

C. Anrechnung

Hat der Verstorbene einem Pflichtteilsberechtigten Schenkungen iSd § 781 ABGB zugewendet, die der Hinzurechnung unterliegen, und ist der Geschenknehmer im Todeszeitpunkt des Verstorbenen konkret pflichtteilsberechtigt, erfolgt nach der Berechnung des Pflichtteils eine Anrechnung dieser Zuwendungen auf den Pflichtteil (§ 787 Abs 2 ABGB). „Anrechnung“ bezeichnet dabei den Vorgang des Abzugs des Schenkungsbetrags vom berechneten Pflichtteil.¹⁶⁸ Die Anrechnung findet allerdings nur bei konkret pflichtteilsberechtigten Personen statt, denen tatsächlich ein Pflichtteil zukommt und die eine Zuwendung erhalten haben.¹⁶⁹ Im Umfang des Betrags, der nach der Anrechnung vom Pflichtteil übrig bleibt, steht dem Pflichtteilsberechtigten dann ein Pflichtteilsanspruch zu.¹⁷⁰

Beispiel 3: Die alleinstehende letztwillig Verfügende V hinterlässt ihre zwei Kinder A und B. Zu Lebzeiten hat sie A ein Sparbuch mit einem Einlagenstand von 20.000 € geschenkt. Als V schließlich verstirbt, verbleibt – abzüglich der Schulden iHv 10.000 € – ein Vermögen von 60.000 € in der Verlassenschaft (= reine Verlassenschaft). Vs Gesamtrechtsnachfolgerin ist ihre in einer gültigen letztwilligen Verfügung als Alleinerbin eingesetzte gute Freundin F.

Im Verfahren über die Pflichtteile verlangt B gem § 783 ABGB die Berücksichtigung der Schenkung an A. Die Pflichtteilsbemessungsgrundlage beträgt daher aufgrund der Hinzurechnung der Schenkung zur reinen Verlassenschaft 80.000 € (60.000 € + 20.000 €). Die Pflichtteile ergeben sich durch anschließende Anwendung der Pflichtteilsquote (bei zwei Kindern je 1/4 gem § 732 iVm § 759 ABGB) auf diese Summe. A und B steht daher ein Pflichtteil iHv je 20.000 € zu (80.000 € x 1/4). A muss sich seine Schenkung jedoch auf den Pflichtteil anrechnen lassen. Ihm kommt darum kein Pflichtteilsanspruch mehr zu (20.000 € – 20.000 €). B hingegen kann gem §§ 763f ABGB seinen Pflichtteil als Pflichtteilsanspruch iHv 20.000 € gegen die Verlassenschaft bzw die Erben geltend machen, da bei ihm mangels Zuwendungen von V keine Anrechnung von Schenkungen vorzunehmen ist.

Auch Personen, die durch Repräsentation oder Anwachsung an die Stelle des Pflichtteilsberechtigten treten, unterliegen gem § 783 Abs 1 Satz 1 ABGB der Anrechnung einer Schenkung an den weggefallenen Pflichtteilsberechtigten.¹⁷¹ Zu beachten ist, dass im Fall der Anwachsung eine Anrechnung nur hinsichtlich des angewachsenen,

168 Vgl Fidler, PSR 2017, 52 (53); Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud 89 (89). Umlauf (Hinzurechnung² 86) meint diesbezüglich, dass der Gesetzgeber in § 783 ABGB nur von einer „allfälligen“ Anrechnung sprechen sollte, da sich das Gesetz auf abstrakt wie konkret Pflichtteilsberechtigte beziehe, es aber nur bei einem konkret Pflichtteilsberechtigten zur Anrechnung komme (s dazu bereits III. A.).

169 Welsch, Erbrechts-Kommentar § 783 ABGB Rz 3; ders, Erbrecht 211.

170 Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} § 763 Rz 1 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); s dazu II. E.

171 Umlauf, Hinzurechnung² 102; Welsch, Erbrechts-Kommentar § 783 ABGB Rz 1, 8. Diesbezüglich ist die etwas verwirrende Regelung des § 787 Abs 2 ABGB immer im Zusammenspiel mit § 783 Abs 1 Satz 1 ABGB zu lesen (Umlauf, Hinzurechnung² 116). Ausf zur Anwachsung: II. D. 2. d).

also den bisherigen Pflichtteil erhöhenden, Teils stattfindet.¹⁷² Der anzurechnende Betrag wird daher verhältnismäßig von der Pflichtteilerhöhung eines jeden einzelnen Anwachsberechtigten abgezogen, was dazu führen kann, dass die Anwachsberechtigten aufgrund der übermäßigen¹⁷³ Schenkung gar keine Erhöhung mehr genießen.¹⁷⁴ Auf ihren ursprünglichen Pflichtteil muss sich eine anwachsberechtigte Person aber nur die Schenkungen, die sie selbst erhalten hat, anrechnen lassen.¹⁷⁵

Die Regeln über die Repräsentation bzw Anwachsung gelten sowohl bei Enterbung, Erbnunwürdigkeit oder Vorversterben als auch im Fall des Pflichtteilsverzichts oder der Erbausschlagung bei Bestehen der Vereinbarung bzw des Ausspruchs, dass diese sich entgegen § 758 Abs 2 Satz 2 bzw § 760 Abs 1 ABGB nicht auch auf die Anwachsung bzw die Repräsentation auswirken.¹⁷⁶ Schließlich sind die angeführten Regelungen auch bei der Pflichtteilsminderung zu beachten, wobei allerdings nur die halbe Pflichtteilsquote übergeht¹⁷⁷ und somit auch nur die halbe Anrechnungslast zu berücksichtigen ist.¹⁷⁸

Die Vorgehensweise bei der Anrechnung gilt auch für Zuwendungen von Todes wegen¹⁷⁹ iSd § 780 ABGB.¹⁸⁰ Diese unterliegen keiner Hinzurechnung, da sie sich gem § 779 Abs 2 ABGB ohnehin noch in der Verlassenschaft befinden, dürfen aber dennoch zu keiner grundlosen Begünstigung einer pflichtteilsberechtigten Person führen.

D. Eckpunkte der Änderung im Anrechnungsrecht durch das ErbRÄG 2015

Durch das ErbRÄG 2015 kam es zu einer wesentlichen Änderung der bisherigen Anrechnungsregeln, da die alte Rechtslage als zu kompliziert kritisiert und eine Gleichbehandlung von Schenkungen und Vorschüssen verlangt wurde.¹⁸¹ Die Re-

172 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 102; *Rucker*, Die Anrechnung im neuen Erbrecht, NZ 2016, 81 (88).

173 Übermäßig ist hier iSv pflichtteilsübersteigend zu verstehen.

174 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 102 f.

175 Vgl dazu die Beispiele bei *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 103 ff.

176 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 106.

177 Siehe dazu II. D. 2. d).

178 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 110.

179 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 32; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 780 ABGB Rz 1; vgl dazu II. E.

180 Vgl *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 780 ABGB Rz 2; *Musger* in KBB⁶ § 780 Rz 1; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1,05} § 780 Rz 1 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

181 Ua *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts, Gutachten für die Verhandlungen des 17. Österreichischen Juristentages Wien 2009, II/1 Zivilrecht (2009) 133 ff; *Zankl*, Rechtsvergleichende Gedanken zu einer Reform der Anrechnung, NZ 1998, 35 (36). Siehe auch den Überblick über die weitreichenden Änderungen im Bereich der Hinzu- und Anrechnung bei *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 8 f und *Krausler*, Schenkungsanrechnung 170 ff.

form hob daher ua die Unterscheidung¹⁸² von Vorschüssen¹⁸³ bzw Vorempfängen¹⁸⁴ und Schenkungen¹⁸⁵ auf: An die Stelle der Anrechnung von Schenkungen gem § 785 ABGB aF einerseits, und der Anrechnung von Vorempfängen und Vorschüssen gem §§ 788 f ABGB aF andererseits, tritt nun das einheitliche Rechtsinstitut der Hinzu- und Anrechnung von Zuwendungen¹⁸⁶, wobei es je nach gesetzlicher Bestimmung, Vereinbarung oder letztwilliger Verfügung zur Hinzu- und bzw oder Anrechnung kommt.¹⁸⁷ Während diese einheitliche Berechnungsform teilweise als „Mischkonglomerat“¹⁸⁸ der beiden bisherigen Methoden bezeichnet wird, erscheint es *Rabl* zutreffender, von etwas gänzlich Neuem auszugehen.¹⁸⁹

Aufgrund dieser Änderung kam es auch zum Wegfall zweier verschiedener Massen als Bemessungsgrundlagen.¹⁹⁰ Zudem erfolgt der Abzug der Zuwendung im Gegensatz zur alten Rechtslage, nach der aufgrund von Schenkungen gem § 785 ABGB

182 *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 403.

183 Als Vorschuss iSd § 789 ABGB aF wurden nach alter Rechtslage jene Leistungen bezeichnet, die der Verstorbene dem Pflichtteilsberechtigten als Vorschuss auf den Pflichtteil geleistet hatte, wobei spätestens im Zuwendungszeitpunkt Konsens über den Charakter der Leistung als anzurechnender Vorschuss herrschen musste (vgl *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 407 f mwN).

184 Vor dem ErbRÄG 2015 galten als Vorempfänge gewisse, in § 788 ABGB aF taxativ aufgezählte Leistungen des Verstorbenen an seine Nachkommen, denen ein gewisser Versorgungscharakter innewohnte: Die Ausstattung, die Unterstützung, die unmittelbar zum Antritt eines Amtes oder eines Gewerbes geleistet wurde und die Bezahlung der Schulden eines volljährigen Kindes (vgl *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 404 ff mwN).

185 Die Anrechnung von Schenkungen (wobei der Begriff der Schenkung bereits iSe wirtschaftlichen Betrachtungsweise weit zu interpretieren war) erfolgte nach alter Rechtslage nicht wie die Anrechnung von Vorschüssen und Vorempfängen gem §§ 788 f ABGB aF, sondern richtete sich nach § 785 ABGB aF (*Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* 414 mwN).

186 Damit sind nicht nur Schenkungen iSd § 938 ABGB gemeint, sondern auch gleichwertige Verfügungen iSd § 781 Abs 2 ABGB, mit denen eine frühzeitige Pflichtteilserfüllung bezweckt wird (vgl *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 [92]; *Rabl* in FS Bittner 471 [483]). In der Lit haben sich dafür ua die Begriffe der „Pflichtteilsschenkung“ (*Rabl* in FS Bittner 471 [483]) oder „Vorschussschenkung“ (*Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 [107]), der in diesem Zusammenhang die verwirrende terminologische Handhabung, die Schenkungen gleichbehandelt wie Vorschüsse vor dem ErbRÄG 2015 und Vorschüsse zu einer Kategorie der Schenkungen macht, bemängelt) eingebürgert; vgl zu den verschiedenen Zuwendungsarten: III. E. 2.

187 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 3 und 8. Dadurch werden die bisher bestehenden Abgrenzungsprobleme vermieden (*Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 255 mwN).

188 So noch *Rabl*, EF-Z 2016, 284 (287).

189 In FS Bittner 471 (483).

190 Vgl *Rabl*, NZ 2015, 321 (336); *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 86. Krit *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 (93), der betont, dass durch die Reduzierung auf eine Masse zwar eine gewisse Erleichterung eintrete, im Fall des Anrechnungserlasses jedoch unterschiedliche Bemessungsgrundlagen zu ermitteln seien, was zu Schwierigkeiten führen könne.

aF nur der Schenkungspflichtteil¹⁹¹ zu verringern war¹⁹², vom gesamten Pflichtteil. Die Unterscheidung zwischen Nachlasspflichtteil und Schenkungspflichtteil ist damit ebenso hinfällig geworden.¹⁹³ Die Berechnung erfolgt daher, wie bereits erwähnt, durch Ermittlung der reinen Verlassenschaft, zu der Schenkungen iSd § 781 ABGB addiert werden. Dies bildet die einheitliche Masse, von der anschließend die Pflichtteile betragsmäßig festzustellen sind. Der tatsächliche Anspruch entsteht dann durch Abzug der gegebenenfalls vom jeweiligen Pflichtteilsberechtigten erhaltenen Zuwendungen.¹⁹⁴ Bei zwei Kindern, die eine betragsmäßig gleiche Zuwendung einerseits in Form einer klassischen Schenkung und andererseits in Form eines Vorschusses bekommen, lautet der sich ergebende Pflichtteilsanspruch nach neuer Rechtslage auf denselben Betrag, während nach alter Rechtslage unterschiedliche Zuwendungsarten, Bemessungsgrundlagen und Berechnungsmethoden zu verschiedenen Ergebnissen führten.¹⁹⁵

Ferner ist auch eine terminologische Änderung hervorzuheben: Die alte Rechtslage bezeichnete sowohl das Hinzuschlagen einer Zuwendung zur reinen Verlassenschaft als auch den allfälligen Abzug einer Schenkung vom Schenkungspflichtteil bzw eines Vorempfangs oder Vorschusses vom Nachlasspflichtteil als „Anrechnung“. Befand sich die betreffende Zuwendung ohnehin noch in der Verlassenschaft, kam es zur sog „Einrechnung“.¹⁹⁶ Demgegenüber gilt der Begriff „Anrechnung“ nach dem ErbRÄG 2015 (nur) für den Abzug der eigenen Zuwendung vom Pflichtteil bei Ermittlung des Pflichtteilsanspruchs. Das Hinzuschlagen der Zuwendung zur reinen Verlassenschaft ist wiederum als „Hinzurechnung“ im Gesetz verankert.¹⁹⁷ Eine „Einrechnung“ existiert überhaupt nicht mehr, vielmehr wird im Rahmen des § 780 ABGB bei sich noch in der Verlassenschaft befindlichen Zuwendungen ebenso von der „Anrechnung“ gesprochen, wobei es hier nicht zu einer Hinzuschlagung, sondern nur zum „bloßen“ Abzug vom Pflichtteil kommt.¹⁹⁸

191 Auch Pflichtteilerhöhung genannt. Damit ist die Differenz zwischen dem unter Hinzuschlagung aller Zuwendungen berechneten erhöhten Pflichtteil und dem gemeinen Pflichtteil, der nur unter Berücksichtigung von Vorempfängen und Vorschüssen zu berechnen war, gemeint: OGH 7 Ob 2373/96p SZ 70/107 = EFSlg 84.340; *Welser in Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (2015) § 785 Rz 25 mwN.

192 *Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud* 89 (91).

193 Begründend *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 86; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 787 ABGB Rz 1; *ders*, Erbrecht 219.

194 Vgl *Kletečka in Rabl/Zöchling-Jud* 89 (91).

195 *Völkl/Bardeau*, Erben NEU 39.

196 *Umlauf*, Anrechnung 3 mwN.

197 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 32f. Nach alter Rechtslage hat dieser Zustand oftmals für Verwirrung gesorgt, weshalb die sprachliche Differenzierung durch das ErbRÄG 2015 zu begrüßen ist (*Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 2 f).

198 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 57 f.

E. Die hinzu- und anzurechnenden Schenkungen

1. Einleitung

Fraglich ist, welche Voraussetzungen eine Zuwendung erfüllen muss, damit sie in den Anwendungsbereich der Hinzu- und Anrechnung fällt. Diesbezüglich stellt § 781 ABGB klar, **welche Zuwendungen** als „Schenkung unter Lebenden“ **hinzu- und anzurechnen** sind. Das ErbRÄG 2015 erweitert diesen Kreis im Vergleich zur alten Rechtslage¹⁹⁹ und grenzt ihn durch den Bezug auf den wirtschaftlichen Gehalt von den Schenkungen iSd 18. Hauptstücks ab.²⁰⁰ Dabei regelt es auch erstmals²⁰¹ ausdrücklich die Hinzu- und Anrechnung im Zusammenhang mit Privatstiftungen^{202, 203}

Der Schenkungsbegriff des § 781 ABGB umfasst jedoch nicht Zuwendungen von Todes wegen gem § 780 ABGB, da Vermächnisse und Erbteile nicht bereits zu Lebzeiten erfolgen, sondern erst aus der Verlassenschaft zu begleichen sind und sich daher während des Verlassenschaftsverfahrens noch in der Verlassenschaft befinden.²⁰⁴

Während sowohl im Gesetz als auch in der vorliegenden Arbeit regelmäßig nur von „Schenkungen“ die Rede ist, zählen dazu immer alle von § 781 ABGB umfassten Zuwendungen unter Lebenden, also sowohl Schenkungen als auch einer Schenkung gleichgestellte Zuwendungen.²⁰⁵

199 *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} § 781 Rz 3 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

200 *Löcker* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.04} § 791 Rz 4 (Stand 1. 2. 2020, rdb.at); *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 58.

201 Vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 zählten Zuwendungen an Stiftungen generell noch nicht zum Kreis jener Schenkungen, die der Hinzu- und Anrechnung sowie der Haftung („Herausgabepflicht“ nach alter Rechtslage) unterlagen. Durch seine Rsp erreichte der OGH jedoch deren analoge Berücksichtigung im Pflichtteilsrecht (vgl 6 Ob 180/01s ecolex 2002/1 = JBl 2002, 176 [im konkreten Fall verneinend]; 6 Ob 290/02v ecolex 2003/129 [B. Jud] = NZ 2003/49 [zust *Schauer*] = EFSlg 100.599 = ÖJZ 2003/81; 10 Ob 45/07a ecolex 2007/285 [krit *Limberg*] = EF-Z 2007/115 [zust *Zollner*] = GesRZ 2007, 437 [*Arnold*] = EFSlg 117.211 = HS 38.284 = JBl 2007, 780 = JEV 2007/34 = NZ 2008/3 = RdW 2007/687 = Zak 2007/645).

202 Da eine intensive Beschäftigung mit dem Privatstiftungsrecht den Rahmen dieses Werks sprengen würde, kann diese Thematik nur ansatzweise und an passender Stelle erläutert werden. Siehe ausf zur Privatstiftung im Hinzu- und Anrechnungsrecht zB *Fidler*, PSR 2017, 52 (52 ff); *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015 – der „neue“ Rechtsrahmen zur Berücksichtigung stiftungsnaher Transaktionen, JEV 2015, 120 (120 ff); *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 147 ff; *Zöchling-Jud*, Nochmals: Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015, ZFS 2017, 162 (164 ff).

203 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 8; vgl dazu *Spitzer*, „An seinem Ende“: Kafkas Türhüterparabel und das Erbrecht, in *Bezemek* (Hrsg), Vor dem Gesetz – Rechtswissenschaftliche Perspektiven zu Franz Kafkas „Türhüterlegende“ (2019) 147 (150).

204 Die in § 780 ABGB genannte „Anrechnung“ ist demnach nicht mit der Anrechnung gem § 781 ABGB zu verwechseln. In Bezug auf Stiftungen schränkt *Fidler* den Anwendungsbereich des § 780 ABGB stark ein (PSR 2017, 52 [57 f]).

205 *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ §§ 782, 783 Rz 5.

2. Die Schenkungstatbestände des § 781 ABGB

Gem § 781 ABGB unterliegen neben der klassischen Schenkung iSd §§ 938 ff ABGB²⁰⁶ auch die Schenkung auf den Todesfall (die im Gegensatz zur alten Rechtslage nun gem § 603 ABGB auch nach dem Tod des letztwillig Verfügenden als Vertrag und damit als Schenkung zu behandeln ist),²⁰⁷ die Ausstattung eines Kindes, Vorschüsse auf den Pflichtteil, Abfindungen für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht, Zuwendungen an Privatstiftungen²⁰⁸, die Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung, soweit ihr der Verstorbene sein Vermögen gewidmet hat,²⁰⁹ und jede andere Zuwendung, die bei einer wirtschaftlichen Betrachtung einem unentgeltlichen, einseitig begünstigenden Rechtsgeschäft gleichkommt, der Hinzu- und Anrechnung (§ 781 Abs 2 ABGB).²¹⁰ Die Aufzählung in Abs 2 leg cit ist taxativ, weist jedoch durch seine Z 6, die auf den „wirtschaftlichen Gehalt“ abstellt, eine gewisse Flexibilität auf.²¹¹

Hat ein Kind kein eigenes, zu seiner Ausstattung hinlängliches Vermögen, so gebührt ihm anlässlich seiner Verhehlung bzw Verpartnerung gem § 1220 ABGB ein Anspruch gegen die Eltern und Großeltern auf eine entsprechende Ausstattung, und zwar nach Maßgabe und Reihenfolge deren Unterhaltspflicht. Da es sich bei der angemessenen Ausstattung gem § 1220 ABGB um einen tatsächlichen Rechtsanspruch handelt, stellt sie keine Schenkung iSd §§ 938 ff ABGB dar. Der Gesetzgeber hat darum mit § 781 Abs 2 Z 1 ABGB die Gleichstellung der Ausstattung mit Schenkungen ausdrücklich hergestellt.²¹² Wie § 789 Abs 1 Satz 2 ABGB darlegt, ist

206 Wonach eine Schenkung als zweiseitiges, unentgeltliches Geschäft ein freiwilliger und ohne Gegenleistung erfolgender Konsensualvertrag ist, auf den keine Verpflichtung bestanden hat (vgl ua *Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I – Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹⁵ [2018] Rz 377; *Krausler*, Schenkungsanrechnung 173 f; *Löcker* in *Kletečka/Schauer* [Hrsg], ABGB-ON¹⁰³ § 938 Rz 10 f [Stand 1. 2. 2020, rdb.at] mwN).

207 *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 (93 f); *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁴ § 791 Rz 3; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 256 f; *Krausler*, Schenkungsanrechnung 175 f. Vgl zur Vorgehensweise nach alter Rechtslage: OGH 2 Ob 201/17y ecolex 2019/2 = NZ 2019/15 = Zak 2018/557.

208 Für die als nicht pflichtteilsberechtigte Personen stets die befristete Hinzurechnung gem § 782 Abs 1 ABGB gilt; vgl dazu auch IV. I. 4. c) cc).

209 Die Zuwendung bezieht sich damit nur auf jenen Vermögensteil, den der Verstorbene der Stiftung gestiftet hat. Von anderen Personen gestiftetes Vermögen bleibt unberücksichtigt. Da ein Stifter kaum jemals sein gesamtes Vermögen der Stiftung zuwendet, ist die Formulierung „sein Vermögen“ einschränkend auszulegen (*Arnold*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU-ErbVO, GesRZ 2015, 346 [353]; sich anschließend *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 152 f).

210 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33.

211 *Schauer*, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 193 (198); *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 257.

212 Zust *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 258; krit *Zankl* in *Rabl/Zöchling-Jud* 111 (111). Nach *Eccher* liegt die einmalige Ausstattung einer Schenkung näher als dem laufenden Unterhalt (Erbrechtsreform, Rz 163; vgl auch *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 258 f FN 632).

die Ausstattung, auf die ein Anspruch gem § 1220 ABGB besteht, jedoch keine von der Haftung umfasste Schenkung.²¹³ Hier ergibt sich also ein Unterschied zwischen den in § 781 ABGB genannten und den von § 789 ABGB erfassten Zuwendungen.²¹⁴

Aufgrund der Aufhebung der Trennung zwischen Vorschüssen und Schenkungen durch das ErbRÄG 2015 bilden Vorschüsse eigentlich keine eigenständige Kategorie mehr, da nun jede Zuwendung iSd § 781 ABGB als Vorschuss auf den Pflichtteil gilt.²¹⁵ Deshalb könnte die Nennung des Vorschusses in § 781 Abs 2 Z 2 ABGB eigentlich entfallen.²¹⁶ Der Gesetzgeber wollte damit jedoch klarstellen, dass hinsichtlich eines Vorschusses keine Vereinbarung wie nach § 789 ABGB aF mehr notwendig ist, sondern die Hinzu- und Anrechnungspflicht vermutet wird.²¹⁷

Auch die Abfindung für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht stellt nunmehr gem § 781 Abs 2 Z 3 ABGB eine hinzu- und anzurechnende Zuwendung dar.²¹⁸ Die Einordnung als Schenkung gilt jedoch nur im erbrechtlichen Kontext, was insofern zu berücksichtigen ist, als der Erb- oder Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung zwischen den Vertragspartnern als entgeltlicher Vertrag mit glücksverträglichen Elementen anzusehen ist und daher die Vereinbarung der Abfindung formfrei erfolgen kann.²¹⁹ Hintergrund dieser Nennung ist, dass der Verzicht üblicherweise zu keiner Quotenerhöhung bei den übrigen Pflichtteilsberechtigten führt (§ 760 Abs 1 ABGB). Der Ausgleich für die Verminderung der Verlassenschaft durch die Abfindung erfolgt jedoch durch die Hinzurechnung der Abfindung zur reinen Verlassenschaft.²²⁰

Bei Zuwendungen im Zusammenhang mit einer Privatstiftung ist zu beachten, dass eine doppelte Hinzurechnung des Vermögens, das der Verstorbene der Privatstiftung gestiftet hat (§ 781 Abs 2 Z 4 ABGB) und das gleichzeitig einem Begünstigten der Stiftung durch seine Stellung zukommt (Z 5 leg cit), nach hA zu vermeiden ist

213 *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 (107).

214 Vgl dazu näher unter IV. E.

215 *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 (96f).

216 *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 (96f), der sich fragt, worin überhaupt der Unterschied zwischen einer Schenkung und einem Vorschuss bestehe, und zum Schluss der Ununterscheidbarkeit kommt, weshalb der Vorschuss als eigene Zuwendungsart keinen Sinn mehr mache. AA *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 260, der zwischen bloßen Schenkungen und solchen mit Vorschusscharakter unterscheidet.

217 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33; *Echer*, Erbrechtsreform, Rz 164; inhaltlich zust jedoch krit hinsichtlich der Regelungstechnik *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 (92f); aA *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 260, nach dem es sich bei einem Vorschuss iSd § 781 Abs 2 Z 2 ABGB um eine spezielle Zuwendung handelt, der eine Anrechnungsvereinbarung zugrunde liege und auf die § 784 ABGB (vgl dazu III. I. 1.) keine Anwendung finde.

218 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33. Diese Klarstellung begrüßend *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 260; sich anschließend *Apathy/Neumayr* in KBB⁶ § 551 Rz 3.

219 *Apathy/Neumayr* in KBB⁶ § 551 Rz 3 mwN; *Nemeth* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 551 Rz 4 mwN; s zur alten Rechtslage insb OGH 4 Ob 219/09y JBl 2010, 440 (*Kogler*) = EFSlg 127.092 = EF-Z 2010/114 = MietSlg 62.060 = NZ 2010/62 = Zak 2010/188.

220 *Echer*, Erbrechtsreform, Rz 165. Zu einer Anrechnung kommt es mangels Pflichtteilsberechtigung im Todeszeitpunkt allerdings nicht (*Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 [98]; vgl auch *Krausler*, Schenkungsanrechnung 181).

(Verbot der Doppelhinzurechnung).²²¹ Diesbezüglich verlangen *Fidler*²²² und *Umlauf*²²³ die vorrangige Hinzurechnung der Vermögenszuwendung an eine Privatstiftung²²⁴, da der Wert der Einräumung einer Begünstigtenstellung niemals größer sein kann als das der Privatstiftung gestiftete Vermögen.

Die entgegengesetzte Auslegung, welche die Stellung des Begünstigten gleichermaßen berücksichtigen möchte und zur Verhinderung einer Doppelhinzurechnung bei gleichzeitigem Zutreffen der §§ 781 Abs 2 Z 4 und Z 5 ABGB vor der Hinzurechnung der Zuwendungen den Wert der Begünstigtenstellung vom Wert des gestifteten Vermögens abzieht,²²⁵ führt schlussendlich zum selben Ergebnis. Aufgrund des höheren Verfahrensaufwands und der Schwierigkeit der Bewertung der Begünstigtenstellung ist sie jedoch *Umlauf*s Ansicht nach idR abzulehnen.²²⁶ Sei demnach bereits das gestiftete Vermögen hinzuzurechnen, so müsse sE eine allfällige Hinzurechnung des Werts der Begünstigtenstellung unterbleiben (die Anrechnung²²⁷ ist jedoch weiterhin möglich).²²⁸ Die Hinzurechnung beider Beträge unter Abzug des Werts der Begünstigtenstellung vom Wert des gestifteten Vermögens mache jedoch zB dann Sinn, wenn nicht mehr genügend Vermögen zur Pflichtteilsdeckung in der Verlassenschaft vorhanden ist und es daher zur Inanspruchnahme gem §§ 789 ff ABGB kommt,²²⁹ da Voraussetzung für § 789 ABGB die Hinzurechnung²³⁰ der betreffenden Zuwendung ist.²³¹

221 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33, unter Berufung auf *B. Jud*, Privatstiftung und Pflichtteilsabdeckung, in *Fischer-Czermak/Kletečka/Schauer/Zankl* (Hrsg), Festschrift Rudolf Welser (2004) 369 (380); OGH 2 Ob 98/17a GesRZ 2018, 191 (zust *Klampff*) = NZ 2018/64 (*Hofmann*) = PSR 2018/20 (*Burger-Scheidlin*) = iFamZ 2018/108 = ZFS 2018, 55 (*Huemer*); so auch *Arnold*, GesRZ 2015, 346 (348 und 352); *Eccher*, Erbrechtsreform, Rz 171; *Rucker*, NZ 2016, 81 (85 mwN); *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 152, 154 mwN. AA wohl *Rabl*, NZ 2015, 321 (338). Vgl *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 193 (201 f), der betont, dass eine doppelte Hinzurechnung nur im Fall der weniger als zwei Jahre vor dem Todeszeitpunkt wirklich erbrachten Vermögensstiftung nicht bereits rechnerisch auszuschließen sei; ähnlich *Fidler*, PSR 2017, 52 (56), der die Problematik auf die innerhalb der letzten beiden Jahre vor dem Todeszeitpunkt erbrachte Vermögenswidmung sowie auf Zuwendungen in Form von Leistungen auf Lebenszeit einschränkt.

222 PSR 2017, 52 (56 mwN).

223 Hinzu- und Anrechnung² 155.

224 Soweit diese Zuwendung innerhalb der letzten beiden Jahre vor dem Tod des Geschenkgebers wirklich erfolgt ist (§ 782 Abs 1 ABGB).

225 So zuletzt etwa *Klampff*, Vermögenswidmung an eine Privatstiftung – Anmerkung zu OGH 2 Ob 98/17a (GesRZ 2018, 191), GesRZ 2018, 198 (200); *Zöchling-Jud*, ZFS 2017, 162 (170).

226 Hinzu- und Anrechnung² 155 f.

227 Dazu III. C.

228 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 171.

229 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 172 und FN 410; vgl dazu auch IV. B. 2. a) und IV. B. 3. b) bb).

230 Dazu IV. B. 1. c) bb).

231 *Musger* in *KBB*⁶ § 789 Rz 1.

Die Bezugnahme auf den „wirtschaftlichen Gehalt“ (§ 781 Abs 2 Z 6 ABGB),²³² womit der Gesetzgeber eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ausdrücklich der rein rechtlichen vorzieht,²³³ macht deutlich, dass es sich bei den für die Hinzu- und Anrechnung zu berücksichtigenden Schenkungen um einen weit zu verstehenden Begriff handelt.²³⁴ Z 6 leg cit ist daher ein Auffangtatbestand für all jene Zuwendungen, die den Empfänger einseitig begünstigen, jedoch keine Schenkung im technischen Sinn darstellen.²³⁵

Die im früheren § 788 ABGB aF genannten Tatbestände der Zuwendung zum Berufsantritt oder der Bezahlung von Schulden sind zwar nicht mehr ausdrücklich im Gesetz genannt, werden jedoch aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise unter § 781 Abs 2 Z 6 ABGB zu subsumieren sein.²³⁶ Zu den Schenkungen iSd Z 6 leg cit zählen weiters etwa einseitig begünstigende gesellschaftsvertragliche Eintritts-, Anwachsungs- oder Nachfolgeregelungen,²³⁷ die Begünstigung aus einer Lebensversicherung,²³⁸ die unentgeltliche Ausschlagung der Erbschaft (wenn dadurch eine andere Person begünstigt wird),²³⁹ die Einräumung einer vermögenswerten Rechtsstellung (zB der Stifterstellung) gegenüber einer vom Verstorbenen dotierten juristischen Person (zB einer Privatstiftung) außerhalb des § 781 Abs 2

232 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33.

233 So schon zur alten Rechtslage *Ehrenzweig/Kralik*, *Erbrecht*³ 301 mwN.

234 Ua *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 193 (207 f); *Löcker* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 791 Rz 4; *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*² 256 mwN.

235 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33; vgl dazu die Beispiele bei *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*² 262 ff.

236 *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*² 259. So ausdrücklich zur Tilgung von Schulden des Einzelunternehmens des Pflichtteilsberechtigten: OGH 24. 4. 2020, 2 Ob 44/20i.

237 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33; dazu ausf *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 193 (208 ff); *ders*, *Nachfolge im Recht der Personengesellschaften*, in *Gruber/Kals/K. Müller/Schauer* (Hrsg), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*² (2018) § 33 Rz 30 ff; s auch *Kletečka* in *Rabl/Zöchling-Jud* 89 (102 f); *Schopper/Walch*, *Erbrechtliche Fragen zu Aufgriffsrechten bei GmbH-Geschäftsanteilen*, NZ 2020, 161 (174). Vgl zur alten Rechtslage OGH 10 Ob 34/97s ecolx 1997, 774 = EFSlg 84.334 = HS 28.033; *Umlauf*, *Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht (Teil 1)*, Referat zu den Verhandlungen des 17. Österreichischen Juristentages Wien 2009, II/2 Zivilrecht (2010) 131 (139 f mwN).

238 OGH 4 Ob 136/97x EFSlg 84.333 = JBl 1997, 663 = NZ 1997, 394; *Eccher*, *Erbrechtsreform*, Rz 162; *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*² 274 ff mwN.

239 OGH 2 Ob 52/18p SZ 2018/31 = EF-Z 2018/129 (krit A. *Tschugguel*) = EvBl 2018/144 (*Rohrer/Lutschoung*) = EFSlg 157.273 = JBl 2018, 728 = iFamZ 2018/151 = NZ 2018/136 = Zak 2018/435: Entschlagung zugunsten der Ersatzerbin; *Musger* in KBB⁶ § 781 Rz 4; *Welser*, *Erbrechts-Kommentar § 781 ABGB Rz 16*; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ § 781 Rz 19; so bereits zum Schenkungsbegriff des § 785 ABGB aF: *Peer*, *Zur Umgehung des Schenkungspflichtteiles – Bemerkungen zu OGH 29. 4. 1999, 2 Ob 354/98t*, JBl 2001, 127 (129 f); *Zankl*, NZ 2001, 111 (115 f). Krit A. *Tschugguel*, *Akteneinsicht durch Hinzurechnungsberechtigten – Anmerkung zu OGH 2 Ob 52/18p (EF-Z 2018/129)*, EF-Z 2018, 295 (295), der darauf hinweist, dass zusätzlich zur Ausschlagung auch ein Zuwendungswille des Ausschlagenden vorhanden sein müsse, um von einer „Schenkungs“ auszugehen. Dieser müsse sich aus den Umständen des konkreten Falls ergeben, wobei an den Nachweis des Zuwendungswillens ein strenger Maßstab anzulegen sei.

Z 5 ABGB,²⁴⁰ das bewusste Verjährenlassen einer Aktivforderung in Schenkungsabsicht²⁴¹ sowie die Übernahme einer Haftung²⁴².

Schließlich sind auch alle Zuwendungen im privatstiftungsrechtlichen Kontext, die weder unter § 781 Abs 2 Z 4 ABGB noch unter Z 5 leg cit zu subsumieren sind, jedoch trotzdem zu einer Vermögensverschiebung führen und bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommen, hinsichtlich § 781 Abs 2 Z 6 ABGB zu prüfen.²⁴³ Die Mat nennen im Zuge dessen Schenkungen an eine ausländische Stiftung oder vergleichbare Vermögensmassen, wie bspw Trusts.²⁴⁴ ME ist diesbezüglich jedoch der Ansicht *Umlauf*s zu folgen, wonach Zuwendungen an eine einer Privatstiftung vergleichbaren Vermögensmasse bzw die Einräumung der Begünstigtenstellung bei einer solchen – in Abkehr von den ErläutRV²⁴⁵ – unter den Tatbestand des § 781 Abs 2 Z 4 und 5 ABGB zu subsumieren sind.²⁴⁶ Diese Auslegung ergibt sich durch eine „verfassungskonforme Interpretation“ iVm der Bestimmung des § 780 ABGB, die auch auf „vergleichbare Vermögensmassen“ Bezug nimmt.²⁴⁷

Die Erfüllung von Unterhaltsansprüchen sowie die Vereinbarung einer Gütergemeinschaft von Todes wegen²⁴⁸ zählen allerdings auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht zu den Schenkungen iSd § 781 ABGB.²⁴⁹ Dasselbe muss für eine Schenkung auf den Todesfall gelten, die nicht aus Freigiebigkeit, sondern in Erfüllung eines gerichtlichen Scheidungsvergleichs zugunsten der gemeinsamen Kinder an selbige erfolgt.²⁵⁰

F. Das Verlangen der Hinzurechnung von Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen

1. Allgemeines

Gem § 782 ABGB ist die Aktivlegitimation zum Verlangen der Hinzurechnung bei Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte²⁵¹ Personen, die der Verstorbene in

240 OGH 2 Ob 98/17a ecolex 2019/232 (*Rizzi*) = GesRZ 2018, 191 (zust *Klampfl*) = NZ 2018/64 (zust *Hofmann*) = PSR 2018/20 (*Burger-Scheidlin*) = iFamZ 2018/108 = ZFS 2018, 55 (*Huemer*); vgl auch *Arnold*, Privatstiftung und Vermögensopfer, GesRZ 2019, 125 (125).

241 Vgl, Schenken durch Nichtstun – Verjährenlassen einer Forderung als „Schenkungs“ iSd § 781 ff ABGB idF ErbRÄG 2015, EF-Z 2017, 206 (207).

242 Vgl OGH 6 Ob 805/82 SZ 57/7 = NZ 1988, 281.

243 Siehe *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 194 f.

244 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 33.

245 688 BlgNR 25. GP 33.

246 Hinzu- und Anrechnung² 151 FN 368 und 270; so auch *Arnold*, GesRZ 2015, 346 (350).

247 *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 151; so auch *Arnold*, GesRZ 2015, 346 (350).

248 OGH 5 Ob 245/10f SZ 2011/88 = EFSlg 131.028 = EF-Z 2012/51 = JBl 2012, 47 = NZ 2011/112.

249 Vgl dazu *Musger* in KBB⁶ § 781 Rz 4.

250 OGH 2 Ob 201/17y EvBl-LS 2018/172 (*Rohrer*) = NZ 2019/15 = Zak 2018/557.

251 Zur Qualifikation, wann ein Geschenknehmer als „nicht pflichtteilsberechtig“ gilt s IV. I. 3.