder mit diesem Zeitpunkt erloschen, so haben sie keinen Einfluss auf die Bemessung des Pflichtteils. Bestehen sie noch, ist der aufgrund der wahrscheinlichen Restnutzungsdauer ermittelte Wert von der Bemessungsgrundlage abzuziehen. Dies entspricht der herrschenden Ansicht zum alten Recht (zuletzt aus *Umlauf*, Glosse zu 7 Ob 248/11p, NZ 2013, 78). Da sich der Zweck des Hinzu- und Anrechnungsrechts mit dem ErbRÄG 2015 nicht grundlegend geändert hat und § 788 ABGB nur das Problem der Wertentwicklung zwischen Schenkung und Tod lösen sollte, besteht kein Anlass, nach neuem Recht davon abzugehen.

[Ergebnis]

5. Aus diesen Erwägungen ergibt sich für die Pflichtteilsansprüche der Kl Folgendes:

5.1. Der Pflichtteilsanspruch nach dem Vater kann noch nicht abschließend beurteilt werden.

(a) In die Bemessungsgrundlage fällt zunächst der halbe Wert der Liegenschaft im Schenkungszeitpunkt ohne Berücksichtigung des Wohnrechts, nach dem VPI aufgewertet zum Sterbetag des Vaters (zum Wohnrecht unten [c]). Das ergibt bei einem Ausgangswert von € 162.976,74 und einem Verhältnis der VPI-Werte von 111 zu 114,7 einen Betrag von € 168.409,30.

(b) Davon abzuziehen ist zunächst die Überschuldung des Nachlasses von € 14.074,55. Eine solche Überschuldung war schon nach altem Recht von der Bemessungsgrundlage des Schenkungspflichtteils abzuziehen (RS0012960; zuletzt 2 Ob 150/19a). Nach neuem Recht, das die Unterscheidung zw Nachlass- und Schenkungspflichtteil nicht mehr kennt, gilt nichts anderes. Die Berücksichtigung der Überschuldung folgt wiederum (wie auch die hier vorgenommene Auslegung von § 788 ABGB) aus dem Zweck des Hinzurechnungsrechts, den Berechtigten im Grundsatz so zu stellen, wie er stünde, wenn die pflichtteilswidrige Verfügung unterblieben wäre. In diesem Fall wäre die Sache zwar im Nachlass; einen Grund, dessen Passiva nicht oder nur tw zu berücksichtigen, gäbe es aber nicht.

(c) Zu berücksichtigen ist zudem die weiter bestehende Belastung des (ehemaligen) Hälfteanteils des Vaters durch das Wohnrecht der Mutter. Dieses Wohnrecht ist, wie oben (Punkt 4.) ausgeführt, versicherungsmathematisch (dh nach der wahrscheinlichen

Restnutzungsdauer) für den Zeitpunkt des Todes des Vaters zu bewerten. Da es auf der gesamten Liegenschaft haftet, ist in Bezug auf den Hälfteanteil des Vaters nur der halbe Wert abzuziehen. Da Feststellungen zum (relevanten) Wert des Wohnrechts fehlen, ist eine abschließende Erledigung hier nicht möglich.

5.2. Der Pflichtteilsanspruch nach der Mutter beträgt € 37.270,38.

In die Bemessungsgrundlage fällt hier zunächst der halbe Wert der Liegenschaft im Schenkungszeitpunkt ohne Berücksichtigung des Wohnrechts, nach dem VPI aufgewertet zum Sterbetag der Mutter. Das ergibt bei einem Ausgangswert von € 162.976,74 und einem Verhältnis der VPI-Werte von 111 zu 115,7 den Betrag von € 169.877,55. Davon abzuziehen ist die Überschuldung des Nachlasses von € 20.796,03, was zu einer Bemessungsgrundlage von € 149.081,52 führt. Ein den Wert der Liegenschaftshälfte minderndes Wohnrecht besteht mit dem Tod der Mutter nicht mehr. Der Pflichtteil beträgt ein Viertel davon, also € 37.270,38. [...]

Anmerkung:

Die Entscheidung fordert Kritik heraus. Die alte Rechtslage knüpfte zur Bewertung beweglicher und unbeweglicher Sachen für die Berechnung des Schenkungspflichtteils an unterschiedliche Zeitpunkte an. Einzelfallorientierte Gleichheitsgedanken (extremes Missverhältnis zw der Entwicklung des Geldwerts einerseits und der Marktverhältnisse andererseits) veranlassten die Rsp, das System für Liegenschaften contra legem umzuschreiben. Dadurch entstand für Immobilien und Unternehmen ein kompliziertes und kaum justiziables Bewertungsregime, wonach der wertrelevante Zustand der Sache zum Zeitpunkt der Schenkung, die Marktverhältnisse hingegen zum Todestag zu berücksichtigen waren.¹⁾ Das blieb in der Lit nicht un widersprochen. *Rabl*²⁾ zeigte die damit verbundenen Widersprüche auf und mahnte für Liegenschaften die konsequente Rückkehr zu dem vom Gesetzgeber im alten Recht vorgesehenen Schenkungszeitpunkt (§ 794 ABGB aF) ein. *Rabl*³⁾ folgend, war der von der Rsp schon zum früheren Recht entwickelte Rechtssatz, dass ein vom Geschenkgeber vorbehaltenes Fruchtgenussrecht nicht als wertmindernd zu veranschlagen sei, weil bereits bei Einräumung der Belastung feststeht, dass sie beim Tod des Geschenkgebers wegfallen werde,⁴⁾ nicht richtig.

Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 wollte die Bewertung von Zuwendungen nach den Vorschlägen von *Rabl* und *Schauer*⁵⁾ gestalten. § 788 ABGB nF fixiert als Bewertungsstichtag einheitlich (für bewegliche und unbewegliche Sachen) den Tag der Ausführung der Schenkung. An marktbedingten Aufwertungen partizipiert der Pflichtteilsberechtigte generell nicht mehr, nur an der im Verbraucherpreisindex abgebildeten Wertsicherung. Konsequenterweise hätte der OGH auf dieser Grundlage seine Rsp zur wertneutralen Behandlung der vom Geschenknehmer vorbehaltenen Belastungen aufgeben müssen. Wird für die Bewertung ausschließlich auf den Schenkungszeitpunkt abgestellt, kann der spä-

tere Wegfall der Belastung, auch wenn damit von vorneherein zu rechnen ist, den Wert nicht erhöhen. Der Wortlaut des § 788 ABGB erlaubt es nicht, für die Berücksichtigung bestimmter wertrelevanter Faktoren unterschiedliche Stichtage heranzuziehen.

Trotzdem hielt der OGH in der E 2 Ob 64/19 d⁶⁾ zum neuen § 788 ABGB mit diffuser Begründung an der bisherigen Rsp fest. Der OGH argumentiert, dass der Pflichtteil erst mit dem Tod erworben werde (§ 765 Abs 1 ABGB). Der anspruchsmindernde Deckungswert der Schenkung (§ 762 ABGB), der dem hinzuzurechnenden Betrag entspreche, sei daher ohne Berücksichtigung der Belastung zu beziffern. Diese Schlussfolgerung widerspricht aber dem System der Hinz- und Anrechnung, weil es auch den Fall der Übertragung an nicht Pflichtteilsberechtigte gibt, in dem es zu gar keiner Anrechnung kommt (§ 782 ABGB). Gleichwohl überträgt der OGH den von ihm aufgestellten systemwidrigen Rechtssatz mit Gleichbehandlungserwägungen auf die Hinzurechnung nach § 782 ABGB. Auch die vom OGH angestellten teleologischen Überlegungen greifen nicht. Eine Schenkung unter Vorbehalt von Rechten einerseits und die Übergabe ohne Lasten andererseits können nicht als identer Sachverhalt aufgefasst werden, um Wertungswidersprüche zu orten und vom Wortlaut des § 788 ABGB abzugehen. Tatsächlich setzt der OGH Ungleiches gleich und unterlässt eine sachlich zutreffende Differenzierung. Ein Übernehmer, der bis zum Tod des Geschenknehmers über die Liegenschaft nicht frei verfügen kann, erhält nicht denselben wirtschaftlichen Wert. Ihm entgehen Nutzungsmöglichkeiten, die

1) 6 Ob 41/62 SZ 35/40.

2) Die Auswirkungen eines Fruchtgenußvorbehalts auf die Schenkungsanrechnung, NZ 1999, 291.

3) NZ 1999, 291 (298f).

4) RS0012946.

5) Die Bewertung von Vorempfang und Schenkungen bei der Pflichtteilsanrechnung, NZ 1998, 23.

6) JBl 2021, 114 (Krist).



beim Geschenkgeber verbleiben. Der Ressourcentransfer, den die Schenkungsanrechnung ausgleichen will, findet in geringerem Ausmaß statt. Darüber hinaus werden idR auch auf den belasteten Übernehmer sofort Eigentümerkosten überwältigt, die sich der Geschenkgeber erspart und die den Nachlass geschmälert hätten. Die tragende Begründung des OGH, es müsse eine Besserstellung des belasteten Geschenknehmers vermieden werden, fällt weg, wenn man die wirtschaftlichen Unterschiede beider Szenarien betrachtet. Richtig ist, dass die Hinzu- und Anrechnung eines Geschenks sein Fehlen im Nachlass korrigieren soll. Der Ausgleich hat aber auf Basis der Bewertungsregel zu geschehen, die den vom Gesetzgeber gewünschten schematischen Interessenausgleich schafft.

In der vorliegenden Entscheidung ging der OGH einen Schritt weiter. Bedingt sich der Geschenknehmer ein Recht nicht für sich, sondern für einen Dritten (zB Lebensgefährten oder Ehegatten) aus, sei der Stichtag für die Bezifferung der daraus resultierenden Wertminderung bis zum Todestag des Geschenkgebers aufzuschieben. Das folge aus dem allgemeinen Zweck der Hinzurechnung, den Pflichtteilsberechtigten so zu stellen, als wenn sich das Geschenk noch im Nachlass befinden würde. Weil man mit diesem Argument Rechte des Geschenknehmers, die mit dessen Tod automatisch wegfallen, unberücksichtigt lassen müsse, sei der

durch Rechte Dritter Belastete insofern gleichzustellen, als diese Belastung nur mit der Restnutzungsdauer, gerechnet ab dem Tod des Schenkenden, ins Gewicht fallen dürfe. Es wäre, so der OGH, eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, in dem einen Fall die Belastung für die Zeit vor dem Tod nicht in die Berechnung einfließen zu lassen, im anderen aber schon. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich das vermeintliche Problem eines Wertungswiderspruchs gar nicht stellt, wenn man beide Fallgruppen von vornherein streng nach dem Stichtagsprinzip des § 788 ABGB behandelt. Im Ergebnis wird nach der Betrachtung des OGH bei der Bewertung fingiert, dass der Empfänger die Zuwendung mit einer Belastung erhält, die erst mit dem Ableben des Geschenkgebers entsteht und erst ab diesem Zeitpunkt seine Nutzungsmöglichkeiten einschränkt. Unklar bleibt, wie diese Vorgabe in der Bewertungspraxis gehandhabt werden soll. Insb stellt sich die Frage, ob der Zeitpunkt des aufgeschobenen Entstehens der Belastung ex tunc (aus der Sicht des Schenkungszeitpunktes) nach der voraussichtlichen Lebensdauer des Schenkenden zu bestimmen ist oder ex post mit dem Tag seines tatsächlichen Ablebens.

Alexander Hofmann⁷⁾

7) Rechtsanwalt, Wien.

