

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

151. JAHRGANG

11
2019



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

BEITRÄGE

Nikolaus Krausler:

Umgehung des Pflichtteils bei periodischer Verschenkung des Einkommens? Seite 401

Christian Prader und Raimund Pittl:

Offene Fragen zur Anmerkung der (Weiter-)Geltung des wohnzivilrechtlichen Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts Seite 409

RECHTSPRECHUNG

Voraussetzungen der Urkundenhinterlegung (*Hans Hoyer †*) Seite 413

Einklagbarkeit des Geldpflichtteils vor Ablauf der Jahresfrist (*Denan Dukic*) Seite 424

Beglaubigung von Unterschriften durch ausländische Rechtsanwälte Seite 428

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer †, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2019/143

Umgehung des Pflichtteils bei periodischer Verschenkung des Einkommens?

Missbrauchsmöglichkeiten des Ausnahmetatbestands von § 784 Fall 1 ABGB

Dieser Beitrag behandelt potentielle Missbrauchsmöglichkeiten von § 784 Fall 1 ABGB. Nach dem Wortlaut des Gesetzes zeigt sich, dass es durch die Vornahme periodischer Schenkungen über einen längeren Zeitraum hinweg zu keiner Schmälerung des Stammvermögens kommt, obwohl eine einzelne bzw mehrere in Summe ähnlich hohe lebzeitige Schenkungen hinzu- und anrechnungsrelevant wären. Hiedurch eröffnet sich die Möglichkeit für eine Pflichtteilsumgehung, aufgrund der ein Wertungswiderspruch gegeben ist. Dieser kann mit Hilfe einer teleologischen Reduktion gelöst werden.

Von Nikolaus Krausler

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Wann liegt eine „Schmälerung des Stammvermögens“ vor?
- C. Historische Interpretation und Zweck der gegenständlichen Norm – Erfordernis einer teleologischen Reduktion
- D. Prüfung eines potenziellen Rechtsmissbrauchs
- E. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Einleitung

Mit 17. 8. 2015 trat in Österreich die EU-Erbrechtsverordnung¹ in Kraft, durch die das Kollisionsrecht in vielen Bereichen stark verändert wurde. Im materiellen Recht waren hier nur geringfügige Anpassungen nötig, jedoch hat der österreichische Gesetzgeber diese Chance genutzt, um mit dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015² weitreichende Änderungen im österreichischen Erbrecht durchzuführen, die man als eine der größten Reformen im Kernbereich des Zivilrechts innerhalb der letzten Jahrzehnte bezeichnen kann.³

Die Regelungen zur Schenkungsanrechnung wurden durch das ErbRÄG 2015 in §§ 781–792 ABGB neu ausgestaltet. Insgesamt wurden alle Regelungen sprachlich sowie zu großen Teilen auch inhaltlich einer Neuformulierung unterzogen.⁴ Zusammengefasst wurde die bisherige seit der dritten Teilnovelle existierende Zweiteilung des Systems (Anrechnung von Vorempfängen bzw Vorschüssen und Anrechnung von Schenkungen) aufgegeben und durch einen einheitlichen Anrechnungsbegriff ersetzt, wie es von der Lehre seit Jahren gefordert wurde.⁵ Als Ausgangspunkt des neuen Anrechnungskonzepts ist in § 781 Abs 1 ABGB die Schenkung als Oberbegriff gewählt worden, sodass der Vorempfang bzw Vorschuss nicht mehr als eigenständige Anrechnungskategorie existiert.

Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, dass dieses neue Konzept keine Fortführung der alten durch die Reform lediglich vereinheitlichten Systematik darstellt, sondern sich grundlegend von der bisherigen Regelung unterscheidet und damit ein völlig neues Rechtsinstitut darstellt.⁶ Statt der Trennung in Vorempfänge, Vorschüsse

¹ VO (EU) 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 7. 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl L 2012/201, 107.

² Bundesgesetz vom 30. 7. 2015, mit dem das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Anerbengesetz, das Außerstreitgesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtskommissärsgesetz, das Gerichtskommissionstarifgesetz, das allgemeine Grundbuchsgesetz 1955, das IPR-Gesetz, die Jurisdiktionsnorm, das Kärntner Erbhöfegesetz 1990, die Notariatsordnung, das Rechtspflegergesetz, das Tiroler Höfegesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 2002 und die Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geändert werden (Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015), BGBl I 2015/87.

³ Zum Teil wird diese in der Lehre sogar als „die größte Reform des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuchs seit 1811“ bezeichnet. Vgl. Rabl, Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 1 (2) sowie Christandl/Nemeth, Das neue Erbrecht – ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016, 1 (1). Welser weist in diesem Zusammenhang da-

rauf hin, dass „bei dieser Aussage wohl die drei Teilnovellen und alle familien- und eherechtlichen Änderungen vernachlässigt wurden“. Siehe Welser, Der Erbrechts-Kommentar §§ 531–824 ABGB (2019) Einleitung Rz 1.

⁴ Schauer, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 193 (196).

⁵ Welser in Rechberger/Welser (Hrsg), Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag: Verfahrensrecht – Privatrecht (1986) 583 (583 f); Fischer-Czermak, Die erbrechtliche Anrechnung und ihre Unzulänglichkeiten, NZ 1998, 2 (2 ff); Schauer, Die Bewertung von Vorempfängen und Schenkungen bei der Pflichtteilsanrechnung, NZ 1998, 23 (23 ff); Zankl, NZ 1998, 35 (35 ff); Welser, Vorschläge zur Neuregelung der Anrechnung beim Pflichtteil, NZ 1998, 40 (40 ff); Umlauf, NZ 1998, 48 (48 ff); Welser, Die Reform des österreichischen Erbrechts: Gutachten, in Österreichischer Juristentag (Hrsg), Verhandlungen des Siebzehnten Österreichischen Juristentages II/1 (2009) 121 ff; B. Jud, Reformbedarf im Erbrecht, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 241 (241 ff).

⁶ Rabl, Die Berechtigten einer Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil, in Österreichische Notariatskammer (Hrsg), Festschrift Ludwig Bittner (2018) 471 (479, 483).

und Schenkungen ist durch die Einführung der §§ 782 und 783 ABGB nun eine stärkere Trennlinie hinsichtlich des Adressaten der Schenkung vorgenommen worden. Dies zeigt sich vor allem an den unterschiedlichen Rationes von § 782 ABGB (Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigten Personen) und § 783 ABGB (Schenkungen an pflichtteilsberechtigten Personen), auf die unter Punkt C. noch näher einzugehen ist.⁷

Abseits der systematischen Neukonzipierung der Schenkungsanrechnung im Pflichtteilsrecht kam es auch zur Übernahme von Regelungsmaterie, die bereits vor der letzten Reform innerhalb des ABGB existierte und laut Gesetzgeber auch weiterhin in ihrer bisherigen Form im Gesetz existieren sollte. Hierunter fällt unter anderem § 784 ABGB, welcher gewisse Schenkungen von der Hinzu- und Anrechnungspflicht der §§ 781 ff ABGB ausnimmt. Bei diesen handelt es sich um Schenkungen, die der Verstorbene⁸ aus Einkünften ohne Schmälerung seines Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Rücksicht des Anstandes gemacht hat.

Die genannten Unterkategorien waren seit ihrer Einführung durch die dritte Teilnovelle 1916 Gegenstand zahlreicher Aufsätze und vieler höchstgerichtlicher Entscheidungen, die zu einer erheblichen Präzisierung der gegenständlichen Norm geführt haben.⁹ Nichtsdestoweniger sind nach mehr als einem Jahrhundert der akademischen sowie höchstgerichtlichen Auseinanderset-

zung mit dieser Regelungsmaterie gewisse Sachverhaltskonstellationen nach wie vor ungeklärt. Um eine solche Sachverhaltskonstellation handelt es sich bspw dann, wenn mehrere Pflichtteilsberechtigte existieren und eine Person aus dem pflichtteilsberechtigten Kreis bzw ein Dritter periodisch (bspw monatlich) vom Erblasser monetär durch lebzeitige Schenkungen unterstützt wird, sei es aufgrund einer Suchterkrankung (Rauschgift, Glücksspiele etc) des zu Unterstützenden, durch die jener seinen Lebensunterhalt nicht bestreiten kann, oder auch aus anderen hier nicht näher zu erörternden Gründen.

Wenn diese periodischen Unterstützungszahlungen das Stammvermögen des Erblassers nicht schmälern, ist dies als ein typischer Anwendungsfall von § 784 Fall 1 ABGB zu werten. Kommt es jedoch dazu, dass solche Unterstützungszahlungen eine derartige Höhe erreichen, dass der Erblasser dieser Person große Teile bzw seine gesamten Einkünfte abzüglich seiner eigenen Lebenserhaltungskosten in Form von periodischen Schenkungen bzw auf Basis einer Rentenvereinbarung zuwendet, so stellt sich die Frage der Relevanz für eine Hinzu- und Anrechnung dieser Zuwendungen nach §§ 781 ff ABGB. Dies vor allem, wenn es durch derartige periodische Schenkungen schließlich zu einer Verkürzung der Pflichtteile kommt. Handelt es sich hier ebenfalls noch um einen Anwendungsfall des § 784 Fall 1 ABGB, wie nach dem Wortlaut anzunehmen wäre, oder ist ein derartiger Grenzfall anders zu bewerten? Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit dieser Frage.

B. Wann liegt eine „Schmälerung des Stammvermögens“ vor?

Gem § 784 Fall 1 ABGB sind Schenkungen von der Hinzu- und Anrechnung befreit, welche aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens aufgebracht werden. § 784 ABGB entspricht hierbei inhaltlich § 785 Abs 3 Satz 1 ABGB aF zur Gänze, sodass bei den weiteren Ausführungen auch auf die Lehre und Rsp vor der Reform zurückgegriffen werden kann.¹⁰

Unter dem Begriff Einkünfte iSd § 784 ABGB werden die Nettoeinkünfte des Verstorbenen verstanden. Dabei handelt es sich um die Summe aus den Erträgen der Arbeit sowie um die Früchte oder Nutzungen des vorhandenen Vermögens. Hierbei sind zusätzlich alle fälligen Verbindlichkeiten, die Kosten für den eigenen Lebensaufwand, allfällige Unterhaltungspflichten sowie jene Beträge, die bei ordentlicher Vorsorge für die Deckung zukünftig fälliger Verbindlichkeiten notwendig sein werden, zu berücksichtigen und vom Betrag der Nettoein-

⁷ Für eine ausführliche Darstellung siehe *Rabl* in FS Bittner 471 (478 ff).

⁸ Für eine kritische Auseinandersetzung dieses neu eingeführten Begriffs siehe: *Schauer*, Der Erblasser ist tot – es lebe der Verstorbene, in *Schurr/Umlauf* (Hrsg), Festschrift für Bernhard Eccher (2017) 1013 (1017 ff).

⁹ *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2: Familien- und Erbrecht² (1937) 594 ff; *Weiß* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III² (1952) 914 ff; *Migsch*, Die sogenannte Pflichtschenkung, AcP 1973, 46 (50 ff); *Bydlinski*, Entscheidungsbesprechung zu OGH 26. 4. 1972, 7 Ob 102/72, JBl 1973, 34; *Eccher*, Antizipierte Erbfolge (1979) 151 f; *Ehrenzweig/Kralik*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts IV: Das Erbrecht³ (1982) 302 f; *Zankl*, Die Lebensversicherung im Pflichtteilsrecht, NZ 1989, 1 (3 f); *M. Binder*, Unternehmensbeteiligung und Pflichtteilsanspruch, wbl 1992, 381 ff; *Welser*, Reform des österreichischen Erbrechts, 17. ÖJT II/1, 160 ff; *Eccher* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar III⁴ (2013) § 785 Rz 13 ff; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 785 Rz 12 ff (Stand 1. 11. 2014, rdb.at); *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch 216; *Kletečka*, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 89 (103 ff); *Musger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁵ (2017) § 784 Rz 1; *Umlauf*, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht² (2018) 288 ff; *Welser*, Erbrechts-Kommentar Vor § 780 ABGB Rz 1; *Krausler*, Die Schenkungsanrechnung: Analyse des österreichischen, deutschen und französischen Pflichtteilsrechts (2019) 149 ff, 191 ff, 335 ff; OGH 2 Ob 123/30; 6 Ob 620/82; 6 Ob 13/84; 5 Ob 589/89; 7 Ob 561/95; 7 Ob 304/97 z; 1 Ob 46/01 y; 9 Ob 112/04 t; 9 Ob 53/05 t; 6 Ob 170/05 a; 9 Ob 48/10 i; 2 Ob 14/12 s; 2 Ob 65/12 s; 6 Ob 101/14 t; 2 Ob 91/16 w.

¹⁰ RV 688 BlgNR 25. GP 35; *Musger* in *KBB*⁵ § 784 Rz 1; *Eccher*, Die österreichische Erbrechtsreform: Alle Neuerungen auf einen Blick und praxisrelevante Kommentare (2017) Rz 180; *Umlauf*, Anrechnung² 288.

künfte abzuziehen.¹¹ Wenn daher die gemachte Schenkung unter diesen verminderten Betrag der Nettoeinkünfte fällt, ist sie von der Hinzu- und Anrechnung befreit.

Direkt aus den Einkünften muss das Geschenk nicht angeschafft werden. Es kann auch das Stammvermögen dafür herangezogen werden, jedoch muss der Wert der erbrachten Schenkung im Wert der Einkünfte seine Deckung finden. Kommt es zur Überschreitung des Betrages, ist nach *Kralik*¹² nicht nur der Teilwert der Schenkung von der Hinzu- und Anrechnung betroffen, der das Stammvermögen geschmälert hat, sondern der gesamte Schenkungswert ist sodann relevant für eine Hinzu- und Anrechnung. ME ist nicht ganz nachvollziehbar, warum nicht nur der das Stammvermögen schmälern Teilwert der Schenkung, sondern vielmehr die gesamte Schenkung hinzu- und angerechnet werden sollte. Dies wird von *Kralik* auch nicht näher begründet.¹³ Stellt man sich den Fall vor, dass eine Schenkung iHv € 10.000,- das Stammvermögen um nur einen Euro schmälert, würde dieser eine Euro bewirken, dass die gesamte Summe von € 10.000,- hinzu- und angerechnet werden müsste. Werden jedoch € 9.999,- verschenkt, so bleibt die Schenkung hinzu- und anrechnungsfrei. Einen derartig starken nachträglichen Eingriff in die lebzeitige Verfügungsfreiheit des Verstorbenen sollte eine Überschreitung des von § 784 Fall 1 ABGB reglementierten Freibetrags mE nicht zur Konsequenz haben, sondern nur den Mehrbetrag hinzu- und anrechnungsrelevant machen.

Weiters ist zu beachten, dass bei Schenkungen in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstandes nach *Kralik*¹⁴ die hier vorgeschlagene Aufteilung stattfinden soll. Nach diesem wird nur jener Teil der Schenkung hinzu- und angerechnet, der die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Geschenkgebers in Bezug auf die sittliche Pflicht bzw den Anstand unverhältnismäßig übersteigt. Der Rest des Schenkungsbetrags, der unter dieser Grenze liegt, bleibt in jedem Fall hinzu- und anrechnungsfrei. ME sollte zwischen diesen beiden Ausnahmetatbeständen im Fall einer Überschreitung der Obergrenze dieselbe Rechtsfolge eintreten. Entweder müsste die gesamte Schenkung bei einer Überschreitung der jeweils relevanten Obergrenze hinzu- und angerechnet werden oder nur – wie hier vorgeschlagen – der diese Grenze überschreitende Teil. Dadurch könnte § 784 ABGB eine einheitlichere innere Systematik aufweisen und so auch für

den einzelnen Rechtsunterworfenen eine bessere Verständlichkeit mit sich bringen.

Für die Berechnung des relevanten Betrags wird nur ein gewisser Zeitraum herangezogen. Alle vergangenen Einkünfte können nicht berücksichtigt werden, da diese nach einem gewissen Zeitraum Teil des Stammvermögens werden. Zukünftige Einkünfte sind auch von der Hinzu- und Anrechnung auszunehmen, da unter dem Begriff Einkünfte nur solche zu verstehen sind, die der Verstorbene zu seinen Lebzeiten bis zum Schenkungszeitpunkt tatsächlich erzielt hat.¹⁵ Nach *hA*¹⁶ sowie der *Rsp*¹⁷ sind grundsätzlich nur die im letzten Jahr vor der Schenkung angesparten Einkünfte als relevant heranzuziehen. Wird ein Betrag verschenkt, der größer ist als die im letzten Jahr aus den laufenden Einkünften gebildeten Ersparnisse, ist dies im ersten Schritt als Bildung von Stammvermögen zu qualifizieren, welches im zweiten Schritt durch die erbrachte Schenkung gemindert wird.

Dies bedeutet, dass periodische (bspw monatliche) unentgeltliche Zuwendungen großer Teile der Einkünfte des Erblassers an eine pflichtteilsberechtigte Person bzw an einen Dritten grundsätzlich unter den Anwendungsbereich von § 784 Fall 1 ABGB zu subsumieren sind. Der Wortlaut des Gesetzes sieht als einzige Begrenzung vor, dass allfällige Lebenserhaltungskosten zuvor von den Nettoeinkünften abzuziehen sind. Zusätzlich muss der Verstorbene auch notwendigen Vorsorgeerfordernissen nachgekommen sein, damit zukünftig fällige Verbindlichkeiten nicht das Stammvermögen schmälern, sondern trotz regelmäßiger Schenkungen auch aus den Einkünften erfüllt werden können. Hat der Verstorbene solche Risiken durch Versicherungen abgedeckt, kann der hier notwendige Vorsorgeaufwand als erfüllt qualifiziert werden.

Durch den von der *hL*¹⁸ und *Rsp*¹⁹ festgelegten Beobachtungszeitraum von einem Jahr können jedoch auch gewisse Probleme entstehen.²⁰ Dadurch, dass die in einem Jahr angesparten Einkünfte nach einem Jahr Teil des

¹¹ *Ehrenzweig/Kralik*, System IV³ 302; *Umlauf*, Anrechnung² 290.

¹² *Ehrenzweig/Kralik*, System IV³ 302f.

¹³ *Umlauf* führt hiezu aus, dass die Ansicht *Kraliks* mit der „ratio legis“ im Einklang stehe, begründet dies jedoch in weiterer Folge auch nicht. Näheres hiezu bei *Umlauf*, Anrechnung² 290 Fn 795.

¹⁴ *Ehrenzweig/Kralik*, System IV³ 303.

¹⁵ *Ehrenzweig/Kralik*, System IV³ 302; *Umlauf*, Anrechnung² 290.

¹⁶ *Ehrenzweig*, System II/2² 594 FN 11 a; *Ehrenzweig/Kralik*, System IV³ 302; *Umlauf*, Anrechnung² 290; nach *Weiß* ist keine derartige zeitliche Begrenzung zu ziehen, sondern ein Bilanzvergleich des Vermögens zur Zeit der Schenkung und zur Zeit des Erbanfalls durchzuführen. Nur, wenn dieser Vergleich keine Vermögensminderung ergibt, ist die Schenkung von der Hinzu- und Anrechnung ausgenommen. Siehe *Weiß* in *Klang*, ABGB III² 914 ff.

¹⁷ OGH 30. 3. 2011, 9 Ob 48/10i Zak 2011/319 = JBl 2011, 589 = iFamZ 2011/250.

¹⁸ *Ehrenzweig*, System II/2² 594 FN 11 a; *Ehrenzweig/Kralik*, System IV³ 302; *Umlauf*, Anrechnung² 290.

¹⁹ OGH 30. 3. 2011, 9 Ob 48/10i Zak 2011/319 = JBl 2011, 589 = iFamZ 2011/250.

²⁰ Der OGH hat dies bereits in einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 kritisiert, ist jedoch nicht näher auf diesen Aspekt eingegangen, OGH 30. 3. 2011, 9 Ob 48/10i Zak 2011/319 = JBl 2011, 589 = iFamZ 2011/250.

Stammvermögens werden, kann eine Schenkung, die diesen Betrag übersteigt, nicht durchgeführt werden, ohne dass diese für eine Hinzu- und Anrechnung relevant wird. Dies aus dem Grund, da die nach einem Jahr angesparten Einkünfte bereits Teil des Stammvermögens geworden sind und das Verschenken eines größeren Betrages als die ersparten Einkünfte eines gesamten Jahres das Stammvermögen schmälert. Derjenige, der bspw zwei Jahre lang jeweils monatlich seine Einkünfte abzüglich der zuvor erörterten Kosten verschenkt, führt keine Schmälerung seines Stammvermögens herbei, da die Einkünfte so nicht Teil des Stammvermögens werden konnten. Derjenige, der die Einkünfte zunächst über zwei Jahre ansammelt und daraufhin diesen Betrag in seiner Gesamtheit verschenkt, löst jedoch sehr wohl eine Hinzu- und Anrechnung aus.²¹ Dies führt zu einem gewissen Wertungswiderspruch, da im Ergebnis in beiden Fällen der Geschenknehmer zwar dieselbe Zuwendungshöhe erhalten würde, dies jedoch für eine Hinzu- und Anrechnung nur dann irrelevant ist, wenn diese einmalige Schenkung auf mehrere periodische Teilschenkungen aufgeteilt wird und nicht zunächst der Schenkungsbetrag angesammelt und schließlich als Gesamtsumme verschenkt wird.

Der OGH²² hat sich zu einem ähnlich gelagerten Fall bereits geäußert. Er hat ausgesprochen, dass Schenkungen noch vom ersten Fall des § 785 Abs 3 aF ABGB erfasst und damit anrechnungsfrei sind, wenn der Geschenkgeber in den letzten drei bis vier Jahren ohne feststellbare Einschränkung irgendwelcher Lebensbedürfnisse oder Vorsorgeerfordernisse Geld zur Seite und auf Sparbücher gelegt, diese kontinuierlich dann einem pflichtteilsberechtigten Kind ausgefolgt und ihm damit etwa 25% der Einkünfte des Beobachtungszeitraums²³ geschenkt hat, um jenes vor den übrigen pflichtteilsberechtigten Personen zu bevorzugen.

²¹ Das angeführte Beispiel dient der Verdeutlichung. Es sind auch andere Konstellationen möglich. Es würde für das Auslösen der Hinzu- und Anrechnung theoretisch schon genügen, wenn die eigenen Einkünfte abzüglich der Lebenserhaltungskosten ein Jahr lang angespart worden sind und nach Ablauf eines Jahres mehr als $\frac{11}{12}$ dieses angesparten Betrages verschenkt werden. Dies aus dem Grund, da die angesparten Einkünfte eines Monats nach 365 Tagen Teil des Stammvermögens werden und am 366. Tag nur mehr $\frac{11}{12}$ des angesparten Jahreseinkommens verschenkt werden können, ohne dass das Stammvermögen geschmälert wird. Nach einem weiteren Monat sind nur noch $\frac{10}{12}$ verfügbar. Vergehen somit zwei Jahre, können nur mehr die angesparten Einkünfte der letzten zwölf Monate ohne Schmälerung des Stammvermögens verschenkt werden, da der gesamte vorherige aus den Einkünften angesparte Betrag Teil des Stammvermögens geworden ist.

²² 30. 3. 2011, 9 Ob 48/10i Zak 2011/319 = JBl 2011, 589 = iFamZ 2011/250.

²³ Der OGH spricht hier direkt von 25% der Einkünfte, führt jedoch nicht aus, von welcher Berechnungsbasis er ausgeht. Allerdings betont er, dass von den Einkünften „jedenfalls die für den Lebensunterhalt, die laufenden Verbindlichkeiten und die erforderliche Vorsorge notwendigen Beträge abzuziehen sind“. Da-

Aus dieser Entscheidung geht zunächst hervor, dass der OGH eine derartige Vorgangsweise billigt. Jedoch muss beachtet werden, dass dieser Fall zwar ähnlich gelagert ist wie der eingangs angeführte Grenzfall, es jedoch einen Unterschied macht, ob 25% der Einkünfte des Beobachtungszeitraums verschenkt werden oder ob es zur unentgeltlichen Übertragung der gesamten Einkünfte abzüglich der eigenen Lebenserhaltungskosten kommt, vor allem, wenn die übrigen Pflichtteilsansprüche dadurch erheblich verkürzt werden. Dass der OGH das Verschenken von 25% der Einkünfte bereits in gewisser Hinsicht als bedenklich auffasst, kann unter der subtilen Verwendung des Wortes „noch“ gesehen werden („kann das noch vom ersten Fall des § 785 Abs 3 ABGB erfasst angesehen werden“).

Wenn das Verschenken von 25% der Einkünfte bereits einen Grenzfall darstellt, gilt das für die unentgeltliche Zuwendung großer Teile bzw der gesamten Einkünfte abzüglich der eigenen Lebenserhaltungskosten umso mehr, vor allem, wenn es dadurch zu einer Verkürzung der Pflichtteile kommt.

Im Ergebnis bestünde durch die Möglichkeit, periodische Schenkungen über einen längeren Zeitraum hinweg durchführen zu können, ohne dass es dadurch zu einer Hinzu- und Anrechnung kommt, ein gewisser Spielraum für die Umgehung der pflichtteilsrechtlichen Regelungen. Auf diese Art und Weise können einzelne Pflichtteilsberechtigte mE problemlos im Verhältnis zu anderen begünstigt werden. Es kommt nur darauf an, ob die Schenkung in periodische (bspw monatliche) Teilschenkungen aufgesplittet wird – möglicherweise auf Basis einer Rentenvereinbarung – oder ob es lediglich zu einer einzelnen Zuwendung bzw mehreren größeren Tranchen in Form einer lebzeitigen Schenkung kommt. Im ersten Fall kommt es nicht zu einer Hinzu- und Anrechnung, im zweiten Fall jedoch sehr wohl. Der Geschenknehmer hat somit im Ergebnis eine Zuwendung in exakt derselben Höhe erhalten. Hier liegt mE ein Wertungswiderspruch vor, der gelöst werden sollte.

C. Historische Interpretation und Zweck der gegenständlichen Norm – Erfordernis einer teleologischen Reduktion

Hinsichtlich der Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen wurden vom österreichischen Gesetzgeber primär zwei Ziele verfolgt: erstens der Ausgleichsgedanke und zweitens der Schutzgedanke.²⁴ Zunächst wird durch die

durch, dass der OGH hervorhebt, dass es zu keiner „Einschränkung irgendwelcher Lebensbedürfnisse oder Vorsorgeerfordernisse“ kommen darf, kann für die Berechnung der 25% mE somit nur jener Betrag der Einkünfte als Basis verwendet werden, von dem bereits die angesprochenen Lebenserhaltungskosten abgezogen worden sind.

²⁴ Genaueres hiezu bei *Umlauf*, Anrechnung² 12f.

Ausgestaltung der Regelungen zur Hinzu- und Anrechnung bezweckt, dass es durch unterschiedlich hohe lebzeitige Zuwendungen des Verstorbenen an Pflichtteilsberechtigten nicht zu einer Bevorzugung des einen und zu einer Benachteiligung des anderen kommen soll. Dies wäre dann der Fall, wenn eine lebzeitige Zuwendung auf den Pflichtteil nicht anzurechnen wäre und es damit zu einer doppelten Berücksichtigung bei der Zuweisung der Pflichtteile kommt. Hat ein Pflichtteilsberechtigter bspw. eine lebzeitige Zuwendung in der Höhe seines Pflichtteils vom Verstorbenen erhalten, so kann dieser nicht nochmals seinen Pflichtteil fordern, da er in diesem Fall doppelt so viel erhalten würde wie die anderen ihm gleichgestellten Pflichtteilsberechtigten. Durch eine Anrechnung der erfolgten Zuwendungen auf seinen Pflichtteil kommt es zu der gewünschten Berücksichtigung und damit zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung unter den Pflichtteilsberechtigten.²⁵

Weiters ist es dem Verstorbenen durch die Verfügungsfreiheit über sein eigenes Vermögen zu seinen Lebzeiten auf den ersten Blick möglich, den Zweck des Pflichtteilsrechts durch lebzeitige Zuwendungen zu umgehen. Besteht eine Verlassenschaft und wurde eine Erbeinsetzung vorgenommen, welche die Pflichtteilsberechtigten nicht bedacht hat, so können diese ihren Pflichtteilsanspruch gegen die Verlassenschaft bzw. den Erben richten. Hat der Verstorbene jedoch sein Vermögen zu Lebzeiten durch Schenkungen stark verkleinert bzw. sogar komplett aufgebraucht, können aus der verbliebenen Verlassenschaft die Pflichtteilsansprüche nicht mehr befriedigt und auf diese Weise das Pflichtteilsrecht stark untergraben werden. Daher muss den Pflichtteilsberechtigten ein gewisser Schutz zur Wahrung ihrer Rechte eingeräumt werden, indem gewisse Schenkungen in die Pflichtteilsbemessungsgrundlage miteinzu beziehen und als *ultima ratio* vom Geschenknehmer wieder herauszugeben sind.²⁶

Vor der Reform manifestierten sich diese zwei Ziele aufgrund der damaligen Trennung in die Anrechnung von Vorempfängen bzw. Vorschüssen und in die Anrechnung von Schenkungen auf eine andere Art und Weise innerhalb des Gesetzes als heutzutage. So lag die Ratio der Anrechnung von Vorempfängen und Vorschüssen im Ausgleich der unentgeltlichen lebzeitigen Zuwendungen zwischen den einzelnen Pflichtteilsberechtigten, damit es hier zu keiner Ungleichbehandlung kommt.

²⁵ Vgl. Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON^{1.02} § 785 Rz 1 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at); B. Jud, Entwicklungen im Recht der Anrechnung beim Pflichtteil, AnwBl 2000, 716 (716 f); Apathy, Zur Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016, 805 (808); Welser, Erbrechts-Kommentar Vor § 780 ABGB Rz 1; Umlauf, Anrechnung² 13; Krausler, Schenkungsanrechnung 11.

²⁶ B. Jud, AnwBl 2000, 716 (717); Apathy, Hinzu- und Anrechnung im neuen Erbrecht, in Artmann/Rüffler/Torggler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2017) 1 (3); Umlauf, Anrechnung² 14; Krausler, Schenkungsanrechnung 11.

Die Anrechnung von Schenkungen verfolgte hingegen den Schutzgedanken und besaß den Zweck, eine Pflichtteilsumgehung durch lebzeitige Schenkungen zu vereiteln.²⁷

Durch die Reform, die die Einführung eines völlig neu konzipierten Rechtsinstitutes mit sich brachte, wurde nun mehr Wert auf eine Trennung hinsichtlich des Adressaten der Schenkung gelegt. Dadurch unterscheiden sich auch die Rationes von § 782 und § 783 ABGB voneinander. Zusammengefasst beruht § 782 (Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen) auf dem Gedanken, eine durch lebzeitige Schenkungen hervorgerufene Pflichtteilsumgehung zu verhindern, die diesen im Rahmen einer typisierenden Betrachtung unterstellt werden kann. § 783 (Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen) legt dagegen den Fokus darauf, eine Gleichbehandlung unter den Pflichtteilsberechtigten herzustellen, und führt damit den Ausgleichsgedanken fort.²⁸

§ 784 ABGB schränkt den Anwendungsbereich der Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen ein, damit dieser nicht überschießend ausgestaltet ist. Speziell in Bezug auf § 784 Fall 1 ABGB (zur damaligen Zeit § 785 Abs 3 ABGB) ist der Herrenhausbericht sehr aufschlussreich, der im Folgenden zitiert wird:

„Die Einrechnung aller, selbst der kleinsten Schenkungen würde zu peinlichen Erörterungen, zu schwierigen Ermittlungen und zu vielen Streitigkeiten Anlaß geben. Die Möglichkeit der Rückforderung aller Schenkungen würde eine bedenkliche Rechtsunsicherheit zur Folge haben. So weit zu gehen ist auch durchaus nicht notwendig. Geschenke, die aus den laufenden Einnahmen des Erblassers ohne Beeinträchtigung des Grundstockes seines Vermögens bestritten wurden, insbesondere die üblichen Gelegenheitsgeschenke von verhältnismäßig geringem Betrag [...] müssen außer Betracht bleiben.“²⁹

Wie Umlauf³⁰ bereits zur alten Rechtslage zutreffend festgestellt hat, liegt die Ratio in diesem Ausnahmetatbestand zusammengefasst darin, weitwendige und schikanöse Untersuchungen anlässlich der Pflichtteilsermittlung wegen kleinerer Geschenke zu verhindern.

Der OGH sieht dies jedoch anders, da er sich in der oben zitierten Entscheidung zwar auf Umlauf beruft und die Ratio der Norm auch in der Verhinderung weitwendiger und schikanöser Untersuchungen erkennt, jedoch ausführt, dass ein unmittelbarer Hinweis auf kleinere Geschenke dem Herrenhausbericht nicht zu entnehmen sei. Diesem Ansatz ist mE nicht zu folgen, da

²⁷ Rabl in FS Bittner 480 f.

²⁸ Für eine ausführliche Darstellung siehe Rabl in FS Bittner 471 (483 ff).

²⁹ Bericht der Kommission für Justizgegenstände, Herrenhausbericht (1912) 114.

³⁰ Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 189.

sich im aufgeführten Zitat des Herrenhausberichts sogar zwei Stellen finden lassen, die genau auf diesen Punkt eingehen. Zunächst wird einleitend erörtert, dass „die Einrechnung aller, selbst der kleinsten Schenkungen“ allgemein nicht möglich sein darf. Weiters werden speziell bei der Anführung der Ausnahme für „Geschenke, die aus den laufenden Einnahmen des Erblassers ohne Beeinträchtigung des Grundstockes seines Vermögens bestritten wurden“, als Beispiel kleinere Geschenke angeführt („insbesondere die üblichen Gelegenheitsgeschenke von verhältnismäßig geringem Betrag“).

Die Ratio der Ausnahmeregelung sowie der Wille des historischen Gesetzgebers bestehen somit gerade primär darin, kleinere Geschenke von der Hinzu- und Anrechnung auszunehmen und nicht große Vermögensmassen durch periodische Schenkungen über einen längeren Zeitraum hinweg einem Dritten zuzuwenden. Nur „übliche Gelegenheitsgeschenke von verhältnismäßig geringem Betrag“ können somit primär als Zuwendungen aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens qualifiziert werden. Dies würde dem Zweck der Hinzu- und Anrechnung, weder Ungleichbehandlungen unter den Pflichtteilsberechtigten noch die Verkürzung einzelner Pflichtteile durch lebzeitige Schenkungen zuzulassen, am besten entsprechen und systematisch im Einklang mit §§ 781 ff ABGB stehen.

Ob der Ausnahmetatbestand des § 784 Fall 1 ABGB auch für periodische Zuwendungen größerer Vermögensmassen gilt, die nach dem Wortlaut ebenfalls aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens aufgewendet wurden, bleibt zu hinterfragen. Dass derartige unentgeltliche Zuwendungen nicht generell ausgeschlossen werden dürfen, zeigt der Herrenhausbericht in der Verwendung des Begriffs „insbesondere“, wodurch es nicht zu einer Einschränkung des Ausnahmetatbestands auf kleinere Schenkungen kommen sollte. Dies würde auch ein beträchtliches Maß an Rechtsunsicherheit mit sich bringen, da der Begriff „übliche Gelegenheitsgeschenke von verhältnismäßig geringem Betrag“ als relativ angesehen werden kann. Jemand, der im Monat € 2.000,- verdient, wird die durch ihn gemachte Zuwendung eines Fahrrads im Wert von € 600,- als „kleines“ Geschenk auffassen. Derjenige, der € 20.000,- monatlich lukriert, kann in Relation auch das Verschenken einer Vespa im Wert von € 6.000,- als „Gelegenheitsgeschenk“ betrachten. In beiden Fällen käme die Zuwendung aus den Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens.

Als grenzwertig können jedoch jene Fälle qualifiziert werden, in denen es durch die Vornahme periodischer Teilschenkungen objektiv zu einer beträchtlichen Verkürzung der einzelnen Pflichtteilsansprüche kommt. Gerade in solchen Fällen besteht auf Basis der historischen und systematischen Interpretation ein Wertungswiderspruch, der mE eine teleologische Reduktion gebietet. Nicht bei jeder großen Vermögensmasse sollte es möglich sein, sie hinzu- und anrechnungsfrei zu verschenken,

wenn man sie in periodische Teilschenkungen aufsplittet, um so den Ausnahmetatbestand des § 784 Fall 1 ABGB auszunützen. Als Grenze für die hinzu- und anrechnungsfreie unentgeltliche Übertragung größerer Vermögensmassen könnte die Rsp des OGH herangezogen werden. Wie zuvor erörtert, qualifiziert der OGH das Verschenken von 25% der Einkünfte abzüglich der eigenen Lebenserhaltungskosten durch den Verstorbenen durch den subtilen Gebrauch des Begriffs „noch“ bereits als Grenzfall von § 784 Fall 1 ABGB. Somit sollte im Einklang mit der höchstrichterlichen Rsp eine teleologische Reduktion auch hier ansetzen, um einen objektiven Bewertungsmaßstab zu schaffen.

Zuletzt ist noch darauf hinzuweisen, dass eine derartige Begrenzung nur für periodische (bspw monatliche) unentgeltliche Zuwendungen gelten sollte, damit die hier vorgeschlagene Lösung für den aufgezeigten Wertungswiderspruch nicht als überschießend zu bewerten ist. Wenn es lediglich zu einer einzelnen bzw wenigen aperiodischen unentgeltlichen Zuwendungen kommt, die zwar von beträchtlicher Größe sind, jedoch das Stammvermögen noch nicht schmälern, so ist die Anwendung der 25%-Grenze hier nicht zweckdienlich. Kommt es zu größeren monetären Zuwendungen, aufgrund von Geburtstagen, in Form von Weihnachtsgeschenken oder wegen sonstiger nachvollziehbarer Anlässe (bspw Studienabschluss), so sollte hier keine Begrenzung stattfinden, wenn die unentgeltliche Zuwendung das Stammvermögen nicht schmälert und sich damit weiterhin im Rahmen des Wortlauts von § 784 Fall 1 ABGB befindet. Der aufgezeigte Wertungswiderspruch besteht mE nur dann, wenn mehreren unentgeltlichen Zuwendungen an eine bestimmte Person eine gewisse Periodizität nachgewiesen werden kann. Diese wäre im Fall von monatlichen Schenkungen über mehr als ein Jahr oder durch den Abschluss einer Rentenvereinbarung durchaus nachweisbar, stellt jedoch letztlich eine auf den konkreten Einzelfall abzustellende Feststellung dar.

Im Endergebnis sollten periodische unentgeltliche Vermögensübertragungen, die jeweils mehr als 25% der laufenden Einkünfte abzüglich der eigenen Lebenserhaltungskosten betragen, als relevant für eine Hinzu- und Anrechnung qualifiziert werden, auch wenn sie das Stammvermögen – jede für sich betrachtet – an sich nicht schmälern.³¹ Dies gilt umso mehr für jene Fälle,

³¹ An dieser Stelle muss darauf hingewiesen werden, dass der OGH diese Entscheidung noch auf Basis der alten Rechtslage getroffen hat, als noch kein Anspruch auf ein Pflegevermächtnis iSd § 677 ABGB existiert hat. Die vom OGH aufgestellte 25%-Grenze könnte in dieser Hinsicht auch als Korrektiv verstanden werden, damit die Tochter im gegenständlichen Fall (jahrelange Pflege der betagten Eltern) eine Abgeltung für ihre Pflegeleistung erhält. Unter diesem Aspekt ist die Einführung einer konkreten Grenze von 25% auch zu hinterfragen, wenn man diese nur auf die Entscheidung des OGH stützt. Generell ist es jedoch schwierig, einen passenden Grenzwert zu bestimmen. ME ist

durch die es aufgrund derartiger Zuwendungen zu einer Verkürzung der existierenden Pflichtteilsansprüche kommt. Auf Basis des aufgezeigten Wertungswiderspruchs und der durchgeführten teleologischen Reduktion sollten gerade derartige Grenzfälle keinen Anwendungsfall des § 784 Fall 1 ABGB darstellen, um so eine mögliche Umgehung des Pflichtteilsrechts zu vermeiden.

D. Prüfung eines potenziellen Rechtsmissbrauchs

Führt man sich den eingangs angeführten Grenzfall nochmals vor Augen, so bietet dieser zusätzlich auch Raum für eine tiefergehende Analyse im Bereich der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs.

Bei einer Gesetzesumgehung handelt es sich zusammengefasst um den Versuch der Vertragsparteien, durch die Art und Gestaltung des Rechtsgeschäftes die Anwendung einer bestimmten gesetzlichen Regelung zu vermeiden (Tatbestandvermeidung) bzw das Eingreifen einer anderen Norm zu erreichen (Tatbestandserschleichung).³² Unter dieser Prämisse wird von den Parteien ein Umgehungsgeschäft mit dem Rechtsfolgewillen abgeschlossen, dass damit ein gewisser wirtschaftlicher Erfolg eintritt, welcher durch die Vornahme des direkten Geschäfts aufgrund von rechtlichen Hindernissen nicht erreicht werden kann.³³

Beim Rechtsmissbrauch geht man von dem Grundsatz aus, dass ein subjektiv zustehendes Recht nicht schrankenlos ausgeübt werden darf, wenn dies wider die guten Sitten erfolgt. Ein Rechtsmissbrauch liegt vor allem dann vor, wenn die Rechtsausübung primär den Zweck hatte, einen anderen zu schädigen. Somit muss das unlautere Motiv der Rechtsausübung offensichtlich im Vordergrund stehen und gegenüber dem lauterem Mo-

tiv eindeutig überwiegen.³⁴ Nach der stRsp³⁵ ist derjenige beweispflichtig, der sich auf den Rechtsmissbrauch beruft und der in diesem Zusammenhang einen Sachverhalt beweisen muss, der die Vermutung der Schädigungs- bzw Missbrauchsabsicht nahelegt.

Der OGH hat sich mit dem Thema der Gesetzesumgehung bzw des Rechtsmissbrauchs im Zusammenhang mit der Hinzu- und Anrechnung bereits näher beschäftigt.³⁶ So hat er zuletzt in der E 27. 10. 2016, 2 Ob 145/16m³⁷ die Frage beantwortet, ob die Schenkung an den Ehegatten des eigenen pflichtteilsberechtigten Kindes als Gesetzesumgehung oder als Rechtsmissbrauch gewertet werden kann, da diese Person nicht Teil des pflichtteilsberechtigten Personenkreises ist, sondern anrechnungstechnisch als Dritte gilt, die sich gem § 782 Abs 1 ABGB eine Schenkung nur die letzten zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers hinzu- und anrechnen lassen müsste. Er hat entschieden, dass eine Gesetzesumgehung nur dann vorliegt, wenn der im Verhältnis zum Verstorbenen pflichtteilsberechtigte Ehegatte des Beschenkten, sprich das Kind des Erblassers, im Innenverhältnis eine rechtliche Stellung erlangt, die jener eines Übernehmers des geschenkten Vermögens gleichkommt.

Die Geltendmachung eines Rechtsmissbrauchs ist laut OGH nur dann möglich, wenn der Geschenkgeber und der durch die geplante Schenkung begünstigte Pflichtteilsberechtigte bzw Dritte in Schädigungsabsicht hinsichtlich der (übrigen) Pflichtteilsberechtigten zusammenwirken. Dies wäre dann der Fall, wenn der Geschenkgeber mit seinem pflichtteilsberechtigten Kind vereinbart, dass die Schenkung an den Ehegatten des pflichtteilsberechtigten Kindes nur deswegen gemacht wird, damit die übrigen Pflichtteilsberechtigten in ihrem Pflichtteil verkürzt

diese Grenze jedoch ein guter Kompromiss. € 1.000,- von € 4.000,- des aus den Einkünften monatlich Angesparten auf periodische Art und Weise zu verschenken, ist zwar eine beträchtliche Summe, aber immer noch nur ein Bruchteil des Gesamtwerts des anzusparen möglichen Betrags. So würde der Ausnahmetatbestand von § 781 1. Fall ABGB nicht ausgehöhlt werden (dies wäre bspw bei einer 10%-Grenze der Fall –€ 400,- von € 4.000,-). Da der OGH hier den Richtwert von 25% vorgegeben hat und man auf dieser Judikatur gedanklich gut aufbauen kann, ist hier mE eine Wertgrenze von 25% gut vertretbar.

³² *Welser/Kletečka*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts I¹⁵ (2018) Rz 466; *Mader*, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) 137 f; *Mader*, Pflichtteilsverzicht und Schenkungsanrechnung – Rechtsmissbrauch oder Gesetzesumgehung? in *Kletečka/Schauer/Zankl* (Hrsg), Festschrift Rudolf Welsler zum 65. Geburtstag (2004) 669 (677 ff); *Umlauf*, Anrechnung² 241; OGH 27. 10. 2016, 2 Ob 145/16m Zak 2017/15 = NZ 2017/9 = EF-Z 2017/37 (A. Tschugguel) = iFamZ 2017/73 (Schweda) = EvBl 2017/57 (Apathy).

³³ *Mader*, Rechtsmissbrauch 138; *Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ §§ 897–916 (2011) § 916 Rz 21; *Umlauf*, Anrechnung² 241.

³⁴ *F. Bydliński*, Skizzen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im österreichischen Privatrecht, in FS Krejci (2001) 1079 ff; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 157 f; *Kuras*, Betriebsübergang – Fragen des Rechtsmissbrauches, DRdA 2015, 402; *Mader*, Neuere Judikatur zum Rechtsmissbrauch, JBI 1998, 677; *Tremmel*, Rechtsmissbrauch mit Patenten, ÖBl 2008/43; OGH 16. 11. 1989, 3 Ob 566/89; 18. 12. 1996, 7 Ob 2314/96m; 29. 9. 2010, 9 Ob 81/10t wbl 2011/56 = ecolex 2011/64 = DRdA 2012/27 (Reissner) = SZ 2010/116; 21. 11. 2013, 1 Ob 181/13v Zak 2014/131 = ecolex 2014/135 = EFSlg 138.813; 27. 2. 2017, 6 Ob 122/16h NZ 2017/67 = RdW 2017/286 = wbl 2017/149.

³⁵ OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 139/03z ZVR 2003/104 = EvBl 2004/19; 26. 9. 2007, 7 Ob 106/07z; 29. 9. 2016, 2 Ob 220/15i Zak 2016/736 = JEV 2016/18 = NZ 2016/165.

³⁶ OGH 19. 12. 2002, 6 Ob 290/02v ecolex 2003/129; zuletzt OGH 27. 10. 2016, 2 Ob 145/16m Zak 2017/15 = NZ 2017/9 = EF-Z 2017/37 (A. Tschugguel) = iFamZ 2017/73 (Schweda) = EvBl 2017/57 (Apathy); Näheres hiezu bei *Umlauf*, Anrechnung² 244 ff.

³⁷ Zak 2017/15 = NZ 2017/9 = EF-Z 2017/37 (A. Tschugguel) = iFamZ 2017/73 (Schweda) = EvBl 2017/57 (Apathy).

werden, ohne dass die Regelungen der Hinzu- und Anrechnung greifen.³⁸

Die Ausführungen des OGH zum Verdacht einer Gesetzesumgehung können durch das ErbRÄG 2015 relativiert werden, da nun in § 781 ABGB die hinzu- und anrechenbare Schenkung definiert wird und in Abs 2 Z 6 leg cit zusätzlich auch ausgeführt wird, dass jede andere Leistung, die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommt, als Schenkung zu qualifizieren ist. Wenn daher im Innenverhältnis zwischen dem Dritten als Geschenknehmer und der pflichtteilsberechtigten Person diesem eine rechtliche Stellung eingeräumt wird, die einem Geschenknehmer gleichkommt, wie dies bspw bei einer Treuhandvereinbarung der Fall wäre, so ist eine derartige Fallkonstellation nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt als Schenkung iSd § 781 Abs 2 Z 6 ABGB zu qualifizieren. Wie *Umlauf*³⁹ treffend feststellt, wäre hier seit dem ErbRÄG 2015 keine Gesetzesumgehung mehr zu „bemühen“.

Der eingangs angeführte Grenzfall ist in gewisser Hinsicht anders gestaltet. Gerade weil der Wortlaut von § 784 Fall 1 ABGB es ermöglicht, dass periodische Teilschenkungen nicht unter die Hinzu- und Anrechnung fallen, da sie das Stammvermögen nicht schmälern, ist der Rechtsfolgewillen bei derartigen Zuwendungen direkt auf § 784 ABGB gerichtet. Durch das Aufzeigen des hier vorliegenden Wertungswiderspruchs und der Ansicht, diesen durch eine teleologische Reduktion aufzulösen, ist das Vorliegen einer Gesetzesumgehung im Ergebnis zu verneinen.

Hinsichtlich des Rechtsmissbrauchs ist laut OGH⁴⁰ auch bei erbrechtlich gelagerten Fällen das essenzielle Kriterium das Vorliegen einer Schädigungsabsicht, die als unlauteres Motiv der Rechtsausübung im Vordergrund steht. In praktischer Hinsicht stellt sich die Frage, ob in einem streitigen Erbrechtsverfahren eine derartige Schädigungsabsicht auch nachweisbar ist, wenn periodische Schenkungen über einen langen Zeitraum hinweg durchgeführt worden sind. Kann vom verkürzten Pflichtteilsberechtigten eine Schädigungsabsicht auch nach zehn Jahren innerhalb des Erbrechtsverfahrens noch nachgewiesen werden, vor allem wenn die Person, die die Schenkungen gemacht hat, bereits verstorben ist?

Um derartige Beweisschwierigkeiten für den verkürzten Pflichtteilsberechtigten im Vorfeld vermeiden zu können, bietet sich mE die vorher erörterte teleologische Reduktion an, um in derartig gelagerten Fällen einem

Geschenknehmer nicht die Möglichkeit zu bieten, in den Genuss des § 784 Fall 1 zu gelangen.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

Bei periodischen (bspw monatlichen) Schenkungen zeigt sich, dass mit Hilfe des § 784 Fall 1 ABGB Regelungen zur Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen umgangen werden können. Es kommt nur darauf an, ob die Schenkung in periodische Teilschenkungen über einen Zeitraum von mehreren Jahren aufgesplittet wird oder ob es nach mehreren Jahren nur zu einer einmaligen lebzeitigen Schenkung kommt oder derselbe Betrag im Laufe der Jahre in mehreren größeren Tranchen verschenkt wird. Im ersten Fall käme es dem Wortlaut des § 784 Fall 1 ABGB nach nicht zu einer Hinzu- und Anrechnung, da hier keine Schmälerung des Stammvermögens stattfindet. Im zweiten Fall sind die einmalige Schenkung oder die mehreren größeren Schenkungen jedoch relevant für eine Hinzu- und Anrechnung, da in der Zwischenzeit der angesparte Teil der laufenden Einkünfte jedes vergangenen Jahres am Ende jeden Jahres zum Teil des Stammvermögens geworden ist. Im Ergebnis erhält der Geschenknehmer dieselbe Schenkungshöhe, würde jedoch bei einer Verkürzung der Pflichtteile nur bei Vorliegen einer einmaligen Schenkung oder mehrerer größerer Schenkungen für die Pflichtteilsbefriedigung gem §§ 789 ff ABGB haftbar gemacht.

Dieser Wertungswiderspruch kann durch eine teleologische Reduktion gelöst werden, welche die Schenkung großer Vermögensteile in Form von periodischen Teilschenkungen vom Anwendungsbereich des § 784 Fall 1 ABGB ausnimmt. Dies würde mE dem Normzweck der Regelung sowie dem Willen des historischen Gesetzgebers entsprechen, welcher die Ausnahmeregelung laut Herrenhausbericht insbesondere für „übliche Gelegenheitsgeschenke von verhältnismäßig geringem Betrag“ vorgesehen hat.

Um für Rechtssicherheit zu sorgen, könnte parallel zur bisherigen Rsp des OGH die periodische Verschenkung von insgesamt 25% der laufenden Einkünfte abzüglich der eigenen Lebenshaltungskosten als Grenze für die Anwendung von § 784 Fall 1 ABGB festgelegt werden. Dies darf jedoch nur für jene Schenkungen gelten, die an eine bestimmte Person gemacht wurden und bei denen eine gewisse Periodizität vorliegt. Wenn dies der Fall ist, sollten derartige unentgeltliche periodische Vermögensübertragungen, die betragsmäßig über dieser 25%-Grenze liegen, als relevant für eine Hinzu- und Anrechnung qualifiziert werden, auch wenn sie das Stammvermögen jede für sich betrachtet nicht schmälern.

Bei periodischen Teilschenkungen an einen Pflichtteilsberechtigten, die die übrigen Pflichtteilsberechtigten in ihrem Pflichtteilsanspruch verkürzen, kann eine derartige Vorgangsweise – im Fall des Beweises einer Schädigungsabsicht – theoretisch auch als Rechtsmissbrauch qualifiziert werden, falls diese als unlauteres Motiv auch

³⁸ OGH 27. 10. 2016, 2 Ob 145/16m Zak 2017/15 = NZ 2017/9 = EF-Z 2017/37 (A. Tschugguel) = iFamZ 2017/73 (Schweda) = EvBl 2017/57 (Apathy).

³⁹ Anrechnung² 249.

⁴⁰ OGH 19. 12. 2002, 6 Ob 290/02v ecollex 2003/129; zuletzt OGH 27. 10. 2016, 2 Ob 145/16m Zak 2017/15 = NZ 2017/9 = EF-Z 2017/37 (A. Tschugguel) = iFamZ 2017/73 (Schweda) = EvBl 2017/57 (Apathy).

im Vordergrund der Rechtsausübung stand. Da in derartig komplexen Fällen jedoch für einen verkürzten Pflichtteilsberechtigten Beweisschwierigkeiten bestehen, da der Verstorbene als Geschenkgeber durch sein Ableben nicht mehr zu seinen Intentionen befragt werden kann, bietet sich die Möglichkeit der teleologischen Reduktion als bessere Möglichkeit an, um zu vermeiden, dass solche Fälle unter den 1. Ausnahmetatbestand des § 784 ABGB subsumiert werden.

Über den Autor:

Dr. Nikolaus Krausler war Projektassistent (Postdoc) am Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg und ist derzeit Rechtsanwaltsanwärter bei CERHA HEMPEL.