

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

154. JAHRGANG

07  
2022



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## EDITORIAL

---

*Ludwig Bittner:*

Georg Kathrein zum Geburtstag

Seite 313

---

## BEITRAG

---

*Gregor Christandl:*

Das Erbrecht im Spiegel der Rechtsprechung – Zwischenbilanz und Ausblick

Seite 314

---

## RECHTSPRECHUNG

---

VwGH zur steuerrechtlichen Beurteilung der gemischten Schenkung

Seite 339

Mehrblättriges fremdhändiges Testament

Seite 346

Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen unter Lebenden

Seite 347

Prozesse über Gesellschafterbeschlüsse zwischen Gesellschaftern und Organmitgliedern der GmbH

Seite 360

---

LEITUNG: Christian Rabl, Alexander Schopper, Alexander Winkler (Chefredakteur)

REDAKTION: Ludwig Bittner, Christian Koller, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Gottfried Musger, Karl Stöger, Martin Trenker, Rudolf Welser

BEIRAT: Irene Faber, Christoph Grabenwarter, Andreas Kletečka, Helmut Ofner, Manfred Umlauf, Wolfgang Zankl

NZ 2022/94

## Das Erbrecht im Spiegel der Rechtsprechung – Zwischenbilanz und Ausblick

*In einer Vielzahl von Entscheidungen hat der OGH in den letzten Jahren dazu beigetragen, schwierige Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem neuen Erbrecht zu klären. Der vorliegende Beitrag zieht eine Zwischenbilanz, indem zentrale Entscheidungen herausgegriffen und einer kritischen Analyse unterzogen werden.*

Von Gregor Christandl

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Auslegung des neuen Erbrechts
  - 1. Unverbindlichkeit und Verbindlichkeit der Materialien
  - 2. Kontinuitätsvermutung und Fortgeltung der Rechtsprechung zum alten Recht
- C. Erbunwürdigkeit und Pflegevermächtnis
  - 1. Erbunwürdigkeit
    - a) Strafbefreiender Rücktritt und sonstige Schuldaufhebungsgründe
    - b) Vereitelung der gesetzlichen Erbfolge
  - 2. Pflegevermächtnis
    - a) Rechtsnatur und Pflichtteilsrecht
    - b) Begriff der anspruchsausschließenden „Zuwendung“
    - c) Differenzanspruch bei erhaltenen Zuwendungen
    - d) Umfang und Höhe des Pflegevermächtnisanpruchs
- D. Testamentarisches Erbrecht
  - 1. Formfragen
    - a) Urkundeneinheit
    - b) Testamentszeugen
  - 2. Materielle Fragen
    - a) Motivirrtum
    - b) Letztwillige Verfügung nach Auflösung der Ehe/eingetragene Partnerschaft/Lebensgemeinschaft
    - c) Zum Errichtungszeitpunkt unbekannte Kinder
- E. Pflichtteilsrecht
  - 1. Pflichtteilsklage
  - 2. „Setzen“ auf den Pflichtteil
  - 3. Hinzurechnung von Schenkungen
    - a) Abstrakte Pflichtteilsberechtigung zum Schenkungszeitpunkt
    - b) Bewertungszeitpunkt: Vermögensopfer neu
    - c) Zurückbehaltene Nutzungsrechte
    - d) Nutzungsrechte zugunsten Dritter
    - e) Fazit: Berücksichtigung von Nutzungsrechten bei der Bewertung gem § 788 ABGB
  - 4. Pflichtteilsminderung
- F. Bilanz und Ausblick

### A. Einleitung

Das Erbrecht lebt. Tatsächlich vergeht kaum ein Monat, in dem nicht neue bedeutende Entscheidungen des Erbrechtssenats des OGH veröffentlicht werden. Vor diesem Hintergrund besteht Anlass, die in den letzten Jahren seit Inkrafttreten des neuen Erbrechts bereits ergangene umfangreiche Judikatur zu systematisieren und einer kritischen Analyse zu unterwerfen. Eine erste umfangreiche Zwischenbilanz zur Rsp des OGH zum neuen Erbrecht hat bereits *Georg Graf* in dieser Zeitschrift vorgelegt.<sup>1</sup> Die vorliegende Analyse baut darauf auf, setzt eigene Schwerpunkte und versucht zu vielen Fragen eine Neubewertung. Dabei ist freilich zu beachten, dass das Erbrecht nicht nur durch die Lupe der Judikatur betrachtet werden darf. Es lebt nämlich in erster Linie in der alltäglichen kautelarjuristischen Praxis und die dortige Anwendung geht offenkundig nahezu geräuschlos vor sich, womit deutlich wird, dass sich das neue Erbrecht in der Praxis bewährt. Dort, wo es aber Unklarheiten bei der Anwendung gibt, etwa weil der Regelungsgehalt der Erbrechtsnormen nicht eindeutig ermittelt werden kann, das Ergebnis zu sehr vom bisherigen Recht abweicht oder den Betroffenen als unbefriedigend, zweckwidrig oder geradezu unbillig erscheint, kommt es immer wieder zu Rechtsstreitigkeiten, die dem OGH Gelegenheit bieten, für Rechtsklarheit und letztlich für Rechtssicherheit zu sorgen. Nur auf diese schwierigen Fragen des Erbrechts wird sich der vorliegende Beitrag konzentrieren. Dabei wird er im ersten Teil auf methodische Prinzipien in der Auslegungspraxis des OGH eingehen und somit der Frage nachgehen, welche Gesichtspunkte und Prinzipien vom OGH bei der Anwendung des neuen Rechts herangezogen werden. Sodann werden Entscheidungen zu ausgewählten Bereichen des Erbrechts systematisiert und einer kritischen Analyse unterzogen, wobei dieser Beitrag angesichts der Fülle der Rsp zum neuen Erbrecht selbstverständlich nicht den Anspruch einer erschöpfenden Besprechung aller dazu ergangenen Entscheidungen des OGH erheben kann.

<sup>1</sup> *Graf, Fünf Jahre ErbRÄG – Was hat der OGH daraus gemacht?* NZ 2022, 2.

## B. Auslegung des neuen Erbrechts

### 1. Unverbindlichkeit und Verbindlichkeit der Materialien

Eine zentrale Frage, die den Fachsen des OGH seit den ersten Entscheidungen zum neuen Erbrecht stets beschäftigt hat, ist die Bedeutung der Mat bei der Auslegung der neuen erbrechtlichen Bestimmungen. Dabei zeigt sich, dass dem Argument der historischen Auslegung<sup>2</sup> in der Beurteilung von Rechtsfragen zum neuen Erbrecht eine große Bedeutung zukommt. Dies überrascht freilich nicht, denn einerseits gehen die Mat zum neuen Erbrecht sehr ausführlich auf den Regelungsgehalt der einzelnen neuen Bestimmungen ein und liefern somit eine Fülle von Anhaltspunkten, die bei der Klärung offener Auslegungsfragen herangezogen werden können. Andererseits enthalten sie aber auch eine Reihe von inhaltlichen Präzisierungen, die sich nicht unmittelbar dem Gesetzeswortlaut entnehmen lassen<sup>3</sup> oder diesem sogar zuwiderlaufen,<sup>4</sup> sodass eine Auseinandersetzung mit den Mat im Zuge der Auslegung der Gesetzesbestimmungen unausweichlich ist.

Wiederholt hat der OGH in seiner bisherigen Judikatur zum neuen Recht festgehalten, dass Mat nicht Gesetz sind und dieses auch nicht authentisch interpretieren.<sup>5</sup> Daraus folgt, dass Gesetzesmat bei der Auslegung ge-

nerell keine Bindungswirkung entfalten.<sup>6</sup> Indes ist das Bild, das die Rsp bisher vom Verhältnis zwischen Gesetzestext und Mat gezeichnet hat, durchaus ambivalent. Einerseits lehnt die Rsp jede Verbindlichkeit der Mat ab. Andererseits versucht sie den Mat jedoch auch dadurch Autorität zu verleihen, indem sie diese selbst dann zur Auslegung heranzieht, wenn diese selbst auslegungsbedürftig sind und sich aus ihnen somit keine eindeutigen Erkenntnisse ableiten lassen.<sup>7</sup> Auf diese Weise entsteht der in sich widersprüchliche Eindruck, man habe es bei den Mat eben doch mit einer Art „authentischer Interpretation“ zu tun, welcher im Wege der Auslegung eine verbindliche Aussage über die Bedeutung eines auslegungsbedürftigen Begriffs im Gesetz entnommen werden könne.

### 2. Kontinuitätsvermutung und Fortgeltung der Rechtsprechung zum alten Recht

Nach Ansicht des Fachsen ergibt sich aus den Mat,<sup>8</sup> dass grundsätzlich nur dann ein Abgehen von der bisherigen Rechtslage anzunehmen ist, wenn sich dies eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut oder aus den mit dem Gesetzeswortlaut nicht im Widerspruch stehenden Mat ergibt.<sup>9</sup> Die Geltung dieses Grundsatzes wurde zwar insofern eingeschränkt, als er „jedenfalls zur hier maßgeblichen Frage der Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Pflichtteilsrecht“ gelte, aber es überzeugt natürlich wenig, diesen Grundsatz aus den allgemeinen Zielsetzungen der Erbrechtsreform abzuleiten, um seine Geltung sodann auf eine Sonderfrage zu beschränken. Insofern kann man mit *Rab1*<sup>10</sup> davon ausgehen, dass der Fachsen in dieser Entscheidung eine methodische Weichenstellung vorgenommen und somit auch allgemein zu verstehen gegeben hat, dass im Inte-

<sup>2</sup> Zur historischen Auslegung unter besonderer Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien vgl. *Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang<sup>3</sup> §§ 1–43 ABGB (2014) §§ 6, 7 ABGB Rz 32 ff.

<sup>3</sup> So lässt sich etwa aus dem Wortlaut des § 579 Abs 2 ABGB beim fremdhändigen Testament nur ableiten, dass die Identität der Zeugen aus der Urkunde hervorgehen muss. Dass hierfür „insbesondere deren Vor- und Familienname sowie das Geburtsdatum oder die (Berufs-)Adresse“ angegeben werden müssen, wie dies die Mat verlangen (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 10), ist vom Wortlaut nicht gedeckt. Vgl. dazu OGH 2 Ob 86/21 t iFamZ 2021/273 (*Schweda*) = AnwBl 2021/229 (*Bahar*) = EF-Z 2021/93 = JEV 2021/17; 2 Ob 139/20k NZ 2021/175; RIS-Justiz RS0133647. Andere Beispiele sind die Dauer der Entfremdung für eine wirksam angeordnete Pflichtteilsminderung gem § 776 ABGB oder das Ausmaß der erforderlichen Pflege für den Erwerb eines Pflegevermächtnisanspruchs gem §§ 677 f ABGB.

<sup>4</sup> Im Zusammenhang mit der Anfechtung wegen Motivirrtums in § 572 ABGB verlangen die Mat entgegen dem Wortlaut der Bestimmung, dass das irriige Motiv in der letztwilligen Verfügung angegeben sein muss, um beachtlich zu sein. Der Wortlaut der Bestimmung verlangt lediglich, dass der irriige Beweggrund vom Verstorbenen „angegeben“ wurde.

<sup>5</sup> OGH 2 Ob 41/19 x EF-Z 2020/16 (*Welser*) = EvBl 2020/53 (*Rohrer/Kietaibl*) = JEV 2020, 15 (*Kerschner/Felbauer*) = iFamZ 2020/38 = NZ 2019/148; OGH 2 Ob 86/21 t iFamZ 2021/273 (*Schweda*) = AnwBl 2021/229 (*Bahar*) = NZ 2021/114 = EF-Z 2021/93 = JEV 2021/17; RIS-Justiz RS0008799. In diesem Sinne auch *Fischer-Czermak*, § 572 ABGB: „Heimliche“ Rechtsänderung durch das ErbRÄG 2015? EF-Z 2017, 64 (65); *Fischer-Czermak/Pierer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang<sup>3</sup> §§ 552–646 ABGB (2017) §§ 570–572 ABGB Rz 36; *Aigner*, Das ErbRÄG 2015 und seine Auswirkungen auf die allgemeine Auslegungsregel und das Irrtumsrecht, NZ 2018, 121 (126 f).

<sup>6</sup> OGH 2 Ob 41/19 x EF-Z 2020/16 (*Welser*) = EvBl 2020/53 (*Rohrer/Kietaibl*) = JEV 2020, 15 (*Kerschner/Felbauer*) = iFamZ 2020/38 = NZ 2019/148; OGH 2 Ob 86/21 t iFamZ 2021/273 (*Schweda*) = AnwBl 2021/229 (*Bahar*) = NZ 2021/114 = EF-Z 2021/93 = JEV 2021/17; RIS-Justiz RS0008799.

<sup>7</sup> So etwa im Zusammenhang mit der Auslegung des Tatbestands elements der „wirklich gemachten Schenkung“ bezüglich der Hinzu- und Anrechnung im Pflichtteilsrecht: OGH 2 Ob 119/20 v EF-Z 2022/39 (*A. Tschugguel*) = iFamZ 2022/31 = NZ 2021/135 = JEV 2021/14 = PSR 2021/36.

<sup>8</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 1: „Die Modernisierung soll aber mit Augenmaß erfolgen. Änderungen sollen nur dort erfolgen, wo sie wirklich nötig sind, sei dies weil das Gesetz verständlicher werden kann, sei dies weil die gesellschaftliche Entwicklung andere Lösungen für erbrechtliche Fragen nahe legt. Auf die Wahrung einer kontinuierlichen Rechtsentwicklung wird besonders geachtet, was sich auch daran zeigt, dass ganz überwiegend die herrschende Rechtsprechung kodifiziert wird.“

<sup>9</sup> OGH 2 Ob 195/19 v EF-Z 2021/18 (*A. Tschugguel*) = EvBl 2021/32 (*Painsi/Kietaibl*) = NZ 2020/113 = iFamZ 2020/221 für die Frage, zu welchem Zeitpunkt die abstrakte Pflichtteilsberechtigung vorliegen muss, um die unbefristete Schenkungshinzu- und -anrechnung auszulösen.

<sup>10</sup> *Rab1*, Erbrecht, NZ 2021, 457 (457).

resse der Rechtssicherheit von der alten Rsp nur dann abgewichen wird, wenn sich aus dem Gesetzeswortlaut oder den Mat eindeutig ergibt, dass sich die bisherige Rechtslage geändert hat.

Vor diesem Hintergrund verwundert es natürlich besonders, wenn der OGH trotz des eindeutigen Gesetzeswortlauts an der bisherigen Rsp festhält, wonach vorbehaltene umfassende Nutzungsrechte, die zum Todeszeitpunkt erlöschen, den Anrechnungswert nicht mindern.<sup>11</sup> Gem § 788 ABGB soll die Bewertung einer Schenkung für die Hinzu- und Anrechnung im Pflichtteilsrecht nunmehr einheitlich zum Zeitpunkt der „wirklich gemachten Schenkung“ vorgenommen werden. Dies bedeutet nach Ansicht des OGH, dass bei Liegenschaftsschenkungen der Zeitpunkt des Einlangens des Grundbuchgesuchs für die Einverleibung des Eigentumsrechts heranzuziehen ist.<sup>12</sup> Daraus folgt, zumindest dem Wortlaut des § 788 ABGB nach, dass ein vorbehaltenes Fruchtgenussrecht jedenfalls wertmindernd zu berücksichtigen ist. Dass es zum Todeszeitpunkt erlischt, bleibt für den Bewertungszeitpunkt gem § 788 ABGB nämlich unerheblich. Durch die Festsetzung eines einheitlichen Bewertungszeitpunkts nach neuem Recht hat sich die Rechtslage wesentlich geändert, sodass an der Rsp zum alten Recht<sup>13</sup> nicht festgehalten werden dürfte,<sup>14</sup> es sei denn, es bestehen – wie im vorliegenden Fall – systematische oder sachliche Gründe, die eine teleologische Reduktion der Norm rechtfertigen.<sup>15</sup>

## C. Erbunwürdigkeit und Pflegevermächtnis

### 1. Erbunwürdigkeit

Zur Frage der Erbunwürdigkeit, die im Zuge der Erbrechtsreform neu geregelt wurde, sind mehrere Entscheidungen ergangen. Einerseits ging es um die Frage

der Erbunwürdigkeit bei strafbefreiendem Rücktritt vom Versuch<sup>16</sup> und andererseits um Erbunwürdigkeit wegen Vereitelung der gesetzlichen Erbfolge aufgrund der Fälschung eines Testaments.<sup>17</sup>

#### a) Strafbefreiender Rücktritt und sonstige Schuldaufhebungsgründe

Die Frage, ob Erbunwürdigkeit selbst dann eintritt, wenn ein strafbefreiender Rücktritt vorliegt, wurde in der Vergangenheit uneinheitlich beantwortet. Im Anlassfall<sup>18</sup> hatte die Lebensgefährtin in den Unterlagen des Verstorbenen eine auf den Überbringer lautende Versicherungspolize einer Er- und Ablebensversicherung gefunden und diese bei der Bank vorgelegt, um die Auszahlung der Versicherungsprämie für sich zu fordern. Allerdings schreckte sie davor zurück, an Eides statt zu erklären, dass sie die Polize bereits zu Lebzeiten vom Erblasser übertragen erhalten hatte. Sie überließ diese daher anlässlich der Todesfallaufnahme der als Alleinerbin eingesetzten Tochter des Erblassers. Da der Lebensgefährtin ein lebenslanges Wohnrecht eingeräumt worden war und die Tochter des Erblassers der Einverleibung dieses Rechts wegen Erbunwürdigkeit nicht zustimmte, wandte sich die Lebensgefährtin an das Gericht, um die Einwilligung der Tochter klagsweise durchzusetzen. Während unstrittig ist, dass auch der Versuch einer strafbaren Handlung zur Erbunwürdigkeit führt,<sup>19</sup> gab es bisher keine hgRsp zur Frage, ob ein strafbefreiender Rücktritt vom Versuch (§ 16 StGB) die bereits eingetretene Erbunwürdigkeit wieder beseitigt. In der Lit war die Frage mehrheitlich so gelöst worden, dass der Rücktritt vom Versuch die Erbunwürdigkeit nicht beseitigt, weil die Verwerflichkeit der Tat, die Anlass für die Erbunwürdigkeit gegeben hat, dadurch nicht wegfallt.<sup>20</sup> Der OGH vertritt nunmehr aber die gegenteilige Ansicht, sodass bei strafbefreiendem Rücktritt auch die Erbunwürdigkeit wegfällt. Aufgrund der Anknüpfung an eine „strafbare Handlung“ (§ 539 ABGB) sei aus systematischen Gründen von einem einheitlichen Begriff im Straf- und Zivilrecht auszugehen, weshalb die Erbunwürdigkeit nicht eintreten könne, wenn die Strafbarkeit der Handlung etwa wegen Rücktritts weggefallen ist. Freilich ist fraglich, ob es zulässig ist, von einer Einheit der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Wertungen auszugehen, nur weil § 539 ABGB an die „strafbare Handlung“ als Tatbestandsvoraussetzung anknüpft. Die Handlung wird durch den Rücktritt ja nicht beseitigt, sondern der Staat verliert lediglich

<sup>11</sup> Vgl OGH 6 Ob 805/82 NZ 1988, 281; 5. 9. 1985, 5 Ob 589/89; anders 14. 1. 2010, 6 Ob 232/09z; 19. 4. 2012, 9 Ob 36/09y; dazu krit *Umlauf*, Zwei zentrale Fragen des Anrechnungsrechts im Pflichtteilsrecht: Kritische Überlegungen zur jüngsten Rechtsprechung des österreichischen Obersten Gerichtshofs, in FS Delle Karth (2013) 969 (971 ff).

<sup>12</sup> OGH 2 Ob 119/20v EF-Z 2022/39 (A. *Tschugguel*) = iFamZ 2022/31 = NZ 2021/135 = JEV 2021/14 = PSR 2021/36.

<sup>13</sup> Nach altem Recht (§ 794 ABGB aF) waren unbewegliche Sachen zum Zeitpunkt der Zuwendung und bewegliche Sachen zum Zeitpunkt des Erbanfalls zu bewerten. Allerdings wurde diese Bestimmung von Lehre und Rsp berichtend so ausgelegt, dass unbewegliche Sachen ebenso wie bewegliche Sachen zum Zeitpunkt des Erbanfalls bewertet wurden, allerdings unter Berücksichtigung des Zustands zum Zeitpunkt des Empfangs. Dazu *Echer* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB III<sup>4</sup> (2012) § 794 ABGB Rz 2. Für eine berichtende Auslegung bleibt angesichts der eindeutigen gesetzgeberischen Entscheidung nun kein Raum mehr.

<sup>14</sup> Vgl *Umlauf*, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht<sup>2</sup> (2018) 320 f.

<sup>15</sup> Vgl dazu ausführlich unten unter E.3.b.

<sup>16</sup> OGH 2 Ob 100/19y EF-Z 2020/112 (*Dollenz*); 2 Ob 174/20g EF-Z 2021/59 (*Neumayr*).

<sup>17</sup> OGH 2 Ob 174/20g EF-Z 2021/59 (*Neumayr*); 2 Ob 75/20y EF-Z 2021/117 (*Welser*).

<sup>18</sup> OGH 2 Ob 100/19y EF-Z 2020/112 (*Dollenz*).

<sup>19</sup> *Apathy/Neumayr* in KBB, ABGB<sup>6</sup> (2020) §§ 539–541 Rz 2; RIS-Justiz RS0014988.

<sup>20</sup> *Nemeth* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB IV<sup>5</sup> (2018) § 539 Rz 6.

das Strafverfolgungsinteresse, weil weder general- noch spezialpräventive Gründe eine Bestrafung erforderlich machen.<sup>21</sup> Für die Erbunwürdigkeit als zivilrechtliches Rechtsinstitut sind weder general- noch spezialpräventive Überlegungen von Belang. Vielmehr geht es um die Frage, was ein Erblasser typischerweise gewollt hätte, hätte er von der Tat und dem Rücktritt des erbrechtlich Begünstigten zu Lebzeiten erfahren. Nachdem der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch jedenfalls freiwillig aus in erster Linie innerer Überzeugung<sup>22</sup> zu erfolgen hat, scheint die Überlegung gerechtfertigt, dass auch ein Erblasser typischerweise die Güte aufgebracht hätte, dem erbrechtlich Begünstigten aufgrund der spontanen Einsicht seine Tat nachzusehen.<sup>23</sup> Der OGH argumentiert, dass es nicht verständlich wäre, wenn das Strafrecht den Sinneswandel des Täters durch Strafbefreiung belohnt, das Erbrecht aber an der Erbunwürdigkeit festhalten möchte. Dem ist indes entgegenzuhalten, dass die vom Strafrecht verfolgten Interessen nicht mit jenen der Erbunwürdigkeit zusammenfallen und daher ein Gleichlauf nicht zwingend ist. Dies scheint der OGH einzuräumen, wenn er festhält, dass „eine vom Strafrecht abweichende Begriffsbildung jedenfalls in dieser Fallgestaltung nicht zu erkennen ist“. Richtiger müsste es aber heißen, dass aufgrund des freiwilligen Rücktritts vor vollendeter Tat die von der Erbunwürdigkeit geforderte Verwerflichkeit der Tat nicht mehr gegeben ist, sodass Erbunwürdigkeit nicht eintreten kann. Die Erbunwürdigkeit entfällt somit nicht wegen des Wegfalls der Strafbarkeit, sondern weil im Fall des strafbefreienden Rücktritts in der Gesamtbetrachtung auch die Verwerflichkeit der Tat wegfällt.<sup>24</sup> Bei tätiger Reue ist dies jedenfalls anders zu beurteilen,<sup>25</sup> denn die Verwerflichkeit der Tat bleibt dadurch unberührt.<sup>26</sup> Die rechtzeitige und freiwillige Wiedergut-

machung beseitigt lediglich die Folgen der Tat. Mag dieser Umstand auch im Strafrecht bei bestimmten Vermögensdelikten das Interesse an einer Strafverfolgung beseitigen (§ 167 StGB), für die Zwecke der Erbunwürdigkeit bleibt dies unerheblich, denn dort kommt es auf die Tat selbst an, die durch die tätige Reue nicht aus der Welt geschafft werden kann. Offenkundig wird dies etwa dann, wenn der Erbe nur deshalb die Folgen der Tat wiedergutmacht, weil er sich aus der Erbschaft einen größeren Vorteil als den durch die (verborgen bleibende) Straftat erhofft.<sup>27</sup> Trotz Wegfalls der Strafbarkeit wird die Erbunwürdigkeit auch im Fall der Verjährung nicht beseitigt. Auch hier bleibt die Verwerflichkeit der Tat aufrecht, sodass man weiterhin davon ausgehen kann, dass ein typischer Erblasser dem Täter nichts zukommen lassen möchte, auch wenn aufgrund der Wertungen des Strafrechts die Strafbarkeit weggefallen ist.<sup>28</sup>

### b) Vereitelung der gesetzlichen Erbfolge

Der OGH hatte sich in jüngster Zeit auch mit der Frage zu beschäftigen, ob Erbunwürdigkeit selbst dann eintreten kann, wenn jemand dem Erblasser durch (versuchte) Fälschung eines Testaments einen fremden Willen unterschiebt und damit den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge vereitelt oder zu vereiteln versucht.<sup>29</sup> Die hinterbliebene Ehegattin des Erblassers hatte nach dem Tod des Erblassers ein gefälschtes eigenhändiges Testament erstellt und sich darin als Universalerbin eingesetzt. Den gefälschten letzten Willen überreichte sie dem Gerichtskommissär, bevor sie schließlich Selbstanzeige erstattete, sodass es zur Einantwortung aufgrund des gefälschten Testaments gar nicht kam. Sowohl das Erstgericht als auch das Berufungsgericht nahmen Erbunwürdigkeit aufgrund der Unterschiebung eines letzten Willens iSd § 540 ABGB an. Davon geht auch der OGH aus, wenn er festhält, dass bei Fälschung eines Testaments zwar Erbunwürdigkeit iSd § 540 ABGB vorliegt, indes aber die Bestimmung über den Rücktritt vom Versuch analog anzuwenden ist, sofern die Selbstanzeige und das Zurückziehen des gefälschten Testaments freiwillig erfolgten. Festgestellt wird somit jedenfalls, dass die Unterschiebung einer letztwilligen Verfügung unter den Begriff der „Vereitelung des wahren letzten Willens“ gem § 540 ABGB zu subsumieren ist. Dies ist zumindest auf den ersten Blick nicht selbstverständlich, weil durch die Unterschiebung einer letztwilligen Verfügung der wahre Wille des Erblassers nur

Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue dient aber nicht zuletzt auch dem Interesse des Opfers, das auf diese Weise besonders rasch zu einer Wiedergutmachung kommt (Kirchbacher in Höpfel/Ratz [Hrsg], WK<sup>2</sup> StGB [2018] § 167 Rz 9 f). Diese Wertungen sind auf das Erbrecht nicht übertragbar.

<sup>27</sup> So bereits Kubasta, Strafe nein – Erbschaft ja? JEV 2020, 153 (158).

<sup>28</sup> Vgl dazu auch Kubasta, JEV 2020, 153 (158).

<sup>29</sup> OGH 2 Ob 174/20g EF-Z 2021/59 (Neumayr).

<sup>21</sup> Bauer/Plöchl in Höpfel/Ratz (Hrsg), WK<sup>2</sup> StGB (2021) §§ 15, 16 Rz 126.

<sup>22</sup> Bauer/Plöchl in Höpfel/Ratz, WK<sup>2</sup> StGB §§ 15, 16 Rz 127.

<sup>23</sup> OGH 2 Ob 100/19y Pkt 4.3b).

<sup>24</sup> In diese Richtung kann man auch die Ausführungen des OGH lesen: „Die Bestimmung zwingt nicht zu einer Zerlegung eines einheitlichen Lebenssachverhalts in einzelne Teile. Vielmehr kann die Frage, ob jemand eine strafbare Handlung begangen ‚hat‘, auch aufgrund einer Gesamtbetrachtung beantwortet werden, die (jedenfalls) auch strafaufhebendes Verhalten des Täters mit einbezieht.“

<sup>25</sup> Anders Werkusch-Christ in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.08</sup> (Stand 2. 1. 2022, rdb.at) § 539 Rz 1; U. Neumayr, Keine Erbunwürdigkeit bei Strafaufhebungsgründen? Eine Besprechung der E OGH 2 Ob 100/19y, NZ 2020, 299 (300 f); Dollenz, Keine Erbunwürdigkeit trotz Rücktritts vom Versuch einer strafbaren Handlung – Anmerkung zu OGH 2 Ob 100/19y, EF-Z 2020, 271 (275); Burtscher, Keine Erbunwürdigkeit bei Rücktritt vom Versuch – Anmerkung zu OGH 2 Ob 100/19y, ÖJZ 2020, 1127 (1128 f).

<sup>26</sup> In der Strafrechtslehre wird allerdings die Strafbefreiung bei tätiger Reue kriminalpolitisch unter anderem damit begründet, dass durch die Wiedergutmachung der korrumpierende Eindruck der Tat auf die Allgemeinheit beseitigt werde und daher das general- und spezialpräventive Strafbedürfnis entfalle. Der

dann vereitelt werden kann, wenn der Erblasser einen solchen geäußert hat. Wenn der Erblasser dagegen, wie im vorliegenden Fall, ohne letztwillige Verfügung verstorben ist, kann von einer „Vereitelung seines wahren letzten Willens“ nicht mehr die Rede sein. Durch die Unterschiebung des Testaments wird nämlich nicht in den letzten Willen des Verstorbenen eingegriffen, sondern ein letzter Wille vorgetäuscht, der den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge ganz oder teilweise verhindern könnte. Der OGH war somit mit der Frage konfrontiert, ob das Rechtsinstitut der Erbenwürdigkeit nicht bloß dem Schutz des letzten Willens des Erblassers, sondern auch jenem der gesetzlichen Erbfolge dient, und bejahte dies.<sup>30</sup> Die Frage ist indes aber wohl nicht richtig gestellt, denn weder schützt die Erbenwürdigkeit die gewillkürte Erbfolge, noch kann sie die gesetzliche Erbfolge schützen. Die Erbenwürdigkeit soll vielmehr sicherstellen, dass der Erbenwürdige nichts aus der Verlassenschaft erhält, weil ein typischer Erblasser ihm angesichts seines „verwerflichen“ Verhaltens auch nichts hinterlassen hätte. Wer eine bestehende letztwillige Verfügung verfälscht, greift dadurch in den wahren letzten Willen des Erblassers ein und vereitelt diesen. Aber auch wer dem Erblasser eine letztwillige Verfügung durch Fälschung unterschiebt, greift in den wahren letzten Willen des Erblassers ein, der in diesem Fall jedoch nicht darin besteht, eine andere, sondern gar keine letztwillige Verfügung zu hinterlassen.<sup>31</sup> Geschützt wird somit nicht die gesetzliche Erbfolge, sondern die negative Testierfreiheit des Erblassers, die durch die Fälschung durchkreuzt wird. Damit deckt sich die gesetzgeberische Entscheidung im Rahmen des ErbRÄG 2015, dass § 540 ABGB nF nur mehr vom „wahren letzten Willen“ und nicht mehr vom „wahren erklärten letzten Willen“ (§ 539 ABGB aF) spricht. Schutzgut des § 540 ABGB ist somit die Testierfreiheit, in die der Erbenwürdige durch (versuchte) Fälschung unmittelbar eingreift.

Ob der strafbefreiende Rücktritt gem § 16 StGB den Erbenwürdigkeitsgrund auch im Fall der (versuchten) Vereitelung des wahren letzten Willens beseitigen kann, ist fraglich. § 540 ABGB stellt nämlich im Gegensatz zu § 539 ABGB nicht auf die Strafbarkeit der Vereitelung des letzten Willens ab, sodass die Strafbarkeit nach dem Wortlaut keine Voraussetzung für die Erbenwürdigkeit gem § 540 ABGB darstellt. Der OGH bejaht je-

doch eine analoge Anwendung des strafbefreienden Rücktritts auch auf die Vereitelung des wahren letzten Willens, weil der Vereitelungsversuch und die Vereitelung des letzten Willens „einen unverkennbaren Bezug zum Strafrecht“<sup>32</sup> aufweisen. Aus diesem Grund macht der Vereitelungsversuch nicht erbenwürdig, wenn der Erbberechtigte freiwillig von diesem Versuch zurückgetreten ist.<sup>33</sup>

Diesem Ergebnis ist in der Sache zuzustimmen, denn es wäre widersprüchlich, wenn im Fall des § 539 ABGB (Delikt gegen die Verlassenschaft) der strafbefreiende Rücktritt den Erbenwürdigkeitsgrund tilgen sollte, nicht jedoch im Fall eines Deliktes gegen den wahren letzten Willen des Erblassers gem § 540 ABGB. Wer freiwillig die Vereitelung des wahren letzten Willens des Erblassers verhindert hat, soll daher genauso wenig erbenwürdig sein wie derjenige, der versucht hat, der Verlassenschaft einzelne Vermögensgegenstände zu entziehen, und von diesem Plan wiederum freiwillig abgerückt ist. Eine unterschiedliche Behandlung daran anzuknüpfen, dass der Gesetzgeber die Vereitelung des letzten Willens nicht als strafbare Handlung qualifiziert hat, würde einen offensichtlichen Wertungswiderspruch erzeugen.<sup>34</sup>

## 2. Pflegevermächtnis

Das Pflegevermächtnis als gesetzlicher Vermächtnisanspruch ist zwar aufgrund der im ErbRÄG 2015 gewählten Systematik im Vermächtnisrecht angesiedelt, stellt dort aber einen Fremdkörper dar.<sup>35</sup> Wie beim Vorausvermächtnis des Ehegatten (eP) handelt es sich nämlich um einen gesetzlichen Anspruch, der systematisch dem gesetzlichen Erbrecht zuzuordnen ist, wo er auch zu gelten gewesen wäre.

In jüngster Zeit hatte der OGH Gelegenheit, sich wiederholt zu unterschiedlichen Aspekten des Pflegevermächtnisanspruchs zu äußern.

### a) Rechtsnatur und Pflichtteilsrecht

Um seine Rechtsnatur ging es in der E 2 Ob 198/20 m,<sup>36</sup> worin die Frage zu beantworten war, ob Pflegevermäch-

<sup>30</sup> Vgl auch OGH 2 Ob 75/20y EF-Z 2021/117 (*Welser*) zum alten Recht, das in diesem Punkt nicht vom neuen Recht abweicht. Krit aufgrund des aus dem Schweigen des Erblassers konstruierten Willens auch *Graf*, NZ 2022, 2 (22).

<sup>31</sup> *Likar-Peer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang<sup>3</sup> §§ 531–551 ABGB (2016) § 542 aF, § 540 nF Rz 2; so auch *U. Neumayr*, Erbenwürdigkeit bei Vereitelung der gesetzlichen Erbfolge? – Anmerkung zu OGH 2 Ob 174/20g, EF-Z 2021, 130 (133). Diesen folgend auch OGH 2 Ob 75/20y EF-Z 2021/117 (*Welser*) zum alten Recht, das insofern nicht vom geltenden Recht abweicht. Vgl dazu auch *Graf*, NZ 2022, 2 (22).

<sup>32</sup> OGH 2 Ob 174/20g Rz 85.

<sup>33</sup> AA *U. Neumayr*, EF-Z 2021, 130 (134).

<sup>34</sup> AA *Walch*, Zur Erbenwürdigkeit bei tätiger Reue oder einem Rücktritt vom Versuch und zur Enterbung nach erfolgter Verzeihung erbenwürdigen Verhaltens. Zugleich eine Besprechung von OGH 2 Ob 174/20g, NZ 2022, 250 (253f), der aber bei § 540 ABGB ebenso eine „Umkehr“ berücksichtigen will, die aber die Anforderungen des Rücktritts vom Versuch oder der tätigen Reue im Strafrecht nicht erfüllen müsse. Praktisch ergeben sich daraus aber wohl keine bedeutsamen Unterschiede, denn auf die Freiwilligkeit des Erbberechtigten wird es auch bei der „Umkehr“ ankommen müssen.

<sup>35</sup> Dazu bereits *Christandl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang<sup>3</sup> §§ 647–755 ABGB (2020) Vor § 647 Rz 51; Vor §§ 672–683 Rz 3; §§ 677, 678 Rz 4.

<sup>36</sup> OGH 2 Ob 198/20 m NZ 2021/54 (*Baldovini*) = iFamZ 2021/130 (*Berger*) = JBl 2021, 460. Dieser Entscheidung folgt im Parallelverfahren OGH 2 Ob 191/20g JEV 2021/12.

nisse von der Bemessungsgrundlage für Pflichtteilsansprüche wie Verlassenschaftsschulden abzuziehen sind, oder ob sie wie Vermächtnisse bei der Berechnung der Bemessungsgrundlage unberücksichtigt bleiben. Der OGH beantwortete diese Frage mit Verweis auf das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten damit, dass auch das Pflegevermächtnis für die Berechnung der pflichtteilsrechtlichen Bemessungsgrundlage als Vermächtnis iSv § 779 Abs 2 ABGB zu behandeln ist und daher vom Wert der Verlassenschaft nicht abzuziehen ist.<sup>37</sup> Es handle sich weder um schon zu Lebzeiten des Verstorbenen auf dem Vermögen haftende Schulden noch um Kosten der Besorgung, Verwaltung und Abhandlung der Verlassenschaft (§ 779 Abs 1 ABGB). Diese Argumentation lässt freilich unberücksichtigt, dass das Pflegevermächtnis anders als das Vorausvermächtnis<sup>38</sup> eine Entgeltfunktion<sup>39</sup> erfüllt und die Anspruchsvoraussetzungen für das Entstehen dieses Anspruchs in einer inhaltlich und zeitlich qualifizierten Leistung (§ 677 Abs 1 f ABGB) des Anspruchsgläubigers gegenüber dem Erblasser zu Lebzeiten bestehen. Es handelt sich um einen gesetzlich angeordneten schuldrechtlichen Anspruch in erbrechtlichem Kleid.<sup>40</sup> Insofern steht das Pflegevermächtnis einer zu Lebzeiten auf dem Vermögen des Verstorbenen haftenden Schuld funktional so nah,<sup>41</sup> dass viel dafür spricht, es analog zu einer solchen zu behandeln. Die für eine Analogie vorausgesetzte planwidrige Lücke besteht darin, dass der Wortlaut des § 779 Abs 2 nur letztwillig angeordnete Vermächtnisse erfasst (arg „Vermächtnisse und andere aus dem letzten Willen entspringende Lasten“) und § 779 Abs 1 auf lebzeitige Schulden des Erblassers nicht unmittelbar anwendbar ist, die aufgrund gesetzlicher Anordnung auf erbrechtlichem Weg

befriedigt werden. Die inhaltliche und systematische Nähe zu (gesetzlichen) Nachlassschulden, die eine analoge Anwendung erfordern, ergibt sich aus einer Reihe von Indizien: Das Pflegevermächtnis ist anders als das Vorausvermächtnis nicht auf den Pflichtteilsanspruch anzurechnen.<sup>42</sup> Da es der Abgeltung erbrachter Pflegeleistungen dient, wäre eine Anrechnung auf den leistungsunabhängig zustehenden Pflichtteil nicht zu rechtfertigen. Nach den Mat soll das Pflegevermächtnis auch alternativ zu bereicherungsrechtlichen Ansprüchen gem § 1435 analog ABGB zustehen<sup>43</sup> und stellt insofern ein funktionales Äquivalent zum Bereicherungsanspruch dar, welcher unzweifelhaft als Nachlassschuld gem § 779 Abs 1 ABGB zu qualifizieren ist.<sup>44</sup> Schließlich genießt das Pflegevermächtnis ebenso wie Nachlassschulden einen absoluten Befriedigungsvorrang gegenüber Pflichtteilsansprüchen. Dies ergibt sich aus § 764 Abs 2 ABGB, wonach das Pflegevermächtnis von der Beitragspflicht zur Pflichtteilsdeckung befreit ist und somit eine Kürzung des Pflegevermächtnisses zur Deckung der Pflichtteile ausgeschlossen ist.<sup>45</sup> Insb dieser letzte Umstand spricht dafür, das Pflegevermächtnis gleich einer Nachlassschuld von der Berechnungsgrundlage in Abzug zu bringen, denn die Regel des § 779 Abs 2 ABGB, wonach Vermächtnisse bei der Bemessung der Berechnungsgrundlage unberücksichtigt bleiben, geht notwendig von der Beitragspflicht der Vermächtnisnehmer aus. Diese entfällt jedoch im Fall des Pflegevermächtnisses aufgrund von § 764 Abs 2 ABGB, sodass sich eine Gleichsetzung mit gewillkürten Vermächtnissen systematisch verbietet. Eine Gleichsetzung hat nämlich zur Folge, dass die Erben bei der Erfüllung des Pflichtteils zweifach belastet werden, weil sie nicht nur das Pflege-

<sup>37</sup> Befürwortend *Unterweger*, Pflichtteilsberechnung und Bereicherung beim Pflegevermächtnis – OGH 18. 12. 2020, 2 Ob 198/20m, AnwBl 2022, 86 (92). Krit etwa *Berger*, Einfluss des Pflegevermächtnisses auf die Berechnung des Pflichtteils – Anmerkung zu OGH 2 Ob 198/20m, iFamZ 2021, 180 (182); *Knotz*, Pflegevermächtnis und Pflichtteilsberechnung – Zugleich eine Besprechung der E 2 Ob 198/20m, EF-Z 2021, 196; *Kogler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§ 756–796 ABGB (2021) § 779 Rz 8 ff; *Graf*, NZ 2022, 2 (19).

<sup>38</sup> Zu den weiteren Gründen für die Behandlung des Vorausvermächtnisses als Vermächtnis iSv § 779 Abs 2 ABGB vgl *Herndl*, Zur Abgeltung von Pflegeleistungen im Todesfall, NZ 2020, 321 (331 f). Anders als das Pflegevermächtnis steht das Vorausvermächtnis stets dem pflichtteilsberechtigten Ehegatten/eP zu und ist auf dessen Pflichtteil anzurechnen (§ 780 Abs 1 ABGB). Dagegen gebührt das Pflegevermächtnis stets neben einem allfälligen Pflichtteil (§ 678 Abs 2 ABGB).

<sup>39</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 16: „Abgeltung von Pflegeleistungen“.

<sup>40</sup> *Christandl/Nemeth*, Das neue Erbrecht – ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016, 1 (5) (Janusköpfigkeit); *Fischer-Czermak*, Ehegattenerbrecht, Rechte des Lebensgefährten und Abgeltung von Pflegeleistungen, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 27 (42).

<sup>41</sup> Das Naheverhältnis zu schuldrechtlichen Ansprüchen bestätigt unter Verweis auf *Schauer*, Das neue Erbrecht, ÖJZ 2017, 53 (59) auch der OGH in seiner E 2 Ob 63/21 k Rz 25.

<sup>42</sup> § 678 Abs 2 Satz 1 ABGB: „Das Vermächtnis gebührt jedenfalls neben dem Pflichtteil [...]“.

<sup>43</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 16. Vgl dazu krit *Christandl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> §§ 677, 678 Rz 56 ff. Richtigerweise steht der Bereicherungsanspruch subsidiär zum Pflegevermächtnisanspruch zu.

<sup>44</sup> Vgl auch *Herndl*, NZ 2020, 321 (331), der auf die Gefahr hinweist, dass aufgrund dieser sachlich nicht zu rechtfertigenden Verschiedenbehandlung ein kollusives Zusammenwirken zwischen Pflegenden und Erben zum Nachteil der Pflichtteilsberechtigten gefördert wird.

<sup>45</sup> Dies entspricht der hL: *Fischer-Czermak*, Abgeltung von Pflegeleistungen naher Angehöriger, in FS *Eccher* (2017) 349 (359); *Stefula*, Die Abgeltung von Pflegeleistungen – Das Pflegevermächtnis nach dem ErbRÄG 2015, EF-Z 2016, 116 (120); *Apathy*, Pflegevermächtnis und ungerechtfertigte Bereicherung – Bereicherungsanspruch pflegender Angehöriger nach wie vor bedeutsam, iFamZ 2016, 112 (113); *Apathy/Neumayr* in *KBB*, ABGB<sup>6</sup> (2020) §§ 677–678 Rz 1; *Spruzina* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.02</sup> (2017) § 678 Rz 10; *Christandl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 677, 678 Rz 33. Mit ausführlicher Begründung für den Vorrang vgl *Baldovini*, Das Pflegevermächtnis (2020) 118 ff. Anders *Graf*, NZ 2022, 2 (19), der davon ausgeht, dass bei unzureichendem Nachlass die Erfüllung des Pflegevermächtnisses der Erfüllung der Pflichtteile nachgeht und das Pflegevermächtnis daher zugunsten der Pflichtteile zu kürzen ist.

vermächtnis voll erfüllen müssen, sondern auch jenen Teil der Pflichtteilsansprüche zu tragen haben, den nach der allgemeinen Regel in § 764 Abs 2 ABGB die Vermächtnisnehmer beitragen müssten, und darüber hinaus eine Kürzung des Pflegevermächtnisses wegen unzureichender Verlassenschaft gem § 692 ABGB nicht in Frage kommt. Diese Doppelbelastung hat bei bedingtem Erbantritt systematisch unlösbare Folgen. Folgendes Beispiel soll dies verdeutlichen. Bei einer reinen Verlassenschaft iHv € 30.000,- und einem Pflegevermächtnis zugunsten der Lebensgefährtin iHv € 25.000,- ist für die Berechnung nach der Rsp des OGH die Bemessungsgrundlage für den Pflichtteil mit € 30.000,- anzusetzen, weil das Pflegevermächtnis gem § 779 Abs 2 ABGB bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage nicht abzuziehen ist. Der Pflichtteil des Kindes beträgt sohin € 15.000,-. Ist die pflegende Lebensgefährtin auch Erbin, so erhält sie zunächst € 25.000,- als Pflegevermächtnis aus der Verlassenschaft (§ 678 Abs 2 ABGB). Sodann ist sie aber verpflichtet, den Pflichtteil des Sohnes iHv € 15.000,- zu decken, was angesichts des Verlassenschaftsrests iHv € 5.000,- nur teilweise möglich ist. Eine Beitragspflicht der Pflegevermächtnisnehmerin zur Pflichtteilsdeckung besteht nicht (§ 764 Abs 2 ABGB), eine Kürzung des Pflegevermächtnisses gem § 692 ABGB wegen unzureichender Verlassenschaft kommt nicht in Frage. Der Pflichtteilsberechtigte muss sich daher im Fall einer bedingten Erbantrittserklärung mit den verbleibenden € 5.000,- zufriedengeben. Somit kommt es zu einer bisher gänzlich unbekanntenen Situation, dass nämlich der im Vorhinein berechnete Pflichtteil aus dem vorhandenen Vermögen nicht<sup>46</sup> oder nicht vollständig gedeckt werden kann. Ist ein Dritter Erbe, so hat dieser zunächst das Pflegevermächtnis zugunsten der Lebensgefährtin und sodann den Pflichtteil zugunsten des Sohnes des Erblassers zu erfüllen. Indes verbleibt bei bedingtem Erbantritt auch bei dieser Konstellation nur der Rest iHv € 5.000,- zugunsten des Pflichtteilsberechtigten. Die Differenz auf € 15.000,- kann der Pflichtteilsberechtigte weder gegen den Erben noch gegen den Pflegevermächtnisnehmer noch gegen irgendeinen Dritten geltend machen.

Um zu vermeiden, dass ein Pflichtteil berechnet wird, der im Ergebnis nicht gedeckt werden kann, muss daher die Lösung lauten, dass das geltend gemachte Pflegevermächtnis gem § 779 Abs 1 ABGB analog einer Nachlassschuld stets von der Berechnungsgrundlage in Ab-

zug zu bringen ist,<sup>47</sup> und zwar auch dann, wenn der Pflegende als Alleinerbe eingesetzt wurde.<sup>48</sup> Dies folgt im Übrigen systematisch auch aus der Regel des § 764 Abs 2 ABGB, wonach der Pflegevermächtnisnehmer nicht zur Deckung des Pflichtteils beizutragen hat, sowie aus § 692 ABGB, der wegen des Vorrangs des Pflegevermächtnisses vor dem Pflichtteil nicht anwendbar ist. Für den soeben geschilderten Beispielfall bedeutet dies, dass die Berechnungsgrundlage für den Pflichtteil € 5.000,- beträgt und sich der Pflichtteil somit auf € 2.500,- beläuft. Der Pflichtteil in dieser Höhe kann vom Erben aus dem verbleibenden Verlassenschaftswert vollständig gedeckt werden. Die oben geschilderte Situation, in der ein Pflichtteil zwar zusteht, aber in der Verlassenschaft nicht gedeckt ist, kann auf diese Weise vermieden werden.

### b) Begriff der anspruchsausschließenden „Zuwendung“

In der E 2 Ob 54/21 m<sup>49</sup> ging es um die Frage, was als anspruchsausschließende Zuwendung iSd § 677 Abs 1 ABGB gewertet werden kann. Gem § 677 Abs 1 ABGB steht ein Pflegevermächtnis nämlich nur zu, „soweit nicht eine Zuwendung gewährt oder ein Entgelt vereinbart wurde“. Im Anlassfall hatte die Erblasserin seit dem Beginn der Lebensgemeinschaft die Fixkosten für die Wohnung übernommen. Ihr Lebensgefährte machte gegen die gesetzlichen Erben einen Pflegevermächtnisanspruch gem § 677 ABGB geltend. Dem widersetzten sich die gesetzlichen Erben mit der Begründung, die von der Erblasserin getragenen monatlichen Fixkosten für die Wohnung seien als Zuwendung iSd § 677 Abs 1 ABGB zu verstehen. Der OGH führte im Anschluss an die Lehre aus, dass als Zuwendung nur eine Leistung verstanden werden kann, die aufgrund der erbrachten Pflegeleistungen erfolgt ist und daher in einem Kausalzusammenhang zu den Pflegeleistungen steht, sodass Doppelabgeltungen vermieden werden. Im zu entscheidenden Fall war die Übernahme der monatlichen Fixkosten schon lange vor der Pflegebedürftigkeit vereinbart worden, sodass es keinen Zusammenhang mit den Pflegeleistungen gab und daher eine „Zuwendung“ iSv § 677 Abs 1 ABGB nicht vorlag. Diesem Ergebnis ist uneingeschränkt zuzustimmen. Eine anspruchsausschließende Zuwendung iSd § 677 Abs 1 ABGB kann nur dann vorliegen, wenn sie aufgrund von Pflegeleistungen erbracht wurde und somit wie das Pflegevermächtnis selbst Abgeltungsfunktion hat.

<sup>46</sup> Ein Pflegevermächtnis in Höhe des reinen Verlassenschaftswerts würde den Pflichtteilsanspruch vollständig aushöhlen, denn in diesem Fall wäre die Verlassenschaft durch das Pflegevermächtnis aufgezehrt, sodass zur Deckung des Pflichtteilsanspruchs kein Vermögen verbleibt.

<sup>47</sup> Vorsichtig in diese Richtung auch *Graf*, NZ 2022, 2 (19). Für die Qualifikation des Pflegevermächtnisses als Nachlassschuld: *Herndl*, NZ 2020, 321 (331); im Ergebnis (indes über einen anderen Weg) für eine Qualifikation als Nachlassschuld iSv § 779 Abs 1 auch *Knotz*, EF-Z 2021, 196; *Kogler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 779 Rz 8 ff.

<sup>48</sup> Dies gilt freilich nur, soweit der Erblasser nicht angeordnet hat, dass sich der Alleinerbe die Erbschaft auf den Pflegevermächtnisanspruch anzurechnen hat (§ 678 Abs 2 ABGB).

<sup>49</sup> OGH 2 Ob 54/21 m Zak 2021/491 = NZ 2021/133.



### c) Differenzanspruch bei erhaltenen Zuwendungen

Für den Fall, dass Zuwendungen für die geleistete Pflege erbracht wurden, stellt sich die Frage, ob die allfällige Differenz zum vollen Pflegevermächtnisanspruch weiterhin geltend gemacht werden kann. Aus dem Wortlaut des § 677 Abs 1 ABGB („soweit nicht“) lässt sich folgern, dass eine Zuwendung den Anspruch auf das Pflegevermächtnis nur insofern ausschließt, als er diesen abdeckt, und dass die Differenz somit stets geltend gemacht werden kann. In der E 2 Ob 63/21 k<sup>50</sup> hatte der OGH über einen Fall zu entscheiden, in dem die Erben dem Pflegevermächtnisnehmer entgegenhielten, dass bereits eine umfassende Vermögensvereinbarung mit Einräumung eines Wohnrechts zugunsten des Pflegenden getroffen worden sei, durch welche ein allfälliger Differenzanspruch ebenfalls ausgeschlossen worden wäre. Dies hätte indes erfordert, dass der Pflegevermächtnisnehmer im Rahmen dieser Vermögensvereinbarung wirksam auf das Pflegevermächtnis verzichtet. Ein solcher Verzicht ist allerdings nicht erfolgt, weil einerseits die Vereinbarung lange vor Einführung des Pflegevermächtnisses getroffen worden war und andererseits für einen wirksamen Verzicht die in § 551 ABGB vorgesehenen Formvorschriften für den Vorausverzicht auf erbrechtliche Ansprüche erfüllt sein hätten müssen. Der OGH hält nämlich zutreffend fest, dass ein Vorausverzicht auf das Pflegevermächtnis – analog zum Verzicht auf das Vorausvermächtnis des Ehegatten – jedenfalls nur unter Einhaltung der Formvorschrift gem § 551 ABGB wirksam ist.<sup>51</sup> Die dagegen geäußerte Kritik überzeugt nicht. Es wird argumentiert, dass anders als bei einem Pflichtteilsverzicht beim Pflegevermächtnis der Anspruch auf die Erbringung zukünftiger Leistungen geknüpft sei, was „gegen den Willen des zu Pflegenden“ nicht geschehen könne.<sup>52</sup> Dazu ist grundsätzlich festzuhalten, dass ein Pflegevermächtnis ohnehin nur dann zusteht, wenn ein entsprechender Pflegedarf objektiv bestand und Pflege auch tatsächlich im erforderlichen Ausmaß geleistet und vom Pflegebedürftigen in Anspruch genommen wurde. Wenn diese allgemeinen Voraussetzungen für den Pflegevermächtnisanspruch erfüllt sind, kann das Pflegevermächtnis

ohne das Vorliegen von Enterbungsgründen nicht mehr entzogen werden, was diesem seinen pflichtteilsrechtlichen Charakter verleiht. Entsprechend ist es konsequent, den Verzicht auf diesen Anspruch denselben Regeln zu unterstellen wie jenen des Pflichtteilsverzichts. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass gerade in diesem Kontext familiär nicht selten auftretende Drucksituationen<sup>53</sup> durch eine gesteigerte Formpflicht entschärft werden können. § 879 Abs 1 oder § 934 ABGB können dieses Ziel nicht in derselben Weise erreichen, denn sie stehen als Instrumentarien erst *post factum* zur Verfügung.

### d) Umfang und Höhe des Pflegevermächtnisanspruchs

Schließlich hat der OGH in den Entscheidungen zum Pflegevermächtnis auch zur Frage der Berechnung des Pflegevermächtnisanspruchs Stellung genommen. Daraus erhellt, dass die Höhe des Pflegevermächtnisses einerseits durch das Ausmaß der objektiv erforderlichen Pflege entsprechend der Pflegebedürftigkeit des Erblassers und andererseits durch das Ausmaß der tatsächlich erbrachten Pflegeleistungen begrenzt ist.<sup>54</sup> Was die konkrete Höhe des Pflegevermächtnisanspruchs betrifft, folgt der OGH den Mat sowie der von der überwiegenden Lehre vertretenen Auffassung, dass die Errechnung der Höhe des Pflegevermächtnisses in sinnvoller Anwendung bereicherungsrechtlicher Grundsätze erfolgen soll. Demzufolge soll aber nicht auf den Nutzen des Gepflegten, sondern vielmehr auf eine angemessene Entlohnung in analoger Anwendung des § 1152 ABGB abgestellt werden.<sup>55</sup> Der Wortlaut des § 678 Abs 1 ABGB, der an „Art, Dauer und Umfang der Leistungen“ anknüpft, stellt die Leistungen in den Mittelpunkt und somit die Perspektive des Pflegenden, für den somit eine angemessene Entlohnung vorzusehen ist. Eine ungefähre Orientierungsgröße könnten dabei nach Ansicht des OGH die Mindestlohntarife für im Haushalt Beschäftigte darstellen, wobei aufgrund der darin vorgesehenen Bruttobeträge ein gewisser Abschlag vorzunehmen sei.<sup>56</sup> Jedenfalls ist aber in jedem Einzelfall aufgrund von § 273 ZPO ein den Umständen – insb der Dauer, dem Umfang und der Art der Leistungen – angemessener Stundensatz zu ermitteln. Im Ausgangsfall erachtete der OGH aufgrund der langjährigen, zeitintensiven und auch in der Nacht erforderlichen, anspruchsvollen Pflege einen Stundensatz von € 14,- als angemessen. Diese Feststellungen fügen sich nicht nur nahtlos in das Meinungsbild der herrschenden Lehre ein, sondern geben darüber hinaus noch weitere

<sup>50</sup> OGH 2 Ob 63/21 k JBl 2022, 30 = NZ 2021/134.

<sup>51</sup> OGH 2 Ob 63/21 k Rz 36. Krit dazu Knotz, Pflegevermächtnis: Differenzanspruch trotz Vereinbarung? – Anmerkung zu OGH 2 Ob 63/21 k, EF-Z 2021, 277 (282), die aus dieser Feststellung des OGH den Schluss zieht, es müsse jeder Dienstvertrag, der hinsichtlich des Entgelts unter dem Betrag des Pflegevermächtnisses bleibt, die Formvorschrift des § 551 ABGB erfüllen, und dies kritisiert. Allerdings fordert der OGH lediglich, dass ein Vorausverzicht auf das Pflegevermächtnis, in welchem Zusammenhang auch immer dieser erfolgt, stets den Anforderungen des § 551 ABGB zu entsprechen hat. Wenn somit eine Pflegevereinbarung nicht diesen Anforderungen entspricht, dann ist sie natürlich wirksam, lässt aber einen allfälligen Differenzanspruch aus dem Pflegevermächtnis unberührt.

<sup>52</sup> Graf, NZ 2022, 2 (18).

<sup>53</sup> Vgl zu den verzichtstypischen Überforderungen der Selbstverantwortung in familiären Beziehungen Röthel, Verzicht auf den Kindespflichtteil: Plädoyer für mehr Wachsamkeit, NJW 2012, 337.

<sup>54</sup> OGH 2 Ob 54/21 m Rz 51.

<sup>55</sup> OGH 2 Ob 63/21 k Rz 98.

<sup>56</sup> OGH 2 Ob 63/21 k Rz 99f.

konkrete Kriterien vor, anhand derer die Praxis im Einzelfall die Höhe des Anspruchs festsetzen kann. Dabei sind freilich möglichst transparente Kriterien für die Praxis von zentraler Bedeutung, weil die Bemessung des Pflegevermögens im Regelfall ohne Streitiges Verfahren im Rahmen des Verlassenschaftsverfahrens erfolgen soll.

## D. Testamentarisches Erbrecht

### 1. Formfragen

#### a) Urkundeneinheit

Nicht im Zusammenhang mit dem neuen Erbrecht steht die Frage, wie mehrere Blätter einer fremdhändigen Verfügung miteinander verbunden sein müssen, damit sie als Teil einer einheitlichen Urkunde angesehen werden können. Weder im alten noch im neuen Erbrecht finden sich nämlich spezifische Vorgaben, unter welchen Voraussetzungen eine mehrblättrige fremdhändige Verfügung als einheitliche Urkunde angesehen werden kann. Dennoch erhob der OGH mit der E 2 Ob 192/17 z<sup>57</sup> die Urkundeneinheit zum Formerfordernis sowohl nach altem als auch nach neuem Recht<sup>58</sup> und stellte damit die Rechtspraxis vor erhebliche Herausforderungen.<sup>59</sup>

Ihren ideellen Ausgangspunkt nimmt die Rsp zur Urkundeneinheit im Dornbirner Testamentsfälschungsskandal, der als quasi „nationales Trauma“ die in der Praxis so verbreitete fremdhändige Testamentsform in Verruf brachte. Der Forderung der damaligen Justizministerin, die fremdhändige Testamentsform gänzlich abzuschaffen,<sup>60</sup> kam der Gesetzgeber zwar nicht nach, sehr wohl sollte das fremdhändige Testament aber fälschungssi-

cherer ausgestaltet werden.<sup>61</sup> Dies führte allerdings dazu, dass die Errichtung eines fremdhändigen Testaments nach neuem Recht zu einer solchen Herausforderung heranwuchs, dass sie insb für Laien mit der Besteuerung eines Achttausenders ohne Bergführer verglichen wurde.<sup>62</sup>

Im Anlassfall für die „Pauenschlag-E“<sup>63</sup> 2 Ob 192/17 z<sup>64</sup> hatte ein Anwalt für einen Klienten ein fremdhändiges Testament errichtet, wobei die aus einzelnen Blättern bestehende und nur mit Büroklammer zusammengehaltene Verfügung auf ihrem letzten Blatt ausschließlich die Zeugenunterschriften enthielt. Der OGH argumentierte, die Urkundeneinheit sei in diesem Fall weder äußerlich noch inhaltlich hergestellt, sodass kein formgültiges Testament errichtet worden sei. Diese Entscheidung war für die Rechtspraxis insofern überraschend, als es seit Inkrafttreten des ABGB der hM entsprach, dass auch mehrere lose Blätter gemeinsam eine taugliche Urkunde iSd § 579 ABGB bilden können und daher weder eine äußerliche noch eine inhaltliche Verbindung zwischen den losen Blättern hergestellt werden muss, selbst wenn dies zu Beweis Zwecken ratsam wäre.<sup>65</sup> Aufgrund der abstrakten Fälschungsgefahr bei mehrblättrigen fremdhändigen Verfügungen formulierte der OGH jedoch das Erfordernis einer äußeren bzw inneren Urkundeneinheit. Wenngleich schon fraglich erscheint, ob die Urkundeneinheit die abstrakte Fälschungsgefahr überhaupt mindern kann,<sup>66</sup> erwies sich die Anwendung des Erfordernisses der Urkundeneinheit in der Praxis von Beginn an als besonders schwierig und kaum typisierbar. Dabei präzisierte der OGH die Anforderungen für die äußere Urkundeneinheit in seiner Rsp dahingehend,<sup>67</sup> dass die Blätter auf eine Weise miteinander verbunden sein müssen, dass die Verbindung nur durch Zerstörung oder Beschädigung der Urkunde gelöst

<sup>57</sup> OGH 2 Ob 192/17 z EF-Z 2018/111 (Welsler) = EvBl 2019/8 (Rohrer) = iFamZ 2018/180 (Gruber) = ecolex 2018/463 (Schoditsch) = NZ 2018/100.

<sup>58</sup> Zur Anwendung der Rsp zur Urkundeneinheit auch auf fremdhändige Verfügungen nach altem Recht: OGH 2 Ob 188/20 s EF-Z 2021/40.

<sup>59</sup> Vgl dazu Rabl/A. Tschugguel/Welsler, Formunwirksamkeit des Testaments, weil die Zeugen auf einem gesonderten Blatt unterschrieben haben – Ein juristischer Trialog, NZ 2018, 321; Umlauf, Das Spannungsverhältnis zwischen dem favor testamenti und den Formvorschriften für letztwillige Verfügungen im Lichte der jüngsten OGH-Judikatur, EF-Z 2019, 244; Webhofer, Die Zeugenunterschriften auf einer letztwilligen Verfügung. Beratungs- und Sanierungsstrategien nach 2 Ob 192/17 z, Zak 2019, 127; Rabl, Neue Rechtsprechung zur Form einer fremdhändigen letztwilligen Verfügung, die aus mehreren Blättern (Bögen) besteht, NZ 2020, 1; Kronthaler, Ausgewählte Fragen zur Form von fremdhändigen letztwilligen Verfügungen, JBl 2020, 137; A. Tschugguel, Zur Urkundeneinheit des fremdhändigen Testaments. Zugleich eine Besprechung der E 2 Ob 145/19 s und 2 Ob 143/19 x, EF-Z 2020, 71; Schauer, Die Judikatur des OGH zur Formungültigkeit fremdhändiger Testamente – haftungsrechtliche Folgen für das Notariat? NZ 2021, 218.

<sup>60</sup> „Testamente mit Gefahrenpotenzial“, abrufbar unter <https://www.vol.at/testamente-mit-gefahrenpotenzial/1709238> (Stand 22. 7. 2010).

<sup>61</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 9.

<sup>62</sup> A. Tschugguel, Die Testamentszeugen im neuen Erbrecht. Ratio, quo vadebas? in FS Bittner (2018) 711 (717): „ein waghalsiges, wenn nicht gar aussichtsloses Unterfangen“.

<sup>63</sup> Rabl, NZ 2020, 1 (3).

<sup>64</sup> OGH 2 Ob 192/17 z EF-Z 2018/111 (Welsler) = EvBl 2019/8 (Rohrer) = iFamZ 2018/180 (Gruber) = ecolex 2018/463 (Schoditsch) = NZ 2018/100.

<sup>65</sup> Vgl insb Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie II (1812) 457 f (Unterschrift auf jedem Blatt ratsam; verpflichtende Unterschrift auf jedem losen Blatt dagegen Kralik, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts IV: Das Erbrecht<sup>3</sup> [1983] 135); Ehrenzweig, System des österreichischen Privatrechts II/2: Familien- und Erbrecht<sup>2</sup> (1937) 436 (Heftung, Unterschrift auf jedem Blatt oder Aufbewahrung in einem Umschlag nur ratsam); Pfaff/Hofmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche II/3 (1883) 148 f (ausdrücklich gegen eine Vermischung von Beweis- und Formfragen).

<sup>66</sup> Zur Untauglichkeit der äußeren Urkundeneinheit, die Echtheit der Urkunde zu indizieren, vgl Rabl, NZ 2020, 4.

<sup>67</sup> OGH 2 Ob 143/19 x NZ 2020/4 (Welsler) = EvBl 2020/93 (Rohrer/Kietaibl); 2 Ob 145/19 s iFamZ 2020/40 (Mondel) = NZ 2020/5.

werden kann. Eine solche Verbindung könne etwa durch Binden, Kleben oder Nähen hergestellt werden, nicht jedoch durch die Verbindung mit einer einzigen Büroklammer<sup>68</sup> oder durch die Aufbewahrung der losen Blätter in einem Umschlag.<sup>69</sup> In zeitlicher Hinsicht forderte die Rsp, dass die Blätter bereits bei Unterschriftsleistung durch den Erblasser und die Zeugen auf diese Weise fest verbunden sind oder jedenfalls während des Testiervorgangs so verbunden werden. In diesem Sinne mangelt es an einer äußeren Urkundeneinheit, wenn der Notar das aus zwei losen Blättern bestehende fremdhändige Testament vom Errichtungsort in das Notariat bringt, um sie dort verbinden zu lassen und das Testament zu verwahren.<sup>70</sup> Mit jeder weiteren Präzisierung durch die Rsp wurden jedoch neue Fragen aufgeworfen: so etwa, ob eine Heftklammer als Verbindung genügt,<sup>71</sup> oder ob es für die äußere Urkundeneinheit ausreicht, wenn geheftet und nach Unterschriftsleistung über der Heftklammer eine Klebeetikette angebracht wird.<sup>72</sup> Mit der Bejahung der äußeren Urkundeneinheit in diesem letzten Fall war der Weg für die E 2 Ob 4/21 h<sup>73</sup> geebnet, worin hinsichtlich des Zeitpunkts der Verbindung „präzisiert“ wurde, dass die äußere Urkundeneinheit auch im „unmittelbaren Anschluss“ an die Leistung der Unterschriften erfolgen könne, weil auch in diesem Fall von einem einheitlichen Testiervorgang auszugehen sei, der erst mit der Herstellung beendet sei, wobei der Erblasser nicht mehr zugegen sein müsse. Werde die rechtzeitige Herstellung der Verbindung zwischen den Blättern bestritten, so trage jene Partei die Beweislast, die diesen Formmangel behauptet.<sup>74</sup> Diese Entscheidung leitete somit eine gewisse Erleichterung der Anforderungen an das Vorliegen der äußeren Urkundeneinheit ein. Zuletzt wurde die äußere Urkundeneinheit selbst bei Anbringung von drei Heftklammern als gegeben angesehen, sodass auch hinsichtlich der Art der Verbindung eine Abmilderung der Voraussetzungen erfolgt ist.<sup>75</sup>

Bezüglich der Herstellung der inneren Urkundeneinheit nahm der OGH eine Präzisierung in der E 2 Ob 143/19 x (Pkt 6) vor und verlangte neben der Fortsetzung des Textes auf dem nächsten Blatt auch einen vom Testator unterfertigten Vermerk auf dem zusätzlichen Blatt mit Bezugnahme auf seine letztwillige Verfügung. Diese Be-

zugnahme müsse inhaltlicher Natur<sup>76</sup> und damit so sein, dass sie einer tatsächlichen Verbindung der Blätter nahekomme. Wann diese Voraussetzungen vorliegen, kann nur im Einzelfall beantwortet werden. Abgelehnt wurde eine solche inhaltliche Urkundeneinheit jedenfalls bei Anbringung eines Datums auf jedem Blatt,<sup>77</sup> bei fortlaufender Seitennummerierung in der Fußzeile<sup>78</sup> sowie zuletzt auch bei bloßer Fortsetzung des Textes auf dem nächsten Blatt ohne weiteren, vom Testator unterfertigten Vermerk.<sup>79</sup> Die Anforderungen sind damit so streng, dass sie in der Praxis regelmäßig nicht erfüllt oder möglicherweise praktisch überhaupt nicht erfüllbar sind.

Damit ist zwar anzuerkennen, dass der OGH hinsichtlich der äußeren Urkundeneinheit zuletzt einen Weg eingeschlagen hat, der die Anforderungen zugunsten der Gültigkeit der mehrblättrigen fremdhändigen Verfügungen abgemildert hat. Indes sind die Herausforderungen für die Praxis, gerade auch für ältere Testamente, dadurch nicht beseitigt. Die bereits im 19. Jh geäußerte Kritik, dass mit der Konstruktion der Urkundeneinheit als Gültigkeitsvoraussetzung eine Beweisfrage in ein Formerfordernis umgewandelt werde, für das es in § 579 ABGB keine gesetzliche Grundlage gibt, bleibt daher aufrecht.<sup>80</sup> Die abstrakte Fälschungsgefahr, die grundsätzlich bei jeder Testierform und selbst bei Urkundeneinheit besteht,<sup>81</sup> ist für sich genommen kein hinreichender Grund, um eine letztwillige Verfügung zu Fall zu bringen. Es wäre daher ratsam, die Urkundeneinheit als Formerfordernis wieder aufzugeben und die Frage der Fälschung den Beweisregeln zu überlassen.<sup>82</sup> Denn im Ergebnis sollte es für die Nichtigerklärung einer (nicht wiederholbaren) letztwilligen Verfügung ausschließlich darauf ankommen, ob im konkreten Fall eine (zu beweisende) Fälschung vorliegt und nicht darauf, ob eine Fälschung abstrakt vorliegen könnte, denn eine Fälschung kann grundsätzlich immer vorliegen.

## b) Testamentszeugen

In mehreren Entscheidungen musste sich der OGH mit der Frage auseinandersetzen, ob fremdhändige letztwillige Verfügungen formgültig bezeugt wurden. Dabei ging es einerseits um die Anforderungen an die Gültigkeit des Zeugenzusatzes<sup>83</sup> und andererseits um die für die erforderliche Identifizierbarkeit der Zeugen notwen-

<sup>68</sup> OGH 2 Ob 192/17 z EF-Z 2018/111 (Welser).

<sup>69</sup> OGH 2 Ob 143/19 x NZ 2020/4 (Welser).

<sup>70</sup> OGH 2 Ob 218/19 a NZ 2020/31 (Rabl) = EF-Z 2020/56 (A. Tschugguel) = iFamZ 2020/104 (Schweda).

<sup>71</sup> Abl OGH 2 Ob 51/20 v NZ 2020/98 = Zak 2020/461; 2 Ob 143/20 y NZ 2020/144 = iFamZ 2021/34; 2 Ob 77/20 t NZ 2021/24 = Zak 2021/16 = EF-Z 2021/42.

<sup>72</sup> Bejaht von OGH 2 Ob 141/20 d NZ 2021/25 = Zak 2021/86 = EF-Z 2021/41.

<sup>73</sup> OGH 2 Ob 4/21 h EF-Z 2021/77 (A. Tschugguel) = iFamZ 2021/226 (Schweda).

<sup>74</sup> So bereits OGH 2 Ob 143/19 x NZ 2020/4 (Welser).

<sup>75</sup> OGH 16. 3. 2022, 2 Ob 25/22 y.

<sup>76</sup> OGH 2 Ob 77/20 t Rz 23 verlangt etwa einen inhaltlichen Bezug auf die einzelnen Verfügungen.

<sup>77</sup> OGH 2 Ob 143/19 x NZ 2020/4 (Welser) = EvBl 2020/93 (Rohrer/Kietaibl).

<sup>78</sup> OGH 2 Ob 51/20 v NZ 2020/98 = Zak 2020/461.

<sup>79</sup> OGH 26. 4. 2022, 2 Ob 29/22 m.

<sup>80</sup> Pfaff/Hofmann, Kommentar II/3, 148 f.

<sup>81</sup> Rabl, NZ 2020, 1 (3).

<sup>82</sup> Vgl bereits Pfaff/Hofmann, Kommentar II/3, 149.

<sup>83</sup> OGH 2 Ob 35/20 s NZ 2020/72 (Welser) = EF-Z 2020/94 (Sieber) = iFamZ 2020/144; 2 Ob 12/20 h = NZ 2020/99 (Sieber) = JEV 2020/16 (Cach).

digen Angaben.<sup>84</sup> Der durch das ErbRÄG 2015 eingeführte übersteigerte Formalismus<sup>85</sup> der Bezeugung fremdhändiger Testamente, dessen Zweck es ist, die Fälschungsgefahr zu verringern,<sup>86</sup> führt in der Praxis zu offenkundig unbefriedigenden Ergebnissen, weshalb der OGH mit Fragen konfrontiert wurde, deren Beantwortung sich eigentlich eindeutig aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt. In den Ausgangsfällen war in den fremdhändigen letztwilligen Verfügungen der Zeugenzusatz nicht durchwegs handschriftlich, sondern teils oder ganz maschinenschriftlich beigefügt worden. Nachdem § 579 Abs 2 ABGB ausdrücklich verlangt, dass der Zeugenzusatz handschriftlich durch den Zeugen selbst hinzuzufügen ist, gab es nach Ansicht des OGH in dieser Frage trotz eines offenkundig unbefriedigenden Ergebnisses keinen Spielraum für eine abweichende Auslegung. Eine teleologische Reduktion,<sup>87</sup> wie sie in der Lehre vorgeschlagen wurde,<sup>88</sup> erachtete der OGH angesichts der klaren gesetzgeberischen Absicht als nicht statthaft.<sup>89</sup> Dem ist zuzustimmen, wenngleich es – wie der OGH ausdrücklich anmerkt – unbefriedigend erscheinen mag, wenn dadurch der unzweifelhaft authentische Wille des Erblassers gänzlich verloren geht. Eine weniger rigide, an den Formzwecken orientierte Auslegung würde zu einer unberechenbaren Relativierung der Formvorschriften führen, für die es *de lege lata* keine Grundlage gibt.<sup>90</sup> Insofern muss man auch ausschließen, dass die Geltendmachung eines solchen Formmangels, der sich zwingend aus dem Wortlaut des § 579 ABGB ergibt, zulasten jener, die sich darauf berufen, einen Rechtsmissbrauch darstellen könnte.<sup>91</sup>

§ 579 Abs 2 ABGB sieht neben dem handschriftlichen Zeugenzusatz auch vor, dass aus der Urkunde die Identität der Zeugen hervorgehen muss. Fraglich ist diesbe-

züglich, welche Angaben in der Urkunde enthalten sein müssen, um die Identifizierbarkeit der Zeugen sicherzustellen. Die Mat verlangen, dass aus der Urkunde der Vor- und Familienname, das Geburtsdatum oder die (Berufs-)Adresse hervorgehen.<sup>92</sup> In den Anlassfällen war in einem Fall ausschließlich der Name der Zeugen vorgedruckt und im anderen Fall wurden die Zeugen mit Namen, Beruf und Berufsadresse (aber ohne Geburtsdatum) ausgewiesen. Fraglich war nun, ob die in den Mat erwähnten Angaben für die Formgültigkeit des Testaments erforderlich sind. In der Lehre hat sich mehrheitlich die Ansicht durchgesetzt, dass es für die Formgültigkeit des Testaments auf die einzelnen in den Mat angeführten Personendaten nicht ankommen soll, solange mit hinreichender Sicherheit die Identität der Zeugen aus der Urkunde selbst abgeleitet werden kann.<sup>93</sup> Eine restriktive Auslegung der Identifizierbarkeit liege schon deshalb nahe, weil nicht einmal für den Erblasser die Angabe der in den Mat für die Zeugen erwähnten Personendaten gefordert werde und beim Erblasser die Identifizierbarkeit hinreichend durch die Unterschrift und den eigenhändig geschriebenen Bekräftigungszusatz gewährleistet sei.<sup>94</sup> Die Identität der Zeugen lasse sich ebenfalls in aller Regel bereits aus der eigenhändigen Unterschrift und dem Abgleich mit dem Zeugenzusatz ermitteln, sodass weitere Angaben für die Formgültigkeit nicht gefordert werden könnten.<sup>95</sup> Dieser Ansicht schloss sich der OGH an, der einerseits festhält, dass die Mat für das Gericht nicht bindend sind und auch keine authentische Interpretation darstellen,<sup>96</sup> und andererseits unterstreicht, dass die Frage, wann die Identität der Zeugen aus der Urkunde hervorgeht, sich nicht aus dem Gesetz, sondern aus den konkreten Umständen des Einzelfalls ergibt.<sup>97</sup> In einem Fall, in dem nur Vor- und Nachname der Zeugen in der Urkunde angegeben waren, präziserte der OGH seine Ansicht dahingehend, dass sogar allein die lesbare Unterschrift bzw die unleserliche Unterschrift gemeinsam mit dem leserlichen Namen des Zeugen ausreichen, um dessen Identifizierbarkeit sicherzustellen.<sup>98</sup> Die restriktive Auslegung der entsprechenden Anforderung in § 579 Abs 2 ABGB führt somit dazu, dass ein Testament selbst dann formgültig ist, wenn es die bloße Zeugenunterschrift samt handschriftlichem Zeugenzusatz ohne

<sup>84</sup> OGH 2 Ob 86/21 t iFamZ 2021/273 (Schweda) = AnwBl 2021/229 (Bahar) = NZ 2021/114 = EF-Z 2021/93 = JEV 2021/17; 2 Ob 139/20k NZ 2021/175; 2 Ob 2/22s NZ 2022/80.

<sup>85</sup> A. Tschugguel, Die Testamentszeugen im neuen Erbrecht – Ratio, quo vadebas? in FS Bittner (2018) 711 (711 ff).

<sup>86</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 9.

<sup>87</sup> Eine teleologische Reduktion käme nur dann in Frage, wenn man den Formvorschriften des § 579 ABGB unterstellen wollte, sie zielten ausschließlich auf die Sicherung des wahren letzten Willens ab. Allerdings ergibt sich bereits ausdrücklich aus den Mat, dass der Formzwang besonders der Stärkung der Fälschungssicherheit („um Missbrauch zu verhindern“) diene: ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 9.

<sup>88</sup> Welser in Rabl/A. Tschugguel/Welser, Formunwirksamkeit des Testaments, weil Zeugen auf einem gesonderten Blatt unterschrieben haben – Ein juristischer Trialog, NZ 2018, 321 (326): „Formvorschriften können meines Erachtens großzügiger ausgelegt werden, wenn sie aufgrund von typischen Umständen zur Erfüllung der Formzwecke nichts oder fast nichts beitragen.“

<sup>89</sup> OGH 2 Ob 12/20h NZ 2020/99 (Sieber) = JEV 2020/16 (Cach).

<sup>90</sup> Vgl dazu, auch mit rechtsvergleichenden Hinweisen: Christandl/Dobler, Das formungültige Testament, JBl 2019, 409 (415 f).

<sup>91</sup> OGH 2 Ob 12/20h Pkt 2. Vorsichtig anders Welser, Der Erbrechts-Kommentar §§ 531–824 ABGB (2019) § 579 Rz 10.

<sup>92</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 10.

<sup>93</sup> A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang<sup>3</sup> §§ 552–646 ABGB (2017) § 579 Rz 25; Eccher/Nemeth in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB IV<sup>5</sup> (2018) § 579 Rz 6; Welser, Erbrechts-Kommentar § 579 ABGB Rz 11 f; Apathy/Neumayr in KBB, ABGB<sup>6</sup> § 579 Rz 3; Kogler, Formvorschriften im neuen Erbrecht (2016) 8.

<sup>94</sup> A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 579 Rz 25.

<sup>95</sup> A. Tschugguel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 579 Rz 25.

<sup>96</sup> OGH 2 Ob 86/21 t Rz 18.

<sup>97</sup> OGH 2 Ob 86/21 t Rz 19.

<sup>98</sup> OGH 2 Ob 139/20k Rz 20.

weitere Personenangaben enthält. Nach Ansicht des OGH ist der Zeuge nämlich aufgrund dieser handschriftlichen Angaben identifizierbar, und nur wenn dessen Identität strittig ist, hat der Erbensprecher den Beweis der Identität durch einen Schriftvergleich zu führen.<sup>99</sup> Im Ergebnis zeigt sich somit, dass im Interesse der Verwirklichung des letzten Willens eine mit dem Wortlaut des § 579 Abs 2 ABGB im Einklang stehende geltungserhaltende (*favor testamenti*) Gesetzesauslegung gefunden werden konnte.

## 2. Materielle Fragen

### a) Motivirrtum

Der Irrtum über den einzigen Beweggrund einer letztwilligen Verfügung führt nach der ganz hA im alten Recht auch dann zur Aufhebung des letzten Willens, wenn der irriige Beweggrund nicht aus der Urkunde hervorgeht. Der im Gesetzestext des § 572 ABGB aF enthaltene Hinweis auf den „angegebene[n] Beweggrund“ wurde in der Vergangenheit von der stRsp und hL so ausgelegt, dass damit keine Angabe in der letztwilligen Verfügung gefordert war.<sup>100</sup> Nachdem der Wortlaut der Bestimmung im Zuge des ErbRÄG 2015 scheinbar nur sprachlich modernisiert wurde, ging der OGH in seiner E 2 Ob 41/19x davon aus, dass sich an dieser Auslegung trotz ausdrücklich anderslautender Hinweise in den Mat nichts geändert habe. Im Anlassfall hatte die Erblasserin die Alleinerbeneinsetzung zugunsten ihres Ehemanns widerrufen und aufgrund der Vermutung einer außerehelichen Beziehung desselben mit einer Nachbarin ein neues Testament errichtet, in dem sie ihre Nichte zur Alleinerbin einsetzte. Sie wollte auf diese Weise vermeiden, dass die Nachbarin in den Genuss ihres Vermögens komme. Nach ihrem Tod stellte sich heraus, dass die Beziehung mit der Nachbarin rein freundschaftlich und nicht so intensiv war, dass er sie zur Erbin bestimmen wollte. Aus der letztwilligen Verfügung zugunsten der Nichte gingen die Beweggründe der Erblasserin aber nicht hervor. Da dieser Erbfall noch dem alten Recht unterlag, gab es eigentlich keinen Anlass, die neue Rechtslage dazu zu prüfen. Allerdings hatte das Rekursgericht aufgrund des im Wesentlichen unveränderten Wortlauts in § 572 ABGB nF die Mat zum ErbRÄG 2015 zur Auslegung des § 572 ABGB aF herangezogen. Aus diesem Grund wollte der OGH auch zur Frage Stellung nehmen, ob nach neuem Recht die Angabe des irrigen Beweggrundes Voraussetzung für die

Anfechtung gem § 572 ABGB ist.<sup>101</sup> Als unverständlich bezeichnete der OGH den Hinweis in den Mat, dass aufgrund der Ergebnisse im Begutachtungsverfahren „der Beweggrund in der Verfügung ‚angegeben‘ sein muss, um beachtlich zu sein (anders OGH 10 Ob 2/06 a)“.<sup>102</sup> Indes wird dieser Hinweis leicht verständlich, wenn man die Genese des § 572 ABGB nF berücksichtigt, denn im ME war das Attribut „angegeben“ gestrichen worden, um klar zum Ausdruck zu bringen, dass im Einklang mit der hL und Rsp die Angabe des Beweggrundes in der letztwilligen Verfügung nicht erforderlich ist.<sup>103</sup> Aufgrund der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens<sup>104</sup> wollte man aber nun das Gegenteil anordnen, sodass das Attribut „angegeben“ wieder aufgenommen wurde. Damit war also die Bestimmung nicht nur sprachlich angepasst worden, sondern wurde – wie die Mat dies klar zum Ausdruck bringen – auch inhaltlich geändert, indem die Angabe des irrigen Beweggrundes in der Verfügung selbst zur Voraussetzung für die Anfechtung wegen Motivirrtums erhoben wurde.<sup>105</sup> Dagegen geht der OGH in seiner Entscheidung davon aus, dass § 572 ABGB lediglich sprachlich modernisiert wurde, sodass er mit einem Teil der Lehre<sup>106</sup> für ein Festhalten an der hergebrachten Auslegung eintritt und hierfür auf die Unverbindlichkeit der Mat bei der Gesetzesauslegung verweist.

Angesichts der Entstehungsgeschichte des § 572 ABGB nF ist indes fraglich, ob an dieser Auslegung, die in der vorliegenden Entscheidung als *obiter dictum* ergangen

<sup>101</sup> OGH 2 Ob 41/19x EF-Z 2020/16 (*Welser*); dieser Entscheidung folgend: OGH 2 Ob 180/19p JEV 2020/17 (*Cach/Weibel*); RIS-Justiz RS0132880.

<sup>102</sup> Widersprüchlichkeit der Ausführungen in den Mat aufgrund des gleichgebliebenen Wortlauts hatten bereits *Aigner*, NZ 2018, 121 (126 f) und *Fischer-Czermak*, EF-Z 2017, 64 (65) bemängelt.

<sup>103</sup> Erläut 100/ME 25. GP 8: „Diese Bestimmung regelt die Beachtlichkeit des Motivirrtums. Inhaltlich soll klargestellt werden, dass der Beweggrund nicht in der Verfügung ‚angegeben‘ sein muss, um beachtlich zu sein (s OGH 10 Ob 2/06 a).“ Nicht berechtigt ist daher die Kritik, den Verfassern des ME sei nicht bekannt gewesen, dass die Judikatur ohnehin auf die Angabe des Motivs in der Verfügung verzichtete. Vgl jedoch *Graf*, NZ 2022, 5 (FN 28). Ganz im Gegenteil war es die offenkundige Absicht des ME gewesen, in diesem Punkt den Gesetzestext an die ständige Rsp des OGH anzupassen und daher das „angegeben“ zu streichen.

<sup>104</sup> Vgl insb die Sachargumente in der Stellungnahme von *Christandl/Nemeth*, 40/SN-100/ME 7 f.

<sup>105</sup> Vgl auch *Eccher/Umlauf*, *Erbrecht*<sup>7</sup> Rz 4/26 (FN 33).

<sup>106</sup> *Fischer-Czermak*, EF-Z 2017, 64 (64); *Fischer-Czermak/Pierer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB<sup>3</sup> §§ 570–572 Rz 36; *Aigner* NZ 2018, 121 (125 ff); *Welser*, *Erbrechts-Kommentar* § 572 Rz 6; *Knechtel* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 572 Rz 2. AA *Apathy/Neumayr* in *KBB*, ABGB<sup>5</sup> § 572 Rz 4 (in der 6. Aufl aufgegeben); *Eccher*, *Erbrechtsreform* Rz 36; *Eccher/Umlauf*, *Erbrecht*<sup>7</sup> Rz 4/26; *Kerschner* in *FS Eccher* 526; *Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 572 Rz 2; *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, *Erbrecht und Vermögensnachfolge*<sup>2</sup> § 17 Rz 47; *Eccher/Nemeth* in *Schwimm/Kodek*, ABGB<sup>5</sup> § 572 Rz 1.

<sup>99</sup> OGH 2 Ob 139/20k Rz 21.

<sup>100</sup> In der Rsp vgl zB OGH 27. 6. 2006, 10 Ob 2/06 a; 25. 11. 2008, 1 Ob 213/08 t; in der Lehre zu § 572 aF: *Weiß* in *Klang III*<sup>2</sup> (1952) 286; *Kralik*, *Erbrecht*<sup>3</sup> (1983) 106; *Weiß/Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht* 129; *Eccher* in *Schwimm/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 572 Rz 2; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 572 Rz 3; *Apathy* in *KBB*, ABGB<sup>4</sup> §§ 570–572 Rz 4; *Welser/Zöchling-Jud*, *Bürgerliches Recht II*<sup>14</sup> Rz 2014; *Fischer-Czermak/Pierer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*<sup>3</sup> §§ 570–572 Rz 21.

ist, festgehalten werden soll, oder ob es nicht ratsam wäre, die Sachargumente<sup>107</sup> abzuwägen, die für eine Angabe (auch bloße Andeutung) des Motivs in der letztwilligen Verfügung sprechen. Die Ermittlung eines Motivs nach dem Tod des Erblassers, das einzig und allein für die Verfügung kausal war, erweist sich nämlich ohne Andeutung im Testament als reine Spekulation und öffnet willkürlichen Eingriffen in den letzten Willen des Erblassers Tür und Tor. Bestes Beispiel ist wohl der Anlassfall selbst. Es erscheint konstruiert, davon auszugehen, dass die Erblasserin die Einsetzung ihres Ehemanns „einzig und allein“ deshalb widerrufen wollte, weil sie befürchtete, die Nachbarin und Freundin ihres Ehemannes würde dadurch zu ihrem Vermögen gelangen. Immerhin hätte der Notar, an den sie sich für den Widerruf und die Errichtung des neuen Testaments zugunsten der Nichte wandte, sie ja darauf hinweisen können, dass sie mittels einer Nacherbschaft zugunsten der Nichte die befürchtete Begünstigung der Freundin ihres Ehemannes vermeiden hätte können. Sie entschied sich aber eben nicht für eine Nacherbschaft, sondern dafür, die Verfügung zugunsten ihres Ehemannes gänzlich zu widerrufen. Darin zeigt sich, dass es sich um eine – im Übrigen sehr plausible – Reaktion der Ehefrau auf die Beziehung ihres Ehemannes mit der Nachbarin handelte und somit zu keinem Zeitpunkt ein Irrtum hinsichtlich zumindest eines ihrer Beweggründe (die unbestrittene „rein freundschaftliche“ Beziehung zur Nachbarin) vorlag. Gerade die hier vor Augen geführte Gefahr der Manipulation des letzten Willens durch *ex post* konstruierte ausschließliche Beweggründe soll durch das Erfordernis der Angabe (oder zumindest Andeutung) des Motivs im Testament vermieden werden.

In diesem Sinne soll gem § 572 ABGB nF der letzte Wille gelten, solange nicht bewiesen ist, dass dieser *einzig und allein* auf einem irrigen Beweggrund beruht. Der Beweis hat im Sinne der Andeutungstheorie jedenfalls seinen Ausgangspunkt in der letztwilligen Verfügung zu finden.<sup>108</sup>

#### b) Letztwillige Verfügung nach Auflösung der Ehe/eingetragene Partnerschaft/ Lebensgemeinschaft

Als ein Spezialfall der Anfechtung wegen Motivirrtums ist § 725 Abs 1 ABGB zu verstehen,<sup>109</sup> der vorsieht, dass eine letztwillige Verfügung mit der Auflösung der Ehe,

eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft aufgehoben ist, wenn sie den früheren Ehegatten/eingetragenen Partner oder Lebensgefährten betrifft. Dadurch soll der typische Erblasserwille verwirklicht werden,<sup>110</sup> wonach in der Regel eine Zuwendung zugunsten eines Ehegatten/eingetragenen Partners oder Lebensgefährten allein aufgrund der familiären Nahebeziehung erfolgt, sodass die Zuwendung bei Beendigung der Familienbeziehung aufgehoben sein soll. Durch Einführung dieser Regel in § 725 Abs 1 ABGB entbindet der Gesetzgeber die Nachberufenen vom (nicht selten beschwerlichen) Beweis der Voraussetzungen für die Anfechtung wegen Motivirrtums (Kausalität, einziger und ausschließlicher Beweggrund) und sieht insb davon ab, dass das Motiv in der letztwilligen Verfügung erwähnt sein muss.<sup>111</sup> Demgegenüber lässt § 725 Abs 1 ABGB aber die Anordnung des Gegenteils durch den Erblasser zu, sodass die Zuwendung trotz Auflösung des Familienverhältnisses aufrechterhalten bleibt. In einer Reihe von Entscheidungen hat sich der OGH nunmehr mit dieser in vielerlei Hinsicht klärungsbedürftigen und höchst praxisrelevanten Bestimmung auseinandergesetzt.

Zunächst ging es um die Frage, welche Anforderungen an die „ausdrückliche Anordnung des Gegenteils“ gestellt werden, insb, ob es genügt, wenn der Erblasser in einer Reihe von mündlichen Erklärungen darauf hinweist, dass er trotz Beendigung der Lebensgemeinschaft an der Zuwendung zugunsten der früheren Lebensgefährtin festhalten möchte. Während ein Teil der Lehre § 725 Abs 1 ABGB so versteht, dass der Beweis des gegenteiligen Willens jedenfalls auch ohne Anordnung des Gegenteils in der Verfügung zulässig ist,<sup>112</sup> verlangt die wohl hA zumindest eine Andeutung des gegenteiligen Willens in der Verfügung selbst.<sup>113</sup> Dieser Ansicht folgt der OGH und führt dazu aus, dass zumindest ein Aufrechterhaltungswille des Erblassers aus dem Wortlaut der Verfügung hervorgehen muss.<sup>114</sup> Mangels Andeutung eines gegenteiligen Willens in der letztwilligen Verfügung erachtete der OGH daher im Anlassfall die Verfügung zugunsten der früheren Lebensgefährtin für aufgehoben. In einem weiteren Fall hatten sich die Ehepart-

<sup>107</sup> Christandl/Nemeth, 40/SN-100/ME 7f; OGH 2 Ob 41/19x JEV 2020, 15 (Kerschner/Felbauer) sowie EvBl 2020/53 (Rohrer/Kietaibl).

<sup>108</sup> Vgl auch OGH 2 Ob 41/19x EvBl 2020/53 (Rohrer/Kietaibl); 2 Ob 41/19x JEV 2020, 15 (Kerschner/Felbauer); krit auch Reich-Rohrwig/Zimmermann, NetV 2020, 54; dem OGH zust dagegen 2 Ob 41/19x EF-Z 2020/16 (Welser); Vaclavek in Ferrari/Likar-Peer (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> (2020) Rz 5.21; Apathy/Neumayr in KBB, ABGB<sup>6</sup> §§ 570–572 Rz 4; Mondel/Knechtel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 572 Rz 2; Graf, NZ 2022, 5 („wohl auch beifallenswert“).

<sup>109</sup> Fischer-Czermak, Letztwillige Begünstigung und Wegfall der Angehörigenstellung, EF-Z 2021, 249 (251).

<sup>110</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 20.

<sup>111</sup> Wie bereits oben unter D.2.a ausgeführt, muss der Beweggrund gem § 572 ABGB nach hA nicht in der letztwilligen Verfügung angegeben (iSv angedeutet) sein.

<sup>112</sup> Fischer-Czermak in Rabl/Zöchling-Jud 27 (32).

<sup>113</sup> Schauer, Familie und Erbrecht, in Deixler-Hübner (Hrsg), Handbuch Familienrecht<sup>2</sup> (2020) 755 (775 f); Eccher, Die österreichische Erbrechtsreform (2017) Rz 89; Apathy/Musger in KBB, ABGB<sup>6</sup> (2020) § 725 Rz 2; Umlauf/Huf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang<sup>3</sup> §§ 647–755 ABGB (2020) § 725 Rz 5; Deixler-Hübner, Testamentarisches Erbrecht des Ehegatten/eingetragenen Partners und Lebensgefährten, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 115 (117); Welser, Erbrechts-Kommentar § 725 Rz 1 f.

<sup>114</sup> OGH 2 Ob 192/18 a NZ 2019/82 (Dukic) = iFamZ 2019/201 (Mondel) = EF-Z 2019/130 (A. Tschugguel) = JBl 2019, 572 Rz 2.4.

ner wechselseitig zu Erben eingesetzt, allerdings war die Ehe später geschieden worden, wobei der Erblasser aufgrund der guten Beziehung zu seiner geschiedenen Ehefrau mehrfach mündlich erklärt hatte, dass er es bei der Zuwendung im Testament belassen möchte. Der OGH bestätigte die bereits in der E 2 Ob 192/18a vertretene Ansicht, dass es für die Anordnung des Gegenteils zumindest einer Andeutung in der letztwilligen Verfügung bedürfe, und entschied somit, dass den mündlichen Aussagen des Erblassers keinerlei Bedeutung zukomme.<sup>115</sup> In beiden Entscheidungen verlangt der OGH mit der hL somit zumindest eine Andeutung des Gegenteils in der letztwilligen Verfügung. Freilich fehlt es in der Praxis fast immer an einer solchen Andeutung, insb dann, wenn das Testament vor dem ErbRÄG 2015 errichtet wurde.<sup>116</sup> Aber selbst bei Errichtung eines Testaments mit Rechtsberatung wird es dem Erblasser regelmäßig schwerfallen, für den Fall der Auflösung der Lebensgemeinschaft/Ehe/eP anzuordnen, ob er die Verfügung auch bei Auflösung aufrechterhalten möchte, weil das in erster Linie davon abhängig ist, ob die Beziehung im Streit oder im Einvernehmen auseinandergeht. Die vom OGH gewählte Auslegung des Erfordernisses des „ausdrücklich angeordneten Gegenteils“ führt daher dazu, dass entsprechende Verfügungen praktisch immer mit der Auflösung der Familienbeziehung als aufgehoben anzusehen sind.<sup>117</sup> Dies ist insb dann unbefriedigend, wenn sich aus den (der Testamentserrichtung nachfolgenden) Aussagen des Erblassers ausdrücklich der gegenteilige Wille ergibt und dieser auch bewiesen werden kann.

§ 725 Abs 1 ABGB sollte daher als Vermutungsregel (iS der Vermutung eines Motivirrtums) gelesen werden,<sup>118</sup> wonach grundsätzlich vermutet wird, dass die Angehörigenstellung einen für die Verfügung kausalen Beweggrund darstellt. Wenn dagegen in der letztwilligen Verfügung ausdrücklich das Gegenteil angeordnet wurde, dann ist der Wille des Erblassers klar, sodass es einer Vermutung nicht bedarf. Fehlt es aber an einer gegenteiligen Anordnung, so ist der letzte Wille unklar und es bleibt bei der Vermutung, es sei denn, die Vermutung kann widerlegt werden. In diesem Fall lässt zwar der OGH in seiner Rsp den Beweis nicht zu, dass gar kein Motivirrtum vorliegt oder dieser nicht kausal war. Für diese Beschränkung gibt es aber keinen Anhaltspunkt im Gesetz und sie lässt sich darüber hinaus auch nicht mit den allgemeinen für gesetzliche Vermutungen geltenden Grundsätzen in Einklang bringen, weil bei einer Vermutung stets der Beweis des Gegenteils zuzulassen ist.<sup>119</sup> Aus diesen Gründen ist

davon auszugehen, dass immer dann, wenn eine ausdrückliche (auch bloß angedeutete) Anordnung des Gegenteils fehlt, der Beweis darüber zugelassen werden sollte, dass der Fortbestand des Angehörigenverhältnisses für die Verfügung nicht kausal war.<sup>120</sup> Dies kann sich auch aus späteren Äußerungen des Erblassers nach Errichtung der letztwilligen Verfügung ergeben. Dieser Ansatz trägt dem Erblasserwillen in angemessener Weise Rechnung und vermeidet unbefriedigende Ergebnisse wie in 2 Ob 43/19s, wo der OGH die Aufhebung gem § 725 Abs 1 ABGB eintreten ließ, obwohl der Erblasser eindeutig seine Absicht zum Ausdruck gebracht hatte, an der formgültig erklärten Willenserklärung festhalten zu wollen. Die Zulässigkeit des Beweises zur Entkräftung der Vermutung in § 725 Abs 1 ABGB bedeutet keine Durchbrechung des Formzwangs, denn der letzte Wille wurde formgültig erklärt. Beseitigt wird durch den Beweis lediglich die im Gesetz für den Fall eines unklaren letzten Willens vorgesehene Vermutung eines Motivirrtums.

Sodann ging es um die Frage, ob die Aufhebung der letztwilligen Verfügung auch dann eintritt, wenn die Verfügung vor Eingehung der fraglichen familiären Nahebeziehung errichtet wurde.<sup>121</sup> Dazu lässt sich in aller Kürze<sup>122</sup> Folgendes festhalten: § 725 Abs 1 ABGB kann nur gelten, wenn die familiäre Nahebeziehung der alleinige und ausschließliche Grund für die Verfügung war. Wenn diese Nahebeziehung aber zum Zeitpunkt der Errichtung noch gar nicht existierte, kann diese für die Verfügung nicht kausal sein.<sup>123</sup> Daraus folgt, dass nur jene Verfügungen der Aufhebung gem § 725 Abs 1 ABGB unterliegen sollten, die zumindest im Hinblick auf eine künftige familiäre Nahebeziehung getroffen wurden. Wer dagegen bspw seine Pflegerin bedenkt und mit dieser erst zu einem späteren Zeitpunkt eine Lebensgemeinschaft eingeht, hat nicht im Hinblick auf die Lebensgemeinschaft, sondern in Ansehung der Pflegedienste verfügt. Daraus folgt, dass in einem solchen Fall die spätere Beendigung des Verhältnisses nicht zur Aufhebung gem § 725 Abs 1 ABGB führen sollte.

Schließlich hat sich der OGH<sup>124</sup> auch mit der Frage auseinandergesetzt, was unter „Lebensgemeinschaft“ für die Zwecke des § 725 Abs 1 ABGB zu verstehen ist und ob an das Vorliegen einer solchen die strengen Anforderungen gestellt werden, wie sie für das außerordentliche Erb-

<sup>115</sup> OGH 2 Ob 43/19s JEV 2019/13 (Zak) = NZ 2019/83.

<sup>116</sup> Vgl zum „rückwirkenden Charakter“: VfGH G 409/2017 iFamZ 2018/112.

<sup>117</sup> Vgl dazu ausf Fischer-Czermak, EF-Z 2021, 249 (256).

<sup>118</sup> Vgl die überzeugende Argumentation von Fischer-Czermak, EF-Z 2021, 249 (253).

<sup>119</sup> Anderenfalls handelt es sich nicht um eine Vermutung, sondern um eine Fiktion, Fischer-Czermak, EF-Z 2021, 249 (252).

<sup>120</sup> Fischer-Czermak, EF-Z 2021, 249 (252 f).

<sup>121</sup> Dazu OGH 2 Ob 76/21x NZ 2021/173 (Welsler) = AnwBl 2021/329 (Bahar). Der Sachverhalt bot für die Entscheidung dieser Rechtsfrage keinen Anlass, weil der Erblasser zum Zeitpunkt der Verfügung bereits in einer Lebensgemeinschaft mit der später geschiedenen Ehefrau war.

<sup>122</sup> Ausf dazu Christandl, Aufhebung letztwilliger Verfügungen bei Auflösung der Ehe/eingetragenen Partnerschaft/Lebensgemeinschaft (§ 725 Abs 1 ABGB) – Zugleich eine Besprechung der E 2 Ob 76/21x, EF-Z 2022, 16 (16 ff).

<sup>123</sup> Fischer-Czermak in Rabl/Zöchling-Jud 27 (32).

<sup>124</sup> OGH 2 Ob 173/21m EF-Z 2022/79 (Hampton) = EvBl 2022/93 (Painsi) = NZ 2022/36 = Zak 2022/82.

recht und das gesetzliche Vermächtnis des Lebensgefährten gelten (§§ 748, 745 Abs 2 ABGB). Dies lehnt der OGH zu Recht ab und stellt für die Feststellung einer Lebensgemeinschaft für die Zwecke des § 725 Abs 1 ABGB lediglich auf die allgemeinen von der Rsp entwickelten Voraussetzungen (Wohngemeinschaft, Wirtschaftsgemeinschaft, Geschlechtsgemeinschaft)<sup>125</sup> ab, wobei diese als Kriterien eines beweglichen Systems zu verstehen sind und insb dem Umstand Rechnung zu tragen ist, ob der Erblasser selbst den Bedachten als „Lebensgefährten“ bezeichnet hat. Diese niederschweligen Anforderungen an den Begriff der Lebensgemeinschaft iSd § 725 Abs 1 ABGB entsprechen dem Normzweck und vermeiden Wertungswidersprüche, die etwa dann entstünden, wenn die Zuwendung zugunsten des bloßen Geliebten nach Beendigung der Affäre aufrechterbliebe, während die Zuwendung an den mit der Erblasserin verbundenen Lebensgefährten nach Beendigung der Lebensgemeinschaft gem § 725 Abs 1 ABGB jedenfalls als aufgehoben anzusehen ist.<sup>126</sup>

### c) Zum Errichtungszeitpunkt unbekannte Kinder

Gem § 775 Abs 2 ABGB soll ein Nachkomme, von dessen Geburt der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung nichts wusste, ebenfalls letztwillig bedacht sein. Waren noch andere Kinder vorhanden, so soll das zum Zeitpunkt der Errichtung unbekanntes Kind jedenfalls so viel erhalten wie das Kind, das am wenigsten erhalten hat. Dabei handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung, die dazu führt, dass das unbekanntes Kind als letztwillig bedacht anzusehen ist. Mit dem Wortlaut nicht vereinbar ist dagegen die Auslegung, dass das unbekanntes Kind leer ausgeht, weil ein bekanntes Kind nicht bedacht oder ausdrücklich von der Erbfolge ausgeschlossen wurde.<sup>127</sup> Der Wortlaut verlangt nämlich, dass das unbekanntes Kind so viel erhält, wie das am *mindesten bedachte* Kind.

In der E 2 Ob 87/19 m<sup>128</sup> ging es im Kern um die Frage, ob § 775 Abs 2 ABGB auch auf den sog Agnationsfall anwendbar ist, dh dann, wenn das Kind nach Errichtung der letztwilligen Verfügung geboren wurde und daher zum Zeitpunkt der Errichtung nicht bekannt sein konnte. Nach einer Meinung soll § 775 Abs 2 ABGB nur den Präteritionsfall erfassen und somit nur jene Fälle, in denen das unbekanntes Kind zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung bereits lebte.<sup>129</sup> Demgegenüber will die hA<sup>130</sup> den Agnations-

fall in § 775 Abs 2 ABGB miterfasst sehen, sodass auch später geborene (bzw adoptierte), im Testament nicht bedachte Kinder erfasst sein sollen. Dieser hA schließt sich der OGH in der erwähnten Entscheidung an und hält fest, dass die spätere Geburt eines Kindes die Rechtsfolgen des § 775 Abs 2 ABGB eintreten lässt. An dieser Auffassung, die auch der Auslegung des § 777 f ABGB aF entspricht, ist festzuhalten. Damit kann eine sachlich nicht zu rechtfertigende Differenzierung vermieden werden. Es wäre nämlich sachlich nicht zu rechtfertigen, weshalb ein Kind nur deshalb anders behandelt werden soll, weil es zufällig vor oder nach der Testamentserrichtung geboren ist. Es handelt sich in jedem Fall um eine irrtümliche Übergehung,<sup>131</sup> weil der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung von diesem Kind keine Kenntnis hatte.<sup>132</sup> Im Übrigen kann der Erblasser in beiden Fällen später Kenntnis vom Kind erlangen, ohne dass dies die Anwendbarkeit des § 775 Abs 2 ABGB ausschließt, denn es kommt einzig und allein auf die Unkenntnis zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung an. Spätere Kenntnis schadet nicht.

## E. Pflichtteilsrecht

Das Pflichtteilsrecht stellt ohne Zweifel jenen Teil des Erbrechts dar, der durch das ErbRÄG 2015 am tiefgreifendsten reformiert wurde und der andererseits am häufigsten zu Streitfragen unter den Betroffenen führt. Insofern verwundert es wenig, dass gerade auf diesem konfliktreichen Gebiet des Erbrechts der OGH mit besonders vielen Rechtsfragen befasst wurde. Im Folgenden ist daher lediglich auf eine Auswahl von Fragen zum Pflichtteilsrecht näher einzugehen.

### 1. Pflichtteilsklage

Dem übergangenen oder in seinem Anspruch verkürzten Pflichtteilsberechtigten steht die Pflichtteilsklage zur Durchsetzung des sog Geldpflichtteils zur Verfügung. § 765 Abs 2 ABGB sieht indes einschränkend vor, dass der Pflichtteilsberechtigte den Geldpflichtteil „erst ein

gensnachfolge<sup>2</sup> (2018) § 17 Rz 50; *Musger* in KBB, ABGB<sup>6</sup> § 775 Rz 3; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>5</sup> § 775 Rz 9; *Welser*, Anmerkungen zum ErbRÄG 2015, NZ 2018, 1 (9); *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 775 Rz 14; so auch *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2018) § 775 Rz 3; der hA folgend *Vaclavek* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht<sup>2</sup> Rz 5.23; vgl *Kogler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 775 Rz 19; *Eccher/Umlauf*, Erbrecht<sup>7</sup> Rz 4/30 (auch bezogen auf den Fall der späteren Adoption).

<sup>131</sup> *Romanek*, Ehelichkeitsvermutung bei Nichtigerklärung der Ehe und Erbrecht des nachgeborenen Kindes, *ecolex* 2020, 880 (880f).

<sup>132</sup> Insofern ist die Unkenntnis des Kindes auch im Agnationsfall kausal für die Übergehung. Vgl *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 775 Rz 21; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2018) § 775 Rz 4; *Nademleinsky*, *Havan(n)a* oder *Wien*: Spannende Frage – Anmerkung zu OGH 2 Ob 87/19 m, EF-Z 2021, 46 (46f).

<sup>125</sup> Vgl RIS-Justiz RS0047017.

<sup>126</sup> IdS bereits *Christandl*, EF-Z 2022, 16 (17); zuletzt *Hampton*, Letztwillige Verfügung: Freundschaftliche Beziehung oder doch Lebensgemeinschaft? EF-Z 2022, 181 (183f).

<sup>127</sup> Anders *Musger* in KBB, ABGB<sup>6</sup> § 775 Rz 2.

<sup>128</sup> OGH 2 Ob 87/19 m iFamZ 2020/147 (*Mondel*) = EF-Z 2021/22 (*Nademleinsky*) = NZ 2020/111 = JBl 2020, 841.

<sup>129</sup> *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 112.

<sup>130</sup> *Gruber/Sprohar-Heimlich/Scheuba*, Die letztwillige Verfügung, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermö-



Jahr nach dem Tod des Verstorbenen fordern“ kann. Der OGH hatte sich in der E 2 Ob 49/19y<sup>133</sup> mit der Frage zu befassen, ob durch diese Vorschrift neben der Leistungspflicht auch die gerichtliche Durchsetzbarkeit („Klagbarkeit“<sup>134</sup>) des Pflichtteilsanspruchs aufgeschoben wird. Im Ausgangsverfahren hatte der Pflichtteilsberechtigte seinen Anspruch nämlich bereits vor Ablauf der Jahresfrist gerichtlich geltend gemacht. Nach Ansicht des OGH ist die Frist des § 765 Abs 2 ABGB lediglich als Aufschub der Leistungspflicht des Pflichtteilsschuldners anzusehen, nicht jedoch als Aufschub der Durchsetzbarkeit („Klagsperre“), sodass der Pflichtteil bereits unmittelbar nach dem Tod des Erblassers gerichtlich geltend gemacht werden könne und bei Prozessende vor Ablauf der Jahresfrist eine von § 409 ZPO abweichende Leistungsfrist vorzusehen sei.<sup>135</sup> Diese Auslegung lässt sich mit dem Wortlaut des § 765 Abs 2 ABGB nicht leicht vereinbaren, weil dort das Forderungsrecht des Pflichtteilsberechtigten beschränkt („erst ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen fordern“) und nicht die Leistungspflicht des Pflichtteilsschuldners aufgeschoben wird.<sup>136</sup> Dass auch die Leistungspflicht des Pflichtteilsschuldners aufgeschoben ist, ergibt sich erst aus der Aufschiebung der gerichtlichen Durchsetzbarkeit des Forderungsrechts während des Jahrs nach dem Tod des Erblassers. Dies entspricht im Übrigen dem, was unter der „reinen Stundung“ verstanden wird,<sup>137</sup> die nach den Gesetzesmat § 765 Abs 2 ABGB zugrunde liegt.<sup>138</sup> In der Lit zum neuen Pflichtteilsrecht war daher auch durchwegs die Ansicht vertreten worden, dass aufgrund der in § 765 Abs 2 ABGB angeordneten reinen Stundung die „Klagbarkeit“ auf ein Jahr nach dem Tod des Erblassers aufgeschoben ist.<sup>139</sup> Verein-

zelt war dagegen die Meinung geblieben, dass die Jahresfrist nicht die Durchsetzbarkeit aufschiebt, sondern lediglich den Pflichtteilsschuldner berechtigt, dem klagenden Pflichtteilsberechtigten die Einrede der Stundung aufgrund des Gesetzes entgegenzuhalten.<sup>140</sup> Der OGH folgte dieser Ansicht mit einer auf den Gesetzeszweck abstellenden Begründung.<sup>141</sup> Nach den Mat bestehe der Zweck der Jahresfrist darin, dem Pflichtteilsschuldner Zeit zu geben, um sich einen Überblick zu verschaffen, die Verlassenschaft zu sichten und sich die Mittel für die Erfüllung zu verschaffen. Auch die Höhe des Pflichtteils sei in dieser frühen Phase noch nicht feststellbar, sondern müsse erst durch Schätzungen und manchmal schwierige Berechnungen ermittelt werden, weshalb die Entrichtung des Geldpflichtteils zu diesem frühen Zeitpunkt unrealistisch sei.<sup>142</sup> Nach Ansicht des OGH stehe diesem Ziel die sofortige Klagbarkeit des Pflichtteilsanspruchs nicht entgegen, weil die Klärung und Sichtung auch gleichzeitig mit einem parallel laufenden Prozess über den Pflichtteilsanspruch erfolgen könne, in dem diese Fragen ohnehin als Vorfragen zu prüfen seien. Darüber hinaus ergebe sich aus dem Gesetzeszweck auch nicht, dass dem Pflichtteilsschuldner neben dem Jahr auch noch die für den Pflichtteilsprozess erforderliche Zeit zur Leistung zur Verfügung stehen solle.<sup>143</sup> Dieses Ergebnis, das in der Lit erstaunlich wenig Echo hervorgerufen hat,<sup>144</sup> ist problematisch, denn es lässt unberücksichtigt, dass die Höhe des Pflichtteilsanspruchs bis zum Abschluss des Verlassenschaftsverfahrens schlicht unbestimmbar ist. Da Erbgangsschulden bei der Ermittlung der Berechnungsgrundlage jedenfalls in Abzug zu bringen sind (§ 779 Abs 1 ABGB), steht frühestens nach Einantwortung die genaue Höhe des Pflichtteilsanspruchs fest.<sup>145</sup>

<sup>133</sup> OGH 2 Ob 49/19y NZ 2019/149 (Dukic) = JBl 2020, 40 (Holzner) = ecolex 2020/2 (Raunigg) = iFamZ 2019/235.

<sup>134</sup> Der verbreitete Begriff „Klagbarkeit“ ist deshalb problematisch, weil es nicht auf die Möglichkeit der Erhebung einer Klage, die stets gegeben ist, sondern auf die (klagsweise) Durchsetzbarkeit des Anspruchs ankommt.

<sup>135</sup> Fucik, Verfahrensrechtliche Änderungen durch das ErbRÄG 2015, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 333 (342); Musger in KBB, ABGB<sup>6</sup> § 766–768 Rz 12.

<sup>136</sup> K. Holzner, Klagbarkeit des Geldpflichtteils vor Ablauf der Jahresfrist – Anmerkung zu OGH 2 Ob 49/19y, JBl 2020, 40 (41); Dukic, Einklagbarkeit des Geldpflichtteils vor Ablauf der Jahresfrist – Anmerkung zu OGH 2 Ob 49/19y, NZ 2019, 426 (427 f).

<sup>137</sup> Zur „reinen Stundung“ vgl RIS-Justiz RS0033283; RS0017597; OGH 7 Ob 578/92 JBl 1993, 456; 4 Ob 215/97 i JBl 1998, 53; P. Bydlinski in KBB, ABGB<sup>6</sup> (2020) § 904 Rz 4; Reischauer in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2014) § 904 Rz 57, 60 f; Kietaihl in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2020) § 904 Rz 24; Kolmasch in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB V<sup>5</sup> (2021) § 904 ABGB Rz 50; Koller in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang<sup>3</sup> §§ 897–916 ABGB (2011) § 904 Rz 63.

<sup>138</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 26.

<sup>139</sup> Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 100; Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (333); Zöchling-Jud, Die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015, in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 71 (79);

Barth, Pflichtteilsrecht neu, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 157 (178); Eccher, Erbrechtsreform Rz 129; Verweijen, Die Erbrechtsreform – Verzinsung und Stundung des Pflichtteils, SWK 2016, 1480 (1480); Geroldinger, „Stichtagsprinzip“ und Fälligkeitskonzept des neuen Pflichtteilsrechts – zwei Danaergeschenke? NZ 2017, 128 (131); Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2018) § 765 Rz 2; im Ergebnis auch Welser, Erbrechts-Kommentar § 765 Rz 7 ff, der auch die Fälligkeit auf ein Jahr nach dem Tod aufschieben möchte.

<sup>140</sup> Fucik in Barth/Pesendorfer 333 (342); diesem folgend Musger in KBB, ABGB<sup>6</sup> § 766–768 Rz 12.

<sup>141</sup> OGH 2 Ob 49/19y NZ 2019/149 (Dukic) = JBl 2020, 40 (K. Holzner) = ecolex 2020/2 (Raunigg); zuletzt OGH 2 Ob 117/21a iFamZ 2022/120 (Mondel) = NZ 2022/50.

<sup>142</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 26.

<sup>143</sup> OGH 2 Ob 49/19y Pkt 5.

<sup>144</sup> Zust Dukic, NZ 2019, 426 (428); Schwarzenegger, Neues zur Rechtsnatur der reinen Stundung in § 765 Abs 2 ABGB – Anmerkung zu OGH 2 Ob 49/19y, EF-Z 2020, 70 (70); Raunigg, Keine einjährige Klagsperre für den Geldpflichtteil – Anmerkung zu OGH 2 Ob 49/19y, ecolex 2020, 19 (19 f); Eccher/Umlauf, Erbrecht<sup>7</sup> 182; dagegen K. Holzner, JBl 2020, 40 (42); Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 765 Rz 16; krit auch Graf, NZ 2022, 2 (10); Reich-Rohrwig, Das Regierungsprogramm zu Zivil-, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ecolex 2020, 256 (257).

<sup>145</sup> Vgl dazu Geroldinger, NZ 2017, 128 (132 f).

Erst ab diesem Zeitpunkt ist es realistisch, dass eine Klage eingebracht wird, denn erst ab diesem Zeitpunkt ist das Leistungsbegehren überhaupt ziffernmäßig bestimmbar. Durch die Erbgangsschulden könnte nämlich die gesamte Verlassenschaft aufgezehrt werden, sodass vor Einantwortung überhaupt nur eine Feststellungsklage eingebracht werden könnte, die sich nach Abschluss des Verlassenschaftsverfahrens erübrigt. Hinzu kommt, dass der Pflichtteilsschuldner vor Ablauf der Jahresfrist nicht leisten muss und somit dem Pflichtteilsberechtigten selbst bei Ablehnung der Leistung vorerst keinen Anlass gibt, seinen Pflichtteil einzuklagen, sodass eine allfällige Klage während der Jahresfrist dazu führen kann, dass die Prozesskosten dem Kläger zur Last fallen (§ 45 ZPO).

Im Ergebnis zeigt sich somit, dass die klagsweise Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs vor Ablauf der Jahresfrist für den Pflichtteilsberechtigten weder ratsam noch vorteilhaft ist,<sup>146</sup> sodass es dabei bleiben sollte, dass der Pflichtteil entsprechend dem Wortlaut des § 765 Abs 2 ABGB erst nach einem Jahr gefordert werden kann. Zu diesem Zeitpunkt steht die genaue Höhe in aller Regel bereits fest und der Pflichtteilsschuldner wird bereits ein Verhalten gezeigt haben, das den Pflichtteilsberechtigten zur Klage veranlasst, sodass auch im Interesse der Rechtspflege Pflichtteilsprozesse auf ein Minimum beschränkt und nur dann eingeleitet werden, wenn eine freiwillige Leistung nicht erfolgt.

Der OGH beharrt in einer jüngeren Entscheidung aber auf seinem Standpunkt, wonach die Pflichtteilsklage bereits ab dem Zeitpunkt des Erbfalls zulässig ist.<sup>147</sup> Dem Zweck der Regelung, dem Schuldner für die Leistung des Pflichtteils genügend Zeit einzuräumen, sei bereits durch die Exekutionssperre entsprochen, sodass es einer „Klagssperre“ nicht bedürfe.<sup>148</sup> Relativiert wird diese Rsp nunmehr aber dadurch, dass nach Ansicht des OGH die Verjährungsfrist der Pflichtteilsklage jedenfalls erst nach einem Jahr zu laufen beginnt, weil „eine Klage vor Ablauf der Jahresfrist im Regelfall (auch) für den Gläubiger unzumutbar“ wäre. Dasselbe soll auch für den Fall der Stundung des Pflichtteils gem § 766f ABGB gelten, sodass erst nach Ablauf der Stundung die Verjährung zu laufen beginnt und ihr Ablauf bis dahin gehemmt ist.<sup>149</sup> Damit ist der Durchsetzbarkeit des Pflichtteils bereits vor Ablauf der Jahresfrist die Spitze genommen. Zwar bleibt es dabei, dass es aus den erwähnten Gründen weiterhin nicht ratsam (mit den Worten des OGH „im Regelfall [. . .]

unzumutbar“) ist, eine Pflichtteilsklage vor Ablauf der Jahresfrist zu erheben. Mit der jüngsten Entscheidung zur Verjährung des Pflichtteilsanspruchs wurde aber sichergestellt, dass das in aller Regel praktisch unvermeidliche Abwarten der Jahresfrist für den Pflichtteilsberechtigten keine verjährungsrechtlich nachteiligen Folgen nach sich zieht.

Somit kann man resümieren, dass die Rsp angesichts dieser letzten Wendung faktisch wieder zu den Grundsätzen der „reinen Stundung“ zurückgekehrt ist, wonach die Verjährung des Anspruchs erst nach Ablauf der Stundungsfrist zu laufen beginnt und bis dahin gehemmt ist. Die verbleibende, aber ohnehin in der Regel unzumutbare Klagemöglichkeit während der Jahresfrist ändert an diesem Befund nichts. Ein absichtliches Verzögern der Leistung durch den Pflichtteilsschuldner ist nicht zu erwarten, denn entsprechende nachhaltige Anreize für eine möglichst rasche (auch vorzeitige) Erfüllung ergeben sich aus der gem § 778 Abs 2 Satz 2 ABGB erwachsenden Zinsschuld.

## 2. „Setzen“ auf den Pflichtteil

Wer in einer letztwilligen Verfügung auf den Pflichtteil verwiesen („gesetzt“) wird, erwirbt gem § 761 Abs 2 ABGB im Zweifel keinen Vermächtnisanspruch in Höhe des Pflichtteils, sondern erhält – anders als nach der Rsp unter dem alten Recht<sup>150</sup> – den gesetzlich vorgesehenen Geldpflichtteil gem § 761 Abs 1 Satz 1 ABGB.<sup>151</sup> Daraus folgt, dass die Vermächtnisnehmer gem § 764 Abs 2 ABGB zur Deckung des Pflichtteils beizutragen haben, sofern dieser nicht bereits anderweitig gedeckt wurde. Der OGH folgt in seiner E 2 Ob 13/21 g<sup>152</sup> der hL,<sup>153</sup> wonach die Setzung auf den Pflichtteil in der letztwilligen Verfügung beschränkenden Charakter hat und daher im Zweifel nicht als Zuwendung iS eines Vermächtnisses zu verstehen ist. Dies hat allerdings zur Folge, dass gem § 764 Abs 2 ABGB nicht nur die Erben, sondern im Innenverhältnis<sup>154</sup> auch die Vermächtnisnehmer anteilig zur Deckung des Pflichtteils beizutragen haben. Der OGH weist darauf hin, dass es zweifelhaft erscheint, ob diese Rechtsfolge dem typischen Erblasserwillen

<sup>146</sup> Krit auch Mondel, Beginn des Laufs der kenntnisabhängigen Verjährungsfrist, iFamZ 2022, 151; krit auch mit Bezug auf verjährungsrechtliche Bestimmungen Hofmann, Wann verjährt der Geldpflichtteil? – Überlegungen zur Entscheidung OGH 25. 11. 2021, 2 Ob 117/21 a, JEV 2022, 4 ff.

<sup>147</sup> OGH 25. 11. 2021, 2 Ob 117/21 a iFamZ 2022/120 (Mondel) = NZ 2022/50. Zust Schwarzenegger, Zur Stundung und Verjährung des Geldpflichtteils, EF-Z 2022, 160 f.

<sup>148</sup> OGH 2 Ob 117/21 a Rz 18.

<sup>149</sup> OGH 2 Ob 117/21 a Rz 21. IdS bereits Schwarzenegger, EF-Z 2020, 70 (71).

<sup>150</sup> Vgl zB OGH 1 Ob 218/29 SZ 11/71; 2 Ob 17/16 p EF-Z 2016/78 (A. Tschugguel) = iFamZ 2016/113 (Mondel).

<sup>151</sup> Dazu Welser, Erbrechts-Kommentar § 761 Rz 7; Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 761 Rz 10.

<sup>152</sup> OGH 2 Ob 13/21 g EF-Z 2021/94 (A. Tschugguel) = NZ 2021/111.

<sup>153</sup> Nemeth in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 761 Rz 3 f; ebenso wohl Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2018) § 761 Rz 3; vgl Rabl, NZ 2015, 321 (330); diesem folgend Musger in KBB, ABGB<sup>6</sup> § 761 Rz 3.

<sup>154</sup> Die Beitragspflicht der Vermächtnisnehmer besteht nicht gegenüber den Pflichtteilsberechtigten, sondern im Innenverhältnis gegenüber dem Erben, der den Pflichtteil schuldet und gegenüber den Vermächtnisnehmern berechtigt ist, anteilige Kürzungen vorzunehmen oder zu viel Geleistetes zurückzufordern. Ehrenzweig, FamuErbR 580; Welser, Erbrechts-Kommentar § 764 Rz 7.

entspreche.<sup>155</sup> Allerdings kann der Gedanke des typischen Erblasserwillens die Verteilung der Pflichtteilslast gem § 764 Abs 2 ABGB nicht überzeugend begründen. Vielmehr sind es objektive Gesichtspunkte, die diese Regel rechtfertigen. § 764 Abs 2 ABGB garantiert einerseits, dass alle letztwillig Bedachten im Verhältnis zu ihrer Zuwendung gleichmäßig zur Deckung des Pflichtteils beitragen, und dient somit der Verwirklichung von Verteilungsgerechtigkeit unter den letztwillig Bedachten, soweit sie nicht aus objektiven (Gesetz: § 764 Abs 2 ABGB) oder subjektiven Gründen (Erblasserwille) von dieser Beitragspflicht befreit sind. Zum anderen stellt der Gesetzgeber mit dieser Regel sicher, dass bei Vermächnissen, welche die Hälfte der Verlassenschaft übersteigen, der Pflichtteil nicht die Erbteile gänzlich aufzehrt, sodass dem Erben stets ein Anreiz verbleibt, die Erbschaft anzutreten. Dem Erblasser steht es allerdings frei anzuordnen, dass nur die Erben die Pflichtteilslast tragen sollen, sodass der in § 764 Abs 2 ABGB verankerte Grundsatz der Verteilungsgerechtigkeit durchbrochen wird. Reichen die Erbteile aber nicht aus, um den Pflichtteil zu decken, so kommt es jedenfalls zu einer Kürzung der Vermächnisse, die der Erblasser nicht verhindern kann (§ 692 ABGB). In der vom OGH entschiedenen Fallkonstellation hatte der Erblasser einen von zwei Söhnen zum Erben eingesetzt und den anderen auf den Pflichtteil gesetzt. Seine Lebensgefährtin bedachte er mit einem Vermächnis. Zur Deckung des Pflichtteils des Sohnes hatten iS der Herstellung der erwähnten Lastenverteilungsgerechtigkeit neben dem Erben auch die Lebensgefährtin im Verhältnis zu ihren Zuwendungen beizutragen.<sup>156</sup> Hätte der Erblasser nur den Erben und nicht auch die Lebensgefährtin mit der Deckung des Pflichtteils belasten wollen, so hätte er dies eigens anordnen müssen.

Auch die Anordnung eines Vermächnisses zugunsten des Pflichtteilsberechtigten in Höhe des Pflichtteils hätte diese Wirkung, weil mit der Erfüllung der Vermächnisse ausschließlich der Erbe belastet ist, es sei denn der Erblasser ordnet ein Untervermächnis an (§§ 649f ABGB). Im Anlassfall hatte der Erblasser angeordnet: „Mein Sohn A erhält den Pflichtteil.“ Dass darin eine Zuwendung iS eines Vermächnisses<sup>157</sup> und kein bloßes (be-

schränkendes) „Auf-den-Pflichtteil-Setzen“ zu verstehen ist, hat der OGH mit dem schlichten Hinweis darauf verneint, dass ein „Setzen auf den Pflichtteil“ „nicht die Verwendung genau dieser oder sonstiger bestimmter Worte“ voraussetze. Dies führt freilich zur Frage, wie dann eine Verfügung formuliert sein sollte, um die Vermutung des § 761 Abs 2 ABGB zu überwinden. Die Wortwahl soll jedenfalls darauf keinen Einfluss haben, was im Ergebnis bedeutet, dass der bloße Hinweis auf den Pflichtteil in der letztwilligen Verfügung die Rechtsfolge des § 761 Abs 2 ABGB auslöst und somit praktisch keine Möglichkeit besteht, die Rechtsfolge des § 761 Abs 2 ABGB zu vermeiden, es sei denn, es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich um eine Vermächtnisanordnung handelt (zB „Pflichtteil in Form eines Vermächnisses“).

Wenn man indes § 761 Abs 2 ABGB richtigerweise als Auslegungsregel<sup>158</sup> versteht, bedeutet dies, dass die Vermutung des § 761 Abs 2 ABGB überhaupt erst dann zur Anwendung gelangt, wenn nach Auslegung der letztwilligen Verfügung gem § 553 ABGB Zweifel über den letzten Willen verbleiben. Im vorliegenden Fall könnte man solche Zweifel bereits im Wege der Auslegung ausräumen. Dass eine Zuwendung gewollt war, scheint nämlich in der Formulierung („soll den Pflichtteil erhalten“) bereits angelegt,<sup>159</sup> womit der letztwilligen Verfügung eine Andeutung iSv § 553 ABGB für eine Vermächtnisanordnung entnommen werden könnte. Damit hätte vermieden werden können, dass das Ergebnis der Anwendung des § 761 Abs 2 ABGB mit dem typischen Erblasserwillen im Widerspruch steht, wie dies der OGH im vorliegenden Fall selbst einräumt.<sup>160</sup>

### 3. Hinzurechnung von Schenkungen

#### a) Abstrakte Pflichtteilsberechtigung zum Schenkungszeitpunkt

Ob eine Schenkung bei der Ausmessung des Pflichtteils der reinen Verlassenschaft rechnerisch hinzuzuschlagen ist, hängt insb davon ab, an wen sie gemacht wurde. Schenkungen an Personen, die nicht dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten gem § 757 ABGB angehören, sind nur dann auf Antrag hinzuzurechnen, wenn der Erblasser sie in den letzten beiden Jahren vor seinem Tod wirklich gemacht hat (§ 782 Abs 1 ABGB). Schenkungen an abstrakt Pflichtteilsberechtigte sind dagegen bei entsprechendem Antrag zeitlich unbegrenzt hinzu- und anzurechnen (§ 783 ABGB). Der OGH hatte sich diesbezüglich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die abstrakte Pflichtteilsberechtigung, auf die es nach § 782f ABGB ankommt, lediglich zum Schenkungszeitpunkt („wirklich gemacht“) oder auch zum Todeszeit-

<sup>155</sup> OGH 2 Ob 13/21 g NZ 2021/111. IdS auch A. *Tschugguel*, Beitragspflicht bei „Setzung auf den Pflichtteil“ – Anmerkung zu OGH 2 Ob 13/21 g, EF-Z 2021, 226 (226). Vgl allerdings *Ehrenzweig*, System II/2<sup>2</sup> 580, der mit demselben Argument zum gegenteiligen gelangt: Dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entspreche es, wenn neben den Erben auch die Vermächtnisnehmer verhältnismäßig beitragen, weil dem Erblasser an den Vermächnissen typischerweise „weniger gelegen“ sei als an der Begünstigung des Erben. Mit Verweis auf *Welser* geht auch der OGH in 1 Ob 627/91 davon aus, dass das Gesetz vermute, „die anteilige Belastung aller Erben und Legatäre“ werde dem „Willen [des Erblassers] am ehesten gerecht“.

<sup>156</sup> OGH 2 Ob 13/21 g EF-Z 2021/94 (A. *Tschugguel*) = NZ 2021/111.

<sup>157</sup> So etwa *Graf*, NZ 2022, 2 (17).

<sup>158</sup> *Neumayr/Webhofer*, Beweislastregeln und Zweifelsregeln im Erbrecht, in FS *Eccher* (2017) 759 (775); *Nemeth* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>5</sup> § 761 Rz 4.

<sup>159</sup> So auch *Graf*, NZ 2022, 2 (17).

<sup>160</sup> OGH 2 Ob 13/21 g NZ 2021/111.

punkt vorliegen muss oder ob es genügt, wenn diese zumindest zu einem der genannten Zeitpunkte vorhanden ist, damit es zur unbefristeten Hinzurechnung gem § 783 ABGB kommt. In der Lit haben sich diesbezüglich unterschiedliche Meinungen herausgebildet. Nach wohl hA muss die abstrakte Pflichtteilsberechtigung sowohl zum Schenkungszeitpunkt als auch zum Todeszeitpunkt vorliegen, damit es zu einer unbefristeten Hinzurechnung kommen kann.<sup>161</sup> Nach anderer Meinung soll es dagegen auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung nur zum Schenkungszeitpunkt ankommen, sodass etwa eine nachfolgende Ehescheidung vom Geschenknehmer der unbefristeten Hinzurechnung nicht entgegensteht.<sup>162</sup> Der OGH<sup>163</sup> schloss sich unter Berufung auf die Kontinuitätsvermutung der hA an und verlangt daher für die unbefristete Hinzurechnung von Schenkungen, dass der Geschenknehmer sowohl zum Schenkungszeitpunkt als auch zum Todeszeitpunkt abstrakt pflichtteilsberechtigt war. Sofern also an die Lebensgefährtin geschenkt wird, die der Erblasser später heiratet, gilt für die Hinzurechnung die Zweijahresfrist, weil die Geschenknehmerin zum Zeitpunkt der Schenkung noch nicht abstrakt pflichtteilsberechtigt war. Auch bei einer späteren Scheidung gilt die Zweijahresfrist, weil der geschiedene Ehegatte zum Todeszeitpunkt nicht mehr abstrakt pflichtteilsberechtigt ist und somit nicht mehr dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten angehört.

Dieser Ansicht ist aus systematischen Gründen zu folgen. Gem § 792 ABGB haftet ein Geschenknehmer, der zum Zeitpunkt der Schenkung nicht zum Kreis der abstrakt Pflichtteilsberechtigten gehörte, nur dann, wenn die Schenkung binnen zwei Jahren vor dem Tod des Erblassers erfolgt ist. § 792 ABGB setzt damit implizit voraus, dass der Geschenknehmer zum Todeszeitpunkt dem Kreis der abstrakt Pflichtteilsberechtigten angehört, weil bei Personen, die nicht einmal zum Todeszeitpunkt dem Kreis der abstrakt Pflichtteilsberechtigten angehören, überhaupt kein Anlass für die Klarstellung des Gesetzgebers in § 792 ABGB besteht. Daraus kann man also den Schluss ziehen, dass eine unbefristete Hinzurechnung immer nur dann in Frage kommt, wenn neben dem ohnehin vorausgesetzten Todeszeitpunkt auch zum Schenkungszeitpunkt eine abstrakte Pflichtteilsberechtigung

vorlag. Fehlt diese dagegen schon beim Schenkungszeitpunkt, kommt eine Haftung des Geschenknehmers nur binnen der Zweijahresfrist gem § 792 ABGB infrage, sodass auch eine Hinzurechnung nur entsprechend zeitlich beschränkt möglich ist (§ 782 ABGB).

#### b) Bewertungszeitpunkt: Vermögensopfer neu

Für den Bewertungszeitpunkt von hinzuzurechnenden Schenkungen stellt § 788 ABGB auf den Zeitpunkt ab, „in dem die Schenkung wirklich gemacht wurde“. Nach den Mat<sup>164</sup> wurde damit die in der Lehre und Rsp entwickelte Vermögensopfertheorie nicht nur für den Beginn des Fristenlaufs im Zusammenhang mit der Hinzurechnung (§ 782 ABGB), sondern auch für den Bewertungszeitpunkt kodifiziert.<sup>165</sup> Zu bewerten ist eine Schenkung somit in dem Zeitpunkt, in dem das Vermögensopfer erbracht wurde, was nach den Mat dann gegeben ist, wenn die zugewendete Sache empfangen wurde („Empfangszeitpunkt“).<sup>166</sup> Im Zusammenhang mit § 782 ABGB wird festgehalten, dass das Vermögensopfer dann als erbracht gilt, wenn „der Schenkungsvertrag ohne Widerrufsvorbehalt oder Möglichkeit des Rückerwerbs des Zuwendenden in Bezug auf die zugewendete Sache erfüllt worden ist“. Durch ein „bloßes Nutzungsrecht“ werde das Vermögensopfer aber „regelmäßig nicht ausgeschlossen“.<sup>167</sup> Demgegenüber stellen die Mat zu § 788 ABGB darauf ab, wann die geschenkte Sache dem Geschenknehmer „tatsächlich zukommt“.<sup>168</sup> Das ist zumindest vage, wenn nicht gar widersprüchlich,<sup>169</sup> weil daraus der Schluss gezogen werden kann, dass dem Vermögensopfer eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde liegt und vorbehalten Nutzungsrechte somit den Eintritt des Vermögensopfers hindern. Somit bleibt aufgrund der Mat unklar, welcher Deutung der Vermögensopfertheorie der Gesetzgeber folgen wollte. Nach der rechtlichen Betrachtungsweise soll das Vermögensopfer erbracht sein, wenn das Recht an der geschenkten

<sup>164</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

<sup>165</sup> Welser, Erbrechts-Kommentar § 788 Rz 4; Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB IV<sup>5</sup> (2018) § 788 Rz 2; Schauer in Barth/Pesendorfer 193 (215); vgl dagegen A. Tschugguel, Schenkungspflichtteil und vorbehalten Nutzungsrechte – Anmerkung zu OGH 2 Ob 96/16f, EF-Z 2017, 181 (183).

<sup>166</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35. Zu Recht krit zu dieser Definition Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek, ABGB IV<sup>5</sup> § 788 FN 4, weil sie auf den Übergabezeitpunkt abstellen könnte.

<sup>167</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

<sup>168</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

<sup>169</sup> Rabl, NZ 2015, 321 (341); Pollan, Schenkungsanrechnung und Pflichtteilsberechtigung, NZ 2018, 81 (85). Krit aufgrund der vagen Bedeutung des Vermögensopfers Müller/Melzer, Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht, in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht Neu 2015 (2015) 73 (93); Rucker, Die Anrechnung im neuen Erbrecht, NZ 2016, 81 (87); Welser, Die Vermögensopfertheorie und ihre Anwendungsfälle, EF-Z 2019, 100 (101); Klampfl, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015 – der „neue“ Rechtsrahmen zur Berücksichtigung stiftungsnaher Transaktionen, JEV 2015, 120 (124).

<sup>161</sup> Vgl zB Schauer, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 193 (219); Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 123; Echer, Erbrechtsreform Rz 173; Müller/Melzer, Erbrechtliche und pflichtteilsrechtliche Konsequenzen der vorweggenommenen Erbfolge, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2018) § 4 Rz 39. Für eine ausf Darstellung des Meinungsstands vgl Umlauf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang<sup>3</sup> §§ 756–796 ABGB (2021) § 783 Rz 7.

<sup>162</sup> Mit ausf Begründung Umlauf in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 783 Rz 8. Vgl auch Apathy, Zur Hinzu- und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016, 805 (807); Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>6</sup> (2019) 625 (nunmehr aber dem OGH folgend: Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht<sup>7</sup> [2022] 644).

<sup>163</sup> OGH 2 Ob 195/19v EF-Z 2021/18 (A. Tschugguel).

Sache unwiderruflich zugunsten des Geschenknehmers aufgegeben wurde und der Beschenkte das Recht unwiderruflich erworben hat.<sup>170</sup> Nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise soll es dagegen auf das „tatsächliche Vermögensopfer“ ankommen.<sup>171</sup> Der Geschenkgeber müsse selbst die Folgen seiner Schenkung getragen haben, um zu vermeiden, dass diese nur zur Verkürzung der Pflichtteilsberechtigten erfolgt.<sup>172</sup> Daraus folgt, dass ungeachtet des rechtlichen Übergangs des Schenkungsgegenstands ein Vorbehalt von umfassenden Nutzungsrechten dem Eintritt des Vermögensopfers im Wege steht. Dem folgte der OGH unter dem alten Recht und ließ bei vorbehaltenem Fruchtgenussrecht (nicht jedoch bei anderen Nutzungsrechten<sup>173</sup>) das Vermögensopfer erst bei Erlöschen dieses Rechts eintreten.<sup>174</sup>

Aufgrund der vom OGH selbst formulierten Kontinuitätsvermutung, die ihre Grundlage in den Mat zum ErbRÄG 2015 findet, hätte man davon ausgehen können, dass die zum alten Recht entwickelte Rsp hinsichtlich des Vermögensopfers auch für das neue Recht beibehal-

ten würde.<sup>175</sup> Dem Gesetzestext selbst oder den Mat sind nämlich keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die auf eine Änderung der Rechtslage hinweisen. Auslegungsbedürftige bzw zweideutige Mat sind nicht auszu-legen, sondern schlicht unbeachtlich.<sup>176</sup> Dessen ungeachtet ist der OGH im Wege einer historischen Interpretation unter Rückgriff auf die Mat zum ME zum Schluss gekommen,<sup>177</sup> dass für die Zwecke der Bewertung des Schenkungsgegenstands gem § 788 ABGB auf den Zeitpunkt abzustellen ist, ab dem die Rechtszuständigkeit unwiderruflich und somit endgültig übergeht. Im Fall einer Schenkung einer Sache gehe es somit um den Eigentumsübergang, sodass die Schenkung einer Liegenschaft als „wirklich gemacht“ anzusehen sei, sobald unter der Voraussetzung der späteren Genehmigung das Grundbuchsgesuch bei Gericht eingelangt ist.<sup>178</sup>

Diese Auslegung des Vermögensopfers wurde von der Lehre gemischt aufgenommen.<sup>179</sup> Die Rechtsfolgen dieser Entscheidung sind jedenfalls schwerwiegend.<sup>180</sup> Nachdem für den Geschenkgeber die wirtschaftlichen Folgen seiner Verfügung durch das vorbehaltene Fruchtgenussrecht nicht spürbar sind (kein „spürbarer Substanzverlust“),<sup>181</sup> stellt eine Schenkung mit vorbehaltenem Fruchtgenussrecht ein hervorragendes Vehikel zur Aushöhlung der Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten dar. Wer seinem Lebensgefährten oder einem Freund die Liegenschaften schenkt und sich zu Lebzeiten das Fruchtgenussrecht vorbehält, wird in der wirtschaftlichen Nutzung zwar nicht eingeschränkt, kann dadurch aber die Zweijahresfrist gem § 782 Abs 1 ABGB auslösen, sodass nach Ablauf dieser Frist die Hinzurechnung der Schenkung nicht mehr verlangt werden kann. Die Mahnung *Kraliks*, der Erblasser müsse die Folgen seiner Schenkung spüren, damit er sie nicht zur Verkürzung der Pflichtteilsansprüche einsetzt,<sup>182</sup> hat an Überzeugungskraft nichts verloren und dennoch sieht die Rsp mit der nun angenommenen rein rechtlichen Betrachtungsweise darüber hinweg. Die Schwächung des Pflichtteilsrechts, die sich durch diese Auslegung des Vermögensopfers ergibt, hat in der bisherigen Diskussion bedauerlicherweise kaum Beachtung gefunden.<sup>183</sup>

<sup>170</sup> Zum alten Recht: *Ehrenzweig*, System II/2<sup>2</sup> 594; *Weiß in Klang III*<sup>2</sup> 914; *Welser in Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB<sup>4</sup> (2014) § 785 Rz 8; *Schauer*, OGH: Schutz der Pflichtteilsberechtigten gegenüber Privatstiftung, JEV 2007, 90 (91 f); *Zollner*, Die neuen Herausforderungen an das Erbrecht: Stiftungsrecht und Pflichtteilsrecht – ein unlösbarer Widerspruch? EF-Z 2008, 4 (5 f); zum neuen Recht: *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 130; *Klampfl*, JEV 2015, 120 (124 ff); *Kletečka*, Pflichtteilsrechtliche Behandlung einer Privatstiftung, EF-Z 2012, 4 (5 ff); *Arnold*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU-ErbVO, GesRZ 2015, 346 (347 f); *Rucker*, NZ 2016, 81 (86); *Umlauf*, Das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2017, 241 (245 f); *A. Tschugguel*, Die typisierend betrachtete Vermögensopferfrage – Anmerkung zu OGH 2 Ob 144/16 i, EF-Z 2017, 41 (41); *Walkerstorfer*, Eintritt des Vermögensopfers bei der Schenkung auf den Todesfall, NZ 2017, 418 (422 f); *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 73; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV<sup>5</sup> § 782 Rz 10; *Kepplinger*, Zur Konturierung der Vermögensopfertheorie durch 2 Ob 119/20 v, NZ 2021, 458 (463 f).

<sup>171</sup> Zum alten Recht: *Kralik*, Erbrecht 304; *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 210 ff; zum neuen Recht: *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 167; *Zollner*, Vermögensopfer bei Schenkung von Liegenschaften – Anmerkung zu OGH 2 Ob 125/15 v, PSR 2015, 187 (188); *Hasch/Wolfgruber*, Potentielle Verschärfung pflichtteilsrechtlicher Auseinandersetzungen durch das ErbRÄG 2015, PSR 2016, 21 (25); *Pollan*, NZ 2018, 81 (84, FN 10); *Hofmann*, Kritische Anmerkungen zum Konstrukt der „typisierenden Betrachtungsweise“ – Eine Besprechung von OGH 30. 1. 2018, 2 Ob 213/17 p, NZ 2018, 204 (206); *Oberhumer in Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), Erbrecht<sup>2</sup> (2020) Rz 15.8.

<sup>172</sup> *Kralik*, Erbrecht 304.

<sup>173</sup> Kein Vermögensopfer bei Wohnungsgebrauchsrechten: OGH 2 Ob 125/15 v SZ 2015/78 = EF-Z 2015/162 (*A. Tschugguel*) = PSR 2015/49 (*Zollner*) = *ecolex* 2015/445 (*Fritzer*) = NZ 2015/151; 2 Ob 144/16 i EF-Z 2017/20 (*A. Tschugguel*) = NZ 2016/148.

<sup>174</sup> OGH 2 Ob 39/14 w NZ 2015/5 (*Battlogg*) = *ecolex* 2015/97 (*Schoditsch*) = *iFamZ* 2015/36 (*Mondel*) = EF-Z 2015/26 (abl *A. Tschugguel*); 2 Ob 185/15 t NZ 2016/60 = *ecolex* 2016/200; bestätigt durch zB 2 Ob 91/16 w NZ 2017/109 = EF-Z 2017/122.

<sup>175</sup> So auch *Zollner*, Neues zur Vermögensopfertheorie, PSR 2021, 124 (128). Dem entgegnet der OGH zuletzt, dass die Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise des Vermögensopfers sich erst nach Formulierung der Mat zum ErbRÄG 2015 gefestigt habe: OGH 22. 2. 2022, 2 Ob 6/22 d Rz 25.

<sup>176</sup> *Rabl*, NZ 2021, 457 (457).

<sup>177</sup> OGH 2 Ob 119/20 v NZ 2021/135 = Zak 2021/493; 2 Ob 111/21 v NZ 2022/7 = Zak 2021/662.

<sup>178</sup> OGH 2 Ob 119/20 v Rz 40.

<sup>179</sup> Zust etwa *Kepplinger*, NZ 2021, 458 (458 ff); *Graf*, NZ 2022, 2 (14 f).

<sup>180</sup> Ausf dazu *Zollner*, PSR 2021, 124 (128 ff).

<sup>181</sup> Vgl dazu eingehend *Zollner*, PSR 2021, 124 (125 f).

<sup>182</sup> *Kralik*, Erbrecht 304.

<sup>183</sup> Vgl aber sehr eindrücklich *Hofmann*, Schenken vorbei am Pflichtteil: Schwenk des OGH im Erbrecht, Die Presse 2021/38, 3; ebenso *Zollner*, PSR 2021, 124 (126, 129).

Hinzu kommt, dass sich aus dem Zusammenfall von Eigentumsübergang und Vermögensopfer für die Zwecke der §§ 782, 788 ABGB eine sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung von Schenkungen unter Lebenden mit vorbehaltenem Fruchtgenussrecht und Schenkungen auf den Todesfall (bei redlichem Geschenkgeber) ergibt.<sup>184</sup> In beiden Fällen kann der Erblasser die Sache bis zu seinem Tod voll nutzen, sodass für ihn aus rein wirtschaftlicher Sicht kein Unterschied zwischen diesen Konstruktionen besteht.<sup>185</sup> Die Schenkung auf den Todesfall kann darüber hinaus mit einem Belastungs- und Veräußerungsverbot versehen sein, sodass der Geschenkgeber im Wesentlichen auch rechtlich so gestellt ist, als hätte er die Sache bereits zu Lebzeiten verschenkt und sich lediglich das Fruchtgenussrecht vorbehalten. Dennoch werden diese zwei Schenkungen nach der neuen Interpretation des Vermögensopfers für die Zwecke des Pflichtteilsrechts gänzlich unterschiedlich behandelt. Bei der Schenkung auf den Todesfall tritt das Vermögensopfer stets erst mit dem Tod ein, denn erst ab diesem Zeitpunkt wird sie wirksam, während es bei der Schenkung unter Lebenden auf den in der Regel unmittelbar nach der Schenkung erfolgenden Rechtsübergang ankommt. Dies hat zur Folge, dass eine Schenkung unter Lebenden mit dem Wert bemessen wird, den sie zum Zeitpunkt des Rechtsübergangs hatte (§ 788 ABGB), und die Zweijahresfrist gem § 782 ABGB ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Dagegen ist die Schenkung auf den Todesfall stets zum Zeitpunkt des Todes zu bewerten und die Zweijahresfrist gem § 782 ABGB kann nicht laufen, sodass sie stets hinzuzurechnen ist. Für diese Differenzierung substanziell gleich gelagerter Sachverhalte fehlt es offenbar an einer sachlichen Rechtfertigung. Die Tatsache, dass bei der Schenkung auf den Todesfall eine Einschränkung auf  $\frac{3}{4}$  des Werts der Verlassenschaft vorgesehen ist (§ 1253 ABGB), kann diesen Wertungswiderspruch ebenso wenig auflösen wie der Umstand, dass die Sache bei der Schenkung auf den Todesfall bis zum Ableben im Haftungsfonds

des Geschenkgebers bleibt.<sup>186</sup> Unter dem Strich bleiben nämlich bei einer Schenkung auf den Todesfall und einer Schenkung zu Lebzeiten mit vorbehaltenem Fruchtgenussrecht keinerlei wirtschaftliche Unterschiede, sodass sie auch für die Zwecke des Pflichtteilsrechts gleichbehandelt werden sollten. Der Umstand, dass bei der Schenkung unter Lebenden nicht einmal der Schutz des freien Viertels gem § 1253 ABGB zugunsten der Pflichtteilsberechtigten besteht, ist ein weiterer Grund dafür, dass auch bei der Schenkung unter Lebenden mit vorbehaltenem Fruchtgenussrecht das Vermögensopfer erst zum Zeitpunkt des Todes und nicht bereits bei Rechtsübergang angenommen werden sollte. Bleibt es dagegen dabei, dass das Vermögensopfer bei der Schenkung unter Lebenden trotz vorbehaltenen Fruchtgenussrechts schon mit Eigentumsübergang erbracht ist, so wird es in der Beratungspraxis kaum noch einen vernünftigen Grund geben, zu einer mit den Unwägbarkeiten des § 1253 ABGB belasteten Schenkung auf den Todesfall zu raten.<sup>187</sup>

Der Fachsen hält in seiner jüngsten Entscheidung zum Vermögensopfer<sup>188</sup> trotz der in Teilen der Lehre geäußerten und hier wiederholten Kritik an seiner Rsp fest und begründet dies im Grunde damit, dass der Gesetzgeber des Jahres 2015 für das Vermögensopfer nicht auf die wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit der Sache, sondern auf den Aspekt der Endgültigkeit der Vermögensverfügung abgestellt habe.<sup>189</sup> In Wahrheit ist aber genau dies aufgrund der Zweideutigkeit der Mat unklar. Dessen ungeachtet ist zur Kenntnis zu nehmen, dass sich der OGH nunmehr eindeutig für die rechtliche Betrachtungsweise entschieden hat und davon offenkundig nicht mehr abgehen möchte. Hinsichtlich des Arguments des Wertungswiderspruchs, der durch die Andersbehandlung der Schenkung auf den Todesfall bei Redlichkeit des Schenkers entsteht, überrascht es besonders, dass der OGH gegen seine eigenen Ausführungen zu dieser Frage<sup>190</sup> argumentiert.

### c) Zurückbehaltene Nutzungsrechte

Hinsichtlich der Zurückbehaltung von Nutzungsrechten durch den Geschenkgeber wurde schließlich noch die Frage aufgeworfen, wie diese bei der Bewertung des Schenkungsgegenstands berücksichtigt werden sollen. Gem § 788 ABGB sind Schenkungen zu dem Zeitpunkt zu bewerten, in dem sie wirklich gemacht wurden. Wenn damit nach der erwähnten Rsp der Zeitpunkt des Rechtsübergangs gemeint ist, dann ist der Wert des Schenkungsgegenstands zu diesem Zeitpunkt fest-

<sup>184</sup> Hügel/Aschauer, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 227 (254 FN 103); Klampfl, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht (2018) 203f.

<sup>185</sup> Vgl idS OGH 2 Ob 125/15 v JBl 2015, 705: „[F]ür den redlichen Geschenkgeber macht es keinen Unterschied, ob er nach Abschluss eines Schenkungsvertrags nicht mehr über die Sache verfügen darf (Schenkungen auf den Todesfall) oder ob er nach dessen sachenrechtlicher Durchführung (bei Liegenschaften also nach der Verbücherung) auch nicht mehr darüber verfügen kann (Schenkungen unter Lebenden). Denn von diesem rechtlichen Können durfte er ohnehin keinen Gebrauch machen. Der auch sachenrechtliche ‚Substanzverlust‘ führt daher für den redlichen Geschenkgeber zu keiner weitergehenden Beeinträchtigung seiner Rechtsstellung gegenüber dem bloß ‚schuldrechtlichen Substanzverlust‘ durch Abschluss des Schenkungsvertrags, der seinerseits in gleicher Weise bei einer Schenkung auf den Todesfall eintritt.“

<sup>186</sup> Anders Umlauf, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 70; ihm folgend Kepplinger, NZ 2021, 458 (466). Krit Zöllner, PSR 2021, 124 (127f). Diesen folgend OGH 22. 2. 2022, 2 Ob 6/22 d Rz 27.

<sup>187</sup> A. Tschugguel, Vermögensopfer 2.0 – Anmerkung zu OGH 2 Ob 119/20 v, EF-Z 2022, 85 (90).

<sup>188</sup> OGH 22. 2. 2022, 2 Ob 6/22 d.

<sup>189</sup> OGH 22. 2. 2022, 2 Ob 6/22 d Rz 28.

<sup>190</sup> Vgl oben FN 180.

zusetzen. Dies bringt es mit sich, dass den Wert schmälernde Nutzungsrechte, die auf dem Schenkungsgegenstand lasten, wertmindernd zu berücksichtigen sind.<sup>191</sup> Diesem aus dem Wortlaut des § 788 ABGB folgenden Grundsatz (Bewertung zum Schenkungszeitpunkt) will der OGH jedoch nicht folgen.<sup>192</sup> Bereits nach altem Recht legte der OGH § 794 ABGB aF berichtigend aus und bewertete für den Zweck der Bemessung des Schenkungspflichtteils Liegenschaften nicht zum Zeitpunkt der Zuwendung, wie dies das Gesetz vorsah, sondern zum Zeitpunkt des Erbfalls, allerdings unter Berücksichtigung des Zustands der Sache zum Zeitpunkt des Empfangs.<sup>193</sup>

Der OGH führt diese Rsp zum alten Recht nun fort, obwohl es dafür weiterhin keine gesetzliche Grundlage gibt.<sup>194</sup> Der Wortlaut des § 788 ABGB ist insofern eindeutig.<sup>195</sup> Er ordnet an, dass „die geschenkte Sache auf den Zeitpunkt zu bewerten [ist], in dem sie wirklich gemacht wurde“. In der jüngeren Entscheidung präzisiert der OGH dazu, dass der „Zweck und die Stellung von § 788 ABGB im System des Pflichtteilsrechts“ für ein eingeschränktes Verständnis dieser Bestimmung sprechen, weshalb der OGH im Wege einer teleologischen Reduktion den Begriff „Wert“ als „Wert der Sache ohne Berücksichtigung von Lasten“ versteht.<sup>196</sup> Es handelt sich insofern zweifelsfrei um eine Auslegung gegen den Wortlaut und damit um Rechtsfortbildung.

Für die Begründung dieser Auslegung sind die Mat wenig aufschlussreich, weil sie für die Beantwortung der Frage, ob Nutzungsrechte bei der Bewertung zum Schenkungszeitpunkt zu berücksichtigen sind, keine belastbaren Anhaltspunkte liefern. Wesentlich überzeugender ist das systematische Argument, das der OGH in seiner jüngeren Entscheidung wiederholt.<sup>197</sup> Demnach soll der Umstand, dass ein Gegenstand aufgrund einer pflichtteilswidrigen Verfügung nicht mehr im Nachlass ist, nicht zu einer Besserstellung des pflichtteilsberechtigten Begünstigten führen.<sup>198</sup> In der Tat käme es zu ei-

nem Wertungswiderspruch, wenn man entsprechend dem Wortlaut des § 788 ABGB Nutzungsrechte zum Schenkungszeitpunkt wertmindernd berücksichtigt, weil der Geschenknehmer damit bessergestellt würde als jemand, dessen Pflichtteil aus dem Nachlass gedeckt wird.<sup>199</sup> Nicht nur erhält er die Sache bereits zu Lebzeiten des Erblassers in sein Eigentum übertragen, sondern er kann sich diese auch zu einem geringeren Betrag anrechnen lassen, als wenn er sie erst zum Todeszeitpunkt erhalten hätte. Ein in sich widerspruchsfreies System der Hinzu- und Anrechnung verlangt daher, dass der Geschenknehmer aufgrund eines vorbehaltenen Nutzungsrechts jedenfalls nicht bessergestellt sein darf als jemand, dessen Pflichtteil aus dem Nachlass gedeckt wird. Insofern ist dem OGH im Ergebnis zuzustimmen, wenn vorbehaltene Nutzungsrechte, die zum Zeitpunkt des Todes erlöschen, bei der Bewertung überhaupt nicht in Anschlag gebracht werden. Dies garantiert eine Gleichstellung von Geschenknehmern und sonstigen letztwillig Begünstigten für die Zwecke der Hinzu- und Anrechnung im Pflichtteilsrecht. Eine nicht zu rechtfertigende Besserstellung des Geschenknehmers im Vergleich zu einem letztwillig Bedachten für die Zwecke der Hinzu- und Anrechnung im Pflichtteilsrecht kann auf diese Weise vermieden werden.<sup>200</sup> Wollte man die auf dem Schenkungsgegenstand lastenden Nutzungsrechte dagegen wertmindernd berücksichtigen, so könnten auf diese Weise die Pflichtteilsansprüche der übrigen Pflichtteilsberechtigten ausgehöhlt werden. Dies muss im Interesse der Wahrung der Pflichtteilsansprüche vermieden werden, sodass mit dem OGH und im Wege einer teleologischen Reduktion des § 788 ABGB davon auszugehen ist, dass auf dem Schenkungsgegenstand vom Erblasser vorbehaltene Nutzungsrechte nicht wertmindernd zu berücksichtigen sind.

In der Lit wurde gegen die Bewertung zum Todeszeitpunkt ins Treffen geführt, dass es unangemessen sei, wenn ein Geschenknehmer, der den Schenkungsgegenstand zu Lebzeiten des Erblassers verkauft und dafür aufgrund der Belastung einen geringeren Kaufpreis erzielt, sich zum Todeszeitpunkt trotzdem den vollen Wert anrechnen lassen muss. Diesem Argument hält der OGH jedoch entgegen, dass der Geschenknehmer stets nur mit der zugewendeten Sache (oder ihrem Surrogat) haftet und bei redlicher Veräußerung der Sache die Haftung auf den erzielten Kaufpreis beschränkt ist (§ 789 Abs 3 ABGB).<sup>201</sup> Dies bedeutet, dass zwar iSd

<sup>191</sup> Vgl bereits Rabl, Die Auswirkungen eines Fruchtgenußvorbehalts auf die Schenkungsanrechnung (Teil II), NZ 1999, 299 (299 ff).

<sup>192</sup> OGH 2 Ob 64/19 d EF-Z 2020/96 (A. Tschugguel) = JBl 2021, 114 (Krist); 2 Ob 124/20 d NZ 2021/83 (Kogler) = EF-Z 2021/79 (Hofmann).

<sup>193</sup> OGH 6 Ob 615/95 MietSlg XLVIII/7; 3 Ob 47/97 a ecolx 1998, 209; 7 Ob 188/01 z EFSlg 96.904. Dazu Müller/Melzer in Deixler-Hübner/Schauer 73 (80).

<sup>194</sup> OGH 2 Ob 64/19 d EF-Z 2020/96 (A. Tschugguel).

<sup>195</sup> Krist, Schenkungshinzu- und -anrechnung: keine Wertminderung des Geschenks durch vorbehaltenes Wohnungsgebrauchsrecht – Anmerkung zu OGH 2 Ob 124/20 d, JBl 2021, 114 (117). Sehr krit zuletzt Kogler, Schenkungsbewertung: Wertminderung durch Einräumung von Nutzungsrechten Dritter? – Anmerkung zu OGH 2 Ob 124/20 d, NZ 2021, 296 (308); Hofmann, Nutzungsrechte und Wert der Schenkung – Anmerkung zu OGH 2 Ob 124/20 d, EF-Z 2021, 185 (188).

<sup>196</sup> OGH 2 Ob 124/20 d Rz 33.

<sup>197</sup> OGH 2 Ob 124/20 d Rz 36.

<sup>198</sup> OGH 2 Ob 64/19 d Pkt 4.3.3.

<sup>199</sup> A. Tschugguel, EF-Z 2017, 181 (183).

<sup>200</sup> Der OGH bringt diesen Gedanken so auf den Punkt (2 Ob 124/20 d Rz 31): „Denn dadurch stünde der Pflichtteilschuldner besser und der die Hinzurechnung begehrende Pflichtteilsberechtigte schlechter, als wenn die pflichtteilswidrige Verfügung unterblieben wäre. Das wäre vom Zweck der Hinzurechnung nicht gedeckt.“

<sup>201</sup> OGH 2 Ob 124/20 d Rz 34; Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB IV<sup>5</sup> (2018) §§ 789–790 Rz 6; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung<sup>2</sup> 224.

§ 788 ABGB der volle Wert hinzu- und anzurechnen ist, der Geschenknehmer aber, der sich auf die Haftungsbeschränkung beruft, nur bis zur Höhe des erzielten Kaufpreises haftet. Diese Haftungsbeschränkung kommt auch dem redlichen pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer zugute, sodass dieser nur mit jenem Teil des erzielten Preises haftet, der seinen eigenen Pflichtteil übersteigt.<sup>202</sup> Übersteigt dagegen der Pflichtteil den erzielten Kaufpreis, so ist der Geschenknehmer von der Haftung gegenüber den übrigen Pflichtteilsberechtigten befreit, hat aber den erzielten Kaufpreis auf seinen Pflichtteil voll anzurechnen.

#### d) Nutzungsrechte zugunsten Dritter

Gänzlich anders zu behandeln ist nach hier vertretener Ansicht indes der Fall der Einräumung von Nutzungsrechten zugunsten (auch pflichtteilsberechtigter) Dritter, denn bei dieser Konstellation besteht die beschriebene Gefahr der Aushöhlung der Pflichtteilsansprüche nicht. Es liegen in diesem Fall nämlich zwei Schenkungen vor, die getrennt voneinander zu beurteilen sind: einerseits die Schenkung der Liegenschaft und andererseits die Einräumung des Nutzungsrechts zugunsten des Dritten. IdS stellt der OGH in seiner jüngsten Entscheidung<sup>203</sup> zutreffend fest, dass das der Witwe des Erblassers vorbehalten Fruchtgenußrecht als Zuwendung iSv § 781 ABGB zu qualifizieren ist.<sup>204</sup> Allerdings zieht er daraus den Schluss, dass auch dieses Fruchtgenußrecht zu Lebzeiten nicht in Abzug zu bringen und lediglich mit dem Wert im Todeszeitpunkt zu berücksichtigen ist.<sup>205</sup>

Die vom OGH gewählte Lösung weicht nun aber in Bezug auf beide Schenkungen von der Bewertungsregel des § 788 ABGB ab, weil weder das Nutzungsrecht des Dritten noch der Wert der Liegenschaft zum Schenkungszeitpunkt bewertet werden. Für diese Abweichung vom Wortlaut können aber im Gegensatz zum Vorbehalt von Nutzungsrechten zugunsten des Geschenkgebers keine systematischen/teleologischen Gründe ins Feld geführt werden.

Der OGH wollte mit seiner Lösung offenkundig eine einheitliche Behandlung von Nutzungsrechten gewährleisten, unabhängig davon, ob der Geschenkgeber sie sich vorbehält oder einem Dritten einräumt. Diese Lösung führt allerdings zu einem problematischen Ergebnis. Die bis zum Tod des Erblassers vom Dritten gezogene Nutzung lastet nun nämlich auf dem Pflichtteil des Beschenkten, weil dieser sich den Wert dieser Nutzung bis zum Tod anrechnen lassen muss, obwohl ihm genau diese Nutzung entzogen war.

Dies soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden. Ein Vater schenkt seinem Sohn eine Liegenschaft im Wert von 200.000 und belastet diese mit einem Fruchtgenußrecht zugunsten seiner Ehegattin im Wert von 50.000. Zum Todeszeitpunkt wird das Fruchtgenußrecht der Witwe mit 30.000 bewertet.<sup>206</sup> Die vom OGH gewählte Lösung führt nun dazu, dass sich der Sohn den Betrag von 170.000 (200.000 - 30.000<sup>207</sup>) anrechnen lassen muss, während die Witwe sich den Restwert des Fruchtgenußrechts iHv 30.000 anzurechnen hat. Der Gegenwert der von der Witwe gezogenen Nutzung bis zum Tod des Erblassers iHv 20.000 ist aufgrund dieser Lösung nun Teil jenes Betrags (170.000), den sich der beschenkte Sohn anrechnen lassen muss. Auf seinem Pflichtteil lastet somit die Nutzung, welche die Witwe bis zum Tod des Erblassers aus der Liegenschaft gezogen hat. Dieses Ergebnis entbehrt einer sachlichen Rechtfertigung.

Im Fall von Nutzungsrechten zugunsten Dritter ist daher anders zu entscheiden und auf den Wortlaut des § 788 ABGB Bedacht zu nehmen. Demnach sind alle unentgeltlichen Zuwendungen iSv § 781 ABGB mit ihrem Wert zum Schenkungszeitpunkt zu bewerten. Daraus folgt für das obige Beispiel, dass sich die Witwe den vollen Wert des Fruchtgenußrechts ab Einräumung iHv 50.000 anrechnen lassen muss, während sich der Sohn lediglich den um das Nutzungsrecht geminderten Schenkungswert iHv 150.000 auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen muss. Hinzuzurechnen ist somit insgesamt der Betrag von 200.000 (= 50.000 + 150.000), der dem Liegenschaftswert zum Schenkungszeitpunkt entspricht. Daraus folgt, dass bei Einräumung eines Nutzungsrechts zugunsten Dritter und wortlautgetreuer Anwendung des § 788 ABGB keine Aushöhlung der Pflichtteilsansprüche zu befürchten ist und daher eine Abweichung vom Wortlaut des § 788 ABGB iS einer teleologischen Reduktion nicht geboten ist.

Wenn sich der Erblasser, wie in dem vom OGH entschiedenen Fall, gemeinsam mit einem Dritten das Nutzungsrecht vorbehält, so ist die vom Dritten bis zum Tod des Erblassers gezogene Nutzung separat zu bewerten und vom Liegenschaftswert zum Schenkungszeitpunkt genauso abzuziehen wie der Restwert des Nutzungsrechts des Dritten zum Todeszeitpunkt.

Aus dieser Betrachtung der Rechteeinräumung zugunsten Dritter als Schenkung iSv § 781 ABGB folgt schließlich auch, dass die Zweijahresfrist gem § 782 Abs 1 ABGB zu berücksichtigen ist. Wurde also dem nicht pflichtteilsberechtigten Dritten mehr als zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers ein Recht eingeräumt, so unterliegt diese Schenkung nicht der Hinzurechnung und ist folglich auch nicht mit dem Restwert hinzuzu-

<sup>202</sup> Parapatits in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB IV<sup>4</sup> (2014) §§ 951–952 Rz 14.

<sup>203</sup> OGH 2 Ob 119/20 v EF-Z 2022/39 (krit A. Tschugguel) = NZ 2021/135 = Zak 2021/493.

<sup>204</sup> OGH 2 Ob 119/20 v Rz 54.

<sup>205</sup> OGH 2 Ob 119/20 v Rz 53.

<sup>206</sup> Der Wert der Liegenschaft bleibt unverändert. Die Anpassung der Werte nach dem Verbraucherpreisindex gem § 788 ABGB kann für dieses Rechenbeispiel entfallen.

<sup>207</sup> Wert der unbelasteten Liegenschaft zum Schenkungszeitpunkt abzüglich des Restwerts des Fruchtgenußrechts.



rechnen. Nach der Rsp des OGH wird die Entstehung des Rechts des Dritten dagegen im Zeitpunkt des Todes fingiert, denn erst ab diesem Zeitpunkt wird es bewertet, sodass anzunehmen ist, dass nach Ansicht des OGH bei Nutzungsrechten Dritter auch die Zweijahresfrist nicht zu laufen beginnt und folglich solche Rechte stets der Hinzurechnung unterliegen. Nach dem Wortlaut des § 782 Abs 1 ABGB kommt es aber für die Zweijahresfrist auf den Eintritt des Vermögensopfers („wirklich gemachte Schenkung“) an. Wenn nach der Rsp des OGH das Vermögensopfer mit dem Übergang der Rechtszuständigkeit erbracht ist, dann muss dies konsequenterweise auch für die Rechteinräumung zugunsten Dritter gelten. Wird also ein Nutzungsrecht an einer Liegenschaft eingeräumt, so entsteht das Recht mit Eintragung im Grundbuch (bzw frühestens mit Einlangen des Gesuchs beim Grundbuchsgericht vorbehaltlich der späteren Einverleibung), sodass die Zweijahresfrist ab diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Der Umstand, dass dem Dritten das Nutzungsrecht mehr als zwei Jahre vor dem Erbfall eingeräumt wurde, schließt nur die Hinzurechnung aus, nicht jedoch die Berücksichtigung dieses Rechts für die Zwecke der Bewertung des mit dem Nutzungsrecht belasteten Schenkungsgegenstands gem § 788 ABGB.

#### e) Fazit: Berücksichtigung von Nutzungsrechten bei der Bewertung gem § 788 ABGB

Im Ergebnis kann also festgehalten werden, dass vom Wert des Schenkungsgegenstands nach Maßgabe von § 788 ABGB nur jene Lasten abzuziehen sind, die andererseits zumindest grundsätzlich als Schenkung gem § 781 ABGB wieder der Bemessungsgrundlage hinzugerechnet werden können. Eine solche grundsätzliche Hinzurechnungsmöglichkeit besteht nur bei der unentgeltlichen Einräumung von Nutzungsrechten zugunsten Dritter, weil diese unter den Schenkungsbegriff gem § 781 ABGB fallen, nicht dagegen bei vorbehaltenen Rechten. Daraus folgt, dass vorbehaltenen Nutzungsrechte bei der Bewertung des Schenkungsgegenstands gem § 788 nicht zu berücksichtigen sind. Dagegen sind Nutzungsrechte zugunsten Dritter ab dem Zeitpunkt der Rechteinräumung getrennt zu bewerten, sodass sie unter den Voraussetzungen der §§ 781 iVm 782f ABGB hinzuzurechnen und jedenfalls bei der Bewertung des durch sie belasteten Schenkungsgegenstands gem § 788 ABGB mindernd zu berücksichtigen sind.

#### 4. Pflichtteilsminderung

Im Vergleich zum früheren § 773 a ABGB aF sieht § 776 ABGB ein erweitertes Recht des Erblassers zur Minderung des Pflichtteils vor. Neben dem Pflichtteil der Nachkommen kann nach neuem Recht auch der Pflichtteil des Ehegatten/eingetragenen Partners gekürzt werden. Darüber hinaus besteht das Recht zur Pflichtteils-minderung nicht nur, wenn es keinen Kontakt gegeben

hat, sondern auch dann, wenn der Erblasser mit dem Pflichtteilsberechtigten „über einen längeren Zeitraum vor dem Tod des Verfügenden nicht in einem Naheverhältnis“ stand, „wie es zwischen solchen Familienangehörigen üblich ist“. Hinsichtlich dieser erweiterten Formulierung lassen die Mat erkennen, dass eine die Minderung rechtfertigende Entfremdung typischerweise dann vorliegt, wenn „seit wenigstens zwei Jahrzehnten kein Kontakt mehr bestanden hat, wie er zwischen solchen Angehörigen üblich ist“.<sup>208</sup> In der Lehre haben sich hinsichtlich dieser Mindestdauer des fehlenden Kontakts unterschiedliche Meinungen herausgebildet, wobei diese von 20 Jahren,<sup>209</sup> mehreren Jahren,<sup>210</sup> unterschiedlichen Zeitvorgaben bei Kindern bzw Ehegatten/eP,<sup>211</sup> bis hin zu einem beweglichen System abhängig von der Intensität der Nahebeziehung<sup>212</sup> reichen.<sup>213</sup>

In einer jüngeren Entscheidung<sup>214</sup> hat sich der OGH zu dieser Frage geäußert und mit Bezug auf das Eltern-Kind-Verhältnis festgehalten, dass 20 Jahre fehlenden Kontakts typischerweise angemessen sind, um eine Entfremdung anzunehmen, die eine Pflichtteils-minderung rechtfertigt. Dafür wurden nicht nur die Mat angeführt, sondern auch der Umstand, dass dieses Verhältnis meist über mehrere Jahrzehnte besteht und die Unterbrechung eines Nahverhältnisses besonders schwerwiegend sein muss, weil sie vom Gesetz mit dem völligen Fehlen eines Naheverhältnisses gleichgestellt wird.<sup>215</sup> Demnach hat der OGH also hinsichtlich des Eltern-Kind-Verhältnisses festgehalten, dass typischerweise ein Fehlen des Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind über einen Zeitraum von 20 Jahren zur Pflichtteils-minderung berechtigt.

Damit bleiben aber einige Fragen offen. In Bezug auf das Eltern-Kind-Verhältnis ist unklar, was gelten soll, wenn das Naheverhältnis insgesamt nicht mehr als 20 Jahre angedauert hat (zB Geburt des Kindes 20 Jahre vor dem Tod des Erblassers). Auch in Bezug auf Ehegatten/eingetragene Partner erweist sich der lange Zeitraum von 20 Jahren wohl als unangemessen, weil damit die durch-

<sup>208</sup> ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 30f. Dies wird an anderer Stelle wiederholt: „Darüber hinaus soll es objektiv auf das Verhältnis zwischen dem Verstorbenen und dem Pflichtteilsberechtigten während des längeren Zeitraums (zumindest zwanzig Jahre) vor dem Tod des Verstorbenen ankommen.“

<sup>209</sup> Zöchling-Jud in Rabl/Zöchling-Jud 71 (87); Kathrein, Das neue Erbrecht – Einige Ziele und Schwerpunkte der Reform, EF-Z 2016, 4 (14); Barth in Barth/Pesendorfer 157 (189); Apathy/Neumayr in KBB, ABGB<sup>6</sup> §§ 539–541 Rz 8.

<sup>210</sup> Rabl, NZ 2015, 321 (330); Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.05</sup> (2018) § 776 Rz 2 FN 6 (zehn Jahre).

<sup>211</sup> Verweijen, Zur Pflichtteils-minderung nach § 776 ABGB nF, EF-Z 2017, 112 (113).

<sup>212</sup> Entleitner, Die Pflichtteils-minderung nach dem ErbRÄG 2015, Zak 2018, 104 (104); Zankl, Erbrecht<sup>9</sup> (2019) 159.

<sup>213</sup> Im Überblick vgl Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 776 Rz 17.

<sup>214</sup> OGH 14. 12. 2021, 2 Ob 83/21 a.

<sup>215</sup> OGH 2 Ob 83/21 a Rz 31.

schnittliche Dauer einer Ehe in Österreich um das Doppelte überschritten wird.<sup>216</sup> Mit *Kogler*<sup>217</sup> wird man für diese Fälle fordern können, dass stets für mehr als die Hälfte des möglichen Kontaktzeitraums ein typisches Naheverhältnis fehlte. Hat eine insgesamt 15 Jahre andauernde Ehe für zehn Jahre bis zum Tod des Erblassers als reine Papierehe fortbestanden, so werden die Voraussetzungen für eine Pflichtteils minderung gegeben sein. Dies muss freilich auch für Eltern-Kind-Verhältnisse gelten, deren Gesamtdauer unter 20 Jahren bleibt oder die 20 Jahre nicht wesentlich überschreitet. Ist das Kind zB 15 Jahre vor dem Tod des Erblassers geboren, dann wird man fordern müssen, dass ein Kontakt zumindest für acht Jahre gefehlt hat, damit eine Pflichtteils minderung wirksam angeordnet werden kann.

## F. Bilanz und Ausblick

Die reichhaltige Rsp des OGH zum neuen Erbrecht zeugt davon, dass das reformierte Recht inzwischen in der Praxis angekommen ist und nur punktuell Fragen aufwirft. Die Tatsache, dass es in vielen Bereichen keine Rsp gibt, ist Beleg dafür, dass die Erbrechtsreform erfolgreich war und zur notwendigen Stabilität in diesem sensiblen Rechtsbereich beigetragen hat. Zu erwarten war natürlich, dass etwa das Pflegevermächtnis, das fremdhändige Testament, die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung wegen Verlusts der Angehörigenstellung sowie das Pflichtteilsrecht eine Reihe von Auslegungsfragen aufwerfen würden. Der OGH hat diese in vorbildlicher Weise anhand jeweils einer detaillierten Berücksichtigung der Lit beantwortet und damit für Rechtsklarheit gesorgt. Der vom OGH gelebte, stetige Austausch mit den Lehrmeinungen erhöht die Qualität der Entscheidungen und trägt wesentlich zu ihrer Akzeptanz in der Wissenschaft und Praxis bei. Wenn sich gegen die eine oder andere Entscheidung Widerstand regt, dann liegt das in der diskursiven Natur der Rechtswissenschaft, deren Ziel es ist, gefundene Lösungen kontinuierlich zu optimieren. Aufgrund der Fülle an Fällen und Fragen ist es oft schlicht nicht möglich, alle Konsequenzen einer Entscheidung vorherzusehen, sodass aus Sicht der Wissenschaft die Hoffnung bleibt, dass der Fachsen für gute Argumente empfänglich bleibt und somit auch den Mut aufbringt, bereits eingeschlagene Wege, die sich aus unterschiedlichen Gründen als inopportun erweisen, wieder zu verlassen. Der OGH zeigt mit seiner Entscheidungspraxis eindrucklich, dass er diese Aufgabe sehr ernst nimmt, und geht daher auch bei einer neuerlichen Befassung mit einer bereits entschiedenen Rechtsfrage stets auf die bis dahin erschienene Lit ein, um daran die Qualität der eige-

nen Argumente zu prüfen.<sup>218</sup> Solange darin eine ernsthafte inhaltliche Auseinandersetzung mit Sachargumenten erfolgt, wird die Erbrechtspraxis aus diesem Dialog zwischen Rsp und Wissenschaft nachhaltig profitieren.

Als Auslegungshilfe haben die Mat im Zusammenhang mit dem neuen Erbrecht zentrale Bedeutung erlangt. Es gibt kaum eine Entscheidung zum neuen Erbrecht, in welcher die Erläuterung des Gesetzgebers nicht ausführlich besprochen werden. Allerdings fällt auf, dass den Mat im Einzelfall ganz unterschiedliche Bedeutung beigemessen wird und sie entweder völlig übergangen<sup>219</sup> oder durch Auslegung so gelesen werden, dass sich aus ihnen eine Grundlage für das erwünschte Ergebnis ableiten lässt.<sup>220</sup> Hier wäre mehr Transparenz wünschenswert. Im Zusammenhang mit der Bewertung von Schenkungen bei Nutzungsrechten bedeutet dies etwa, dass man offen einräumen müsste, dass der Wortlaut des § 788 ABGB auch die Berücksichtigung von Lasten umfasst, aber die Norm zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen bei vorbehaltenen Nutzungsrechten teleologisch zu reduzieren ist. Mehr Transparenz bedeutet aber auch, die Wertungen, auf denen eine Entscheidung beruht, nicht durch einen Rückgriff auf die oft wenig aussagekräftigen Mat zu überdecken, sondern deutlich auszusprechen, indem dafür systematische oder sachliche Gründe angegeben werden. Im Ergebnis profitiert davon auch die Überzeugungskraft der gewählten Lösungen.

Die von der Rsp formulierte Kontinuitätsvermutung überzeugt im Interesse der Rechtssicherheit und der Stabilität, die gerade im Erbrecht von großer Bedeutung ist, da letztwillige Verfügungen häufig weit in der Vergangenheit errichtet wurden und daher unter der Grundannahme entstanden, dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen (etwa der Gültigkeit oder Wirksamkeit der Anordnungen) nicht wesentlich verändern werden.<sup>221</sup> Dennoch darf das Erbrecht nicht versteinern und muss genauso wie andere Rechtsbereiche mit der Zeit Schritt halten und an die gewandelten Wertungen und sozioökonomischen Bedingungen angepasst werden. Daraus folgt, dass eine Entscheidungspraxis, selbst wenn sie bisher einhellig war, unter den gegebenen Umständen nicht

<sup>216</sup> Vgl dazu *Statistik Austria*, Statistik der Ehescheidungen seit 2010 nach ausgewählten Merkmalen, [https://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/menschen\\_und\\_gesellschaft/bevoelkerung/ehescheidungen/022912.html](https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/ehescheidungen/022912.html) (Stand 16. 8. 2021).

<sup>217</sup> *Kogler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 776 Rz 18 ff.

<sup>218</sup> Beispielhaft für diese vorbildliche diskursive Offenheit der Entscheidungspraxis des Fachsen steht zB die E OGH 2 Ob 119/20v NZ 2021/135 zur Frage der Berücksichtigung von Nutzungsrechten bei der Bewertung von Schenkungsgegenständen für die Bemessung des Pflichtteils. Gegen die Entscheidung des OGH hatte sich Widerstand in der Praxis geregt, auf die der OGH ausführlich eingegangen ist.

<sup>219</sup> So etwa in der Entscheidung zum Motivirrtum oder auch in der Entscheidung über die gesetzliche Stundung des Geldpflichtteils gem § 765 Abs 2 ABGB.

<sup>220</sup> Beispielhaft dafür steht die E OGH 2 Ob 119/20v NZ 2021/135 über den Zeitpunkt des Eintritts des Vermögensopfers, für den sich in den Mat kein eindeutiger Anhaltspunkt finden lässt.

<sup>221</sup> Das Problem stellt sich etwa im Zusammenhang mit der Aufhebung von letztwilligen Verfügungen gem § 725 ABGB, die freilich auch dann eintritt, wenn das Testament weit vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 errichtet wurde.

mehr passend sein kann. Dies zu erkennen und einen Wandel zu wagen, ist eine zentrale Aufgabe der hgRsp, denn nur auf diese Weise kann sie zur Fortentwicklung und ständigen Verbesserung des Rechts für die Praxis beitragen. Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, die Wege aufzuzeigen, wie dies gelingen kann.

**Über den Autor:**

Dr. Gregor Christandl, LL.M., ist Universitätsprofessor am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Universität Graz.