

NZ 2023/25

Die Bewertung von zurückbehaltenen Nutzungsrechten

Der OGH judiziert in stRsp, dass zurückbehaltene Nutzungsrechte des Erblassers an hinzurechenbaren Zuwendungen (§ 781 ABGB) bei der pflichtteilsrechtlichen Bewertung (§ 788 ABGB) unberücksichtigt bleiben. Dieser Beitrag untersucht diese Judikaturlinie näher und zeigt daran anknüpfende Folgefragen auf.¹

Von Julian Isci

Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangspunkt
- B. Problemfall: vorbehaltenen Nutzungsrechte
 - 1. Bewertung (schon) im Schenkungszeitpunkt
 - 2. Berücksichtigung der vorbehaltenen Nutzungsrechte?
- C. Interpretative Korrektur von § 788 ABGB?
 - 1. Pflichtteilsberechtigten seien so zu stellen, „wie sie ständen, wenn [...] die Sache [...] noch im Nachlass wäre“ – § 794 ABGB aF
 - 2. Perspektivenwechsel nach § 788 ABGB: Gleichbehandlung im Schenkungszeitpunkt
 - 3. Ausgleichsfunktion und der hypothetische Geschenknehmer von Todes wegen
 - 4. Antinomie zwischen § 762 ABGB und § 788 ABGB
 - 5. Zwischenergebnis
- D. Teleologische Reduktion
 - 1. Planwidrige Lücke?
 - 2. Erosion von § 788 ABGB?
 - 3. Zwischenergebnis
- E. Wegfall des zurückbehaltenen Nutzungsrechts im Todeszeitpunkt
 - 1. Kontrollüberlegung I
 - 2. Kontrollüberlegung II
 - 3. Zwischenergebnis
- F. Ausblick
- G. Fazit

A. Ausgangspunkt

Das Pflichtteilsrecht sichert den engsten Familienangehörigen einen Anteil am Vermögen des Verstorbenen und zählt zu den Prinzipien des Privatrechts.² Der Testierfreiheit des Verstorbenen werden dadurch Grenzen gesetzt:³ Pflichtteilsberechtigten⁴ bekommen auch gegen den Willen des Erblassers zumindest die Hälfte des gesetzlichen Erbteils (§ 759 ABGB). Die Hinzu-

und Anrechnung stellt dabei sicher, dass dieses Konzept nicht durch lebzeitige Verfügungen konterkariert wird: Verschenkt der Erblasser zu Lebzeiten Vermögenswerte, können die Pflichtteilsberechtigten daher die wertmäßige Hinzurechnung der Schenkung zur pflichtteilsrechtlichen Bemessungsgrundlage – der reinen Verlassenschaft – verlangen, um die pflichtteilsmindernde Verfügung des Verstorbenen zu sanieren (§§ 781 ff ABGB).

Das klingt theoretisch einfacher, als es praktisch ist, weil die verschenkte Sache für die Hinzu- und Anrechnung bewertet werden muss. Dabei macht es natürlich einen erheblichen Unterschied, ob der geschenkte Pkw mit dem damaligen Neuwert oder dem nach 20 Jahren gegen null tendierenden Zeitwert angesetzt wird. Umgekehrt ist auch bei Wertsteigerungen durch den Immobilienmarkt wichtig, ob eine Immobilie damals oder heute bewertet wird. Wann und wie Schenkungen bewertet werden, bestimmt daher „in ganz erheblichem Maße die praktische Effizienz der Anrechnung als Instrument des Pflichtteilschutzes“.⁵

Weil der früher dazu einschlägige § 794 ABGB aF als „gänzlich missglückt“ angesehen wurde⁶ und sich die Rsp sogar zur „Gesetzeskorrektur“ genötigt sah,⁷ hat das ErbRÄG 2015 die Bewertung „auf neue Beine“ gestellt.⁸ Nach § 788 ABGB nF ist die „geschenkte Sache auf den Zeitpunkt zu bewerten, in dem die Schenkung wirklich gemacht wurde“; der so ermittelte Verkehrswert ist dann noch mit dem VPI aufzuwerten, andere wertbeeinflussende Faktoren, die zwischen Schenkungs- und Todeszeitpunkt auftreten, spielen keine Rolle.⁹ Ob das zugewendete Auto also zum Sammlerstück avanciert ist oder am Schrottplatz liegt, ist für die Bewertung ebenso egal wie Preissteigerungen auf dem Immobilienmarkt oder durch Umwidmungen.¹⁰ Es zählt nur der Wert der Schenkung im Schenkungszeitpunkt.

¹ Dieser Beitrag ist eine erweiterte Fassung eines Referats, das der Verfasser am 20. 6. 2022 im Rahmen des Seminars „Privatrecht einschließlich zivilgerichtliches Verfahren“ von Herrn Univ.-Prof. Dr. Stefan Perner und Herrn Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer gehalten hat. Der Verfasser möchte sich bei Univ.-Ass. Dr. Severin Kietaihl und Univ.-Ass. Mag. Dominik Schindl für wertvolle Anmerkungen und Hinweise bedanken.

² F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 404 ff.

³ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht⁷ (2022) 633.

⁴ § 757 ABGB: Nachkommen sowie der Ehegatte oder eingetragene Partner des Verstorbenen.

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

⁶ Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 788 Rz 4 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

⁷ Welsch, Erbrechtsreform, 17. ÖJT II/1 (2009) 144 mwN.

⁸ Graf, Fünf Jahre ErbRÄG – Was hat der OGH daraus gemacht? NZ 2022, 2 (12).

⁹ Umlauft in Klang³ (2021) § 788 Rz 5 f.

¹⁰ Umlauft, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht² (2018) 312.

B. Problemfall: vorbehaltenene Nutzungsrechte

1. Bewertung (schon) im Schenkungszeitpunkt

Entscheidend ist dafür, wann die Schenkung „wirklich gemacht“ wird.¹¹ Das bestimmt die „Vermögensopfertheorie“. Die Schenkung soll dann vollbracht sein, wenn der Geschenkgeber seinen Zugriff auf die Sache aufgibt und die Schenkung damit „spürt“,¹² was beim verschenkten Auto evident ist, in – praktisch ungleich bedeutsameren – Fällen aber für Konfliktpotential sorgen kann: Schenkt der Erblasser seinem Kind zu Lebzeiten eine Immobilie, behält sich daran aber ein Nutzungsrecht zurück, wollte die Rsp zum alten Recht danach unterscheiden, ob es sich um ein Wohnrecht oder um ein Fruchtgenussrecht handelte.¹³ Während die Schenkung bei zurückbehaltenem Wohnrecht schon mit dem Eigentumsübergang wirklich gemacht war, war das bei Fruchtgenussrechten nicht der Fall, der Erblasser „spürte“ die Schenkung nicht genug.¹⁴

Diese Trennung hat der 2. Senat in 2 Ob 119/20 aufgegeben. Das Vermögensopfer sei „im Sinne eines endgültigen und unwiderruflichen Übergangs der Rechtszuständigkeit“¹⁵ auch bei einem zurückbehaltenen Fruchtgenussrecht des Erblassers bereits beim Eigentumsübergang erbracht,¹⁶ die Schenkung ist daher zu diesem Zeitpunkt „wirklich gemacht“, sodass das Vermögensopfer heute primär rechtlich gesehen wird.¹⁷ Damit ist die Schenkung nach § 788 ABGB auch zu diesem Zeitpunkt zu bewerten – so weit, so klar.

2. Berücksichtigung der vorbehaltenenen Nutzungsrechte?

Diskutiert wird darüber, ob das zurückbehaltenene Nutzungsrecht, das zum Bewertungsstichtag (= Schenkungszeitpunkt) noch auf der geschenkten Sache lastet,

bei der Bewertung zu berücksichtigen ist.¹⁸ Dass zB eine servitutsbelastete Liegenschaft weniger wert ist als eine lastenfreie, ist ja an sich klar.¹⁹

Der 2. Senat lehnt eine Berücksichtigung ausgerechnet deshalb ab, weil bei einer Personaldienstbarkeit zugunsten des Erblassers „bereits im Übergangszeitpunkt mit völliger Sicherheit feststand, dass in dem für die Beurteilung der Pflichtteilswidrigkeit maßgebenden Zeitpunkt des Erbanfalls die Belastung weggefallen sein werde“.²⁰ Dass der OGH trotz der klaren Anordnung des § 788 ABGB für die Bewertung nicht nur auf den Schenkungs-, sondern auch auf den Todeszeitpunkt blickt, findet die Lit „vorsichtig formuliert verblüffend“²¹ und hat ihm den Vorwurf eingehandelt, „contra legem“²² zu judizieren; andere stimmen dem 2. Senat – jedenfalls im Ergebnis – zu.²³

Tatsächlich überrascht das Ergebnis des OGH auf den ersten Blick: Wer zunächst das Vermögensopfer trotz Nutzungsrechts bejaht, dem müsste das spätere Wegfallen des Nutzungsrechts angesichts der klaren Anordnung des § 788 ABGB bei der Bewertung eigentlich egal sein. Auch bei sonstigen wertbildenden Eigenschaften wird ja nicht auf den Todeszeitpunkt geblickt.²⁴ Hat etwa ein Energieversorger im Schenkungszeitpunkt ein Leitungsrecht an der Liegenschaft, wird es wertmäßig genauso berücksichtigt wie ein Wegerecht des Nachbarn, unabhängig davon, wie es weitergeht.

Ausgerechnet bei für den Erblasser zurückbehaltenen Nutzungsrechten soll das entgegen § 788 ABGB anders sein.²⁵ Wieso korrigiert der OGH § 788 ABGB also?

¹¹ Zur Kritik an der Formulierung und den mäßig geglückten Umschreibungen in den ErläutRV sowie zur von Lehre und Rsp entwickelten „Vermögensopfertheorie“ Welser, Erbrechts-Kommentar (2019) § 788 Rz 3f.

¹² Zollner, Neues zur Vermögensopfertheorie, PSR 2021, 124 (126).

¹³ Kepplinger, Zur Konturierung der Vermögensopfertheorie durch 2 Ob 119/20 v, NZ 2021, 458 (459). Relevant war das insb für den Beginn der zweijährigen Frist der Hinzurechnung von lebzeitigen Zuwendungen an Dritte (§ 785 Abs 3 ABGB aF); zur Bewertung nach § 794 ABGB aF unten C.1.

¹⁴ RS0130273.

¹⁵ OGH 2 Ob 119/20 Rz 39.

¹⁶ Ebenso OGH 2 Ob 6/22 d; 2 Ob 111/21 v; zu Wohnrechten nach dem ErbRÄG 2015 schon OGH 2 Ob 124/20 d; 2 Ob 64/20 d. Zur Diskussion rund um die Entscheidung Kepplinger, NZ 2021, 458 (466); Kogler, Anm zu OGH 24. 6. 2021, 2 Ob 119/20 v, JBI 2022, 304; Rabl, Erbrecht, NZ 2021, 457; A. Tschugguel, Anm zu OGH 24. 6. 2021, 2 Ob 119/20 v, EF-Z 2022, 85; Zollner, PSR 2021, 124.

¹⁷ Vaclavek, Die Haftung des Geschenknehmers gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten (2020) 201 f.

¹⁸ Für einen Abzug Apathy, Zur Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016, 806 (811); Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 788 Rz 1 (Stand 1. 10. 2018, rdb. at); Eccher/Umlauf, Erbrecht⁷ (2020) Rz 12/5; Graf, NZ 2022, 2 (12); Hofmann, Anm zu OGH 25. 2. 2021, 2 Ob 124/20 d, EF-Z 2021, 188; Kogler, JBI 2022, 304 (310); Kogler, Anm zu OGH 25. 2. 2021, 2 Ob 124/20 d, NZ 2021, 296 (302); Krist, Anm zu OGH 26. 5. 2020, 2 Ob 64/19 d, JBI 2021, 114 (116 ff); Umlauf, Hinz- und Anrechnung² 321; ders in Klang³ § 788 Rz 27; Wolkerstorfer, Erbfolge in den GmbH-Geschäftsanteil (2020) 265; in Bezug auf Wohnrechte Klampfl, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform – Der neue Rechtsrahmen zur Berücksichtigung stiftungsnaher Transaktionen, JEV 2015, 120 (126); aA Christandl, Das Erbrecht im Spiegel der Rechtsprechung – Zwischenbilanz und Ausblick, NZ 2022, 314 (335); Musger in KBB⁷ (in Druck) § 788 Rz 3; A. Tschugguel, Anm zu OGH 26. 5. 2020, 2 Ob 64/19 d, EF-Z 2020, 234 f.

¹⁹ Kranewitter, Liegenschaftsbewertung⁷ (2017) 133 f.

²⁰ RS0133183.

²¹ Zur Bewertung von Fruchtgenussrechten Dritter Rabl, NZ 2021, 457.

²² Zur Bewertung von Fruchtgenussrechten Dritter Kogler, JBI 2022, 304 (310); zur Verfassungskonformität der stRsp VfGH G 188/2021, dies sagt natürlich nichts über die einfachgesetzliche Richtigkeit der Interpretation aus.

²³ Christandl, NZ 2022, 314 (335).

²⁴ Vgl Umlauf in Klang³ § 788 Rz 11 ff.

²⁵ Christandl, NZ 2022, 314 (335); Kogler, NZ 2021, 296 (302); Krist, JBI 2021, 114 (116 ff). Dem wurde vom 2. Senat entgegengehalten, dass „Bewertung‘ auch im eingeschränkten Sinn (Wert der

C. Interpretative Korrektur von § 788 ABGB?

1. Pflichtteilsberechtigten seien so zu stellen, „wie sie stünden, wenn [...] die Sache [...] noch im Nachlass wäre“ – § 794 ABGB aF

Der 2. Senat stützt sein Ergebnis auf das von ihm identifizierte *telos* der Hinzurechnung: Die Pflichtteilsberechtigten seien vor einer Verkürzung durch eine Verfügung zu Lebzeiten zu bewahren (Schutzgedanke) und daher so zu stellen, „wie sie stünden, wenn die Schenkung – also die nach der Wertung des Gesetzes ‚pflichtteilswidrige‘ Verfügung – unterblieben und die Sache daher noch im Nachlass wäre.²⁶ [...] Wäre die Sache noch im Nachlass, könnte das mit dem Tod des Erblassers erloschene Nutzungsrecht den Wert nicht mehr mindern. Der Empfänger müsste sich daher den Wert der unbelasteten Sache anrechnen lassen.“²⁷

Dass das Nutzungsrecht den Wert der Sache im Todeszeitpunkt nicht mehr mindert, ist unzweifelhaft richtig. Genauso richtig ist es, dass auf diesen Wert abzustellen wäre, wenn das relevante Vergleichsszenario tatsächlich – wie der OGH meint – die Nachlasszugehörigkeit wäre. Das erinnert daran, dass als Bewertungsstichtag nicht immer der Schenkungszeitpunkt herangezogen wurde. § 794 ABGB aF differenzierte nach der Beschaffenheit des Geschenks: Sollten demnach unbewegliche Sachen „nach dem Zeitpunkte des Empfanges“, bewegliche Sachen „nach dem Zeitpunkte des Erbanfalles“ bewertet werden.

Dabei ist insb die Regelung über bewegliche Sachen interessant. Dass dort auf den Erbanfall abgestellt wurde, brachte nämlich tatsächlich zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber für die Hinzu- und Anrechnung schlicht das Unterbleiben der pflichtteilswidrigen Verfügung fingierte:²⁸ Wäre das Auto nicht vor 20 Jahren geschenkt worden, läge es im Todeszeitpunkt wohl auch schon am Schrottplatz. Die nutzungsbedingte Wertminderung sollte dem Geschenknehmer daher nicht zur Last fallen.²⁹

Sache ohne Berücksichtigung von Lasten) verstanden werden kann“. Eine „Bewertung“ ohne Lasten erscheint kontraintuitiv, ansonsten kann der Begriff wohl beliebig gefüllt werden, je nachdem, welche wertbildende Eigenschaft gerade unerwünscht ist.

²⁶ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 26.

²⁷ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 31.

²⁸ Vgl Nippel, Erläuterung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches V (1832) 152.

²⁹ Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch II/2 (1812) 822f; dabei wurde nur der ordnungsgemäße Gebrauch berücksichtigt, was im Ergebnis zu einer Heranziehung des Zustandes im Schenkungszeitpunkt führte, Kralik, Das Erbrecht³ (1983) 299; Umlauf, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 242 mwN.

Dass bei unbeweglichen Sachen auf den Schenkungszeitpunkt abgestellt wurde, erklärt sich schlicht daraus, dass bei diesen die Gefahr der Abnutzung kaum besteht.³⁰ Nicht bedacht hat das Gesetz freilich, dass dann spiegelbildlich auch allfällige Wertsteigerungen nicht berücksichtigt würden, was zur Korrektur durch Rsp und Lehre führte:³¹ Die Immobilie wurde zwar mit dem Zustand im Schenkungszeitpunkt, aber dem Wert zum Todeszeitpunkt angesetzt.³² Auch hier passt die Testfrage des OGH also, wurde durch diese Bewertung doch wiederum fingiert, dass sich die Liegenschaft – mitsamt Wertentwicklungen – noch in der Verlassenschaft befand.³³

Dass nach damaligem Verständnis vorbehaltene Nutzungsrechte ausgeblendet wurden, ist damit schlüssig.³⁴ Die Feststellung, dass „bereits im Übergangszeitpunkt mit völliger Sicherheit“³⁵ feststehe, dass die Belastung am Bewertungsstichtag „weggefallen sein werde“³⁶, passt zum früheren gesetzgeberischen Konzept, das eben auf eine Gleichbehandlung im Todeszeitpunkt abgestellt hat.

2. Perspektivenwechsel nach § 788 ABGB: Gleichbehandlung im Schenkungszeitpunkt

Das ist seit dem ErbRÄG 2015 aber anders, der Gesetzgeber hat mit § 788 ABGB eine Grundsatzentscheidung getroffen. Anders als früher wird also das vor 20 Jahren zugewendete Auto nicht unberücksichtigt gelassen, sondern mit seinem vollen Verkehrswert eben im Schenkungszeitpunkt angesetzt: Der Geschenknehmer konnte die Sache voll nutzen, der Wert dieser Position manifestiert sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers im Schenkungszeitpunkt.³⁷ Es geht nicht mehr um die Fiktion, dass die verschenkte Sache noch in der Verlassenschaft ist, vielmehr soll der Vorteil des Geschenknehmers und damit der „zu Lebzeiten [...] zugewendete [...] Wert [...]“³⁸ hinzugerechnet werden.³⁹

³⁰ Kralik, Erbrecht³ 298.

³¹ RS0012973; Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014) § 794 Rz 5 mwN.

³² Sperl, Vorempfang, Schenkung unter Lebenden und Pflichtteilsberechnung, in FS Reimer (1976) 91 (96f).

³³ Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 794 Rz 1f, 5f; aA Rabl, Die Auswirkungen eines Fruchtgenußvorbehalts auf die Schenkungsanrechnung, NZ 1999, 291 (294).

³⁴ Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 794 Rz 1f, 5f; aA Rabl, NZ 1999, 291 (294); Kralik, Erbrecht³ 299.

³⁵ RS0133183.

³⁶ RS0133183.

³⁷ „Genau besehen, ergibt sich der Wert einer Sache nicht aus dem Nutzen, den sie tatsächlich abwirft, sondern aus der Chance, aus ihr einen Nutzen zu ziehen. [...] Ihr Wert ist der Preis, den die Sache [...] – im Zeitpunkt der Zuwendung – hatte“, Schauer, NZ 1998, 23 (34).

³⁸ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

³⁹ Vaclavek, Haftung des Geschenknehmers 55.

Umgelegt auf vorbehaltene Nutzungsrechte heißt das aber: Der Geschenknehmer kann von einer belasteten Liegenschaft nun einmal nicht so profitieren, wie er es ohne Belastung tut – er kann dort nicht wohnen; ebenso wenig kann er die Wohnung vermieten. Anschaulich zeigt das eine Kontrollüberlegung: Veräußert der Beschenkte die Wohnung nach der Schenkung, könnte bloß ein um die Last reduzierter Preis erzielt werden.⁴⁰ All das wäre ohne Belastung anders.

Der Schlussfolgerung des 2. Senats – die Liegenschaft wird im Todeszeitpunkt lastenfrei sein – ist nach neuer Rechtslage also die argumentative Ausgangsbasis erodiert: Will man § 788 ABGB nicht in sein Gegenteil verkehren, muss man nach geltendem Recht daher die Überlegung aufgeben, Pflichtteilsberechtigte seien „so zu stellen, als wäre die Sache noch im Nachlass“^{41, 42}

3. Ausgleichsfunktion und der hypothetische Geschenknehmer von Todes wegen

Außerdem betont der 2. Senat, dass kein Pflichtteilsberechtigter durch lebzeitige Zuwendungen bevorzugt werden solle (Ausgleichsgedanke).⁴³ Würde die zurückbehaltene Personaldienstbarkeit allerdings wertmindernd berücksichtigt, „stünde der Pflichtteilsschuldner besser und der die Hinzurechnung begehrende Pflichtteilsberechtigte schlechter, als wenn die pflichtteilswidrige Verfügung unterblieben wäre. Das wäre vom Zweck der Hinzurechnung nicht gedeckt“.⁴⁴

Die vom OGH identifizierte Gefahr der Ungleichbehandlung besteht aber wiederum nur dann, wenn man die von ihm gewählte Vergleichsbasis heranzieht. Das Konzept des § 788 ABGB fragt, wie gezeigt, nicht, wie die Dinge im Todeszeitpunkt stünden, „wenn die pflichtteilswidrige Verfügung unterblieben wäre“.⁴⁵ Gleichbehandlung gibt es daher nicht auf den Todeszeitpunkt, sondern im Todeszeitpunkt auf den Schenkungszeitpunkt. Das zeigt das Beispiel größerer Umwidmungen. Wurde das geschenkte Grünland später Bauland, ist Gleichbehandlung auf den Todeszeitpunkt unstreitig nicht zu erreichen.

Ebenso wenig wird mit der Bewertung zum Schenkungszeitpunkt eine Gleichstellung zwischen lebzeitigem Geschenknehmer und einem Geschenknehmer „derselben Sache [...] auf den Todesfall“⁴⁶ erreicht.⁴⁷ Das verwundert nicht, nimmt man Wertveränderungen zwischen Schenkungs- und Todeszeitpunkt in Kauf, kann es passieren, dass der lebzeitige Geschenknehmer – gegenüber dem hypothetischen Geschenknehmer von Todes wegen – bei einer Wertsenkung „benachteiligt“ und bei einer Wertsteigerung „bevorzugt“ wird. Der OGH stößt sich dennoch daran, dass der Geschenknehmer bei einer wertmäßigen Berücksichtigung des zurückbehaltenen Nutzungsrechts „sich weniger anrechnen lassen [müsste] als bei einem Erwerb erst von Todes wegen“.⁴⁸

Dabei ist dieser Vergleich weder nötig noch geboten, ist er doch bloß die Kehrseite der Ausgleichsfunktion: So stünden die übrigen Pflichtteilsberechtigten bei einer wertmäßigen Berücksichtigung des zurückbehaltenen Nutzungsrechts bloß deshalb schlechter, „als wenn die pflichtteilswidrige Verfügung unterblieben wäre“⁴⁹, weil dem Geschenknehmer spiegelbildlich bei einer Berücksichtigung weniger angerechnet würde „als bei Zuwendung derselben Sache erst auf den Todesfall“⁵⁰; der „Nachteil“ der übrigen Pflichtteilsberechtigten ist der „Vorteil“ des Geschenknehmers. Die Sorge stützt sich also abermals auf die Fiktion der geschenkten Sache im Nachlass; sonst könnte sie nicht erworben werden.⁵¹ Das ist im Einklang mit § 794 ABGB aF, passt aber nicht zu § 788 ABGB.⁵² Nimmt man von der nicht mehr passenden Testfrage Abstand, lösen sich also auch diese Sorgen des 2. Senats auf.

4. Antinomie zwischen § 762 ABGB und § 788 ABGB

Schließlich muss noch sichergestellt werden, dass das skizzierte Verständnis von § 788 ABGB „mit den übrigen Bestimmungen des Pflichtteilsrechts stimmig und frei von Wertungswidersprüchen“⁵³ ist. Der 2. Senat fasst nämlich einen Widerspruch mit § 762 ABGB ins Auge, wonach „Bedingungen oder Belastungen [...], die der Verwertung des zugewendeten Vermögens entgegenstehen, [...] nicht deren Eignung zur Pflichtteilsdeckung“ hindern: Weil die Pflichtteilstauglichkeit einer Zuwendung nach Ableben des Erblassers beurteilt wird

⁴⁰ Krist, JBI 2021, 114 (116 ff); zust Graf, NZ 2022, 2 (13); Hofmann, EF-Z 2021, 188. Der 2. Senat erwiderte, dass Krist die Bewertung mit der Geschenknehmerhaftung vermischt. Das trifft nicht zu, Krist führt nachvollziehbar vor Augen, dass das Geschenk um den Wert des Nutzungsrechts verringert ist. Damit würde der Anspruch nach § 789 ABGB nur in der Höhe des um das Nutzungsrecht reduzierten Wertes zustehen, Walch, Zur Begrenzung der Haftung des Geschenknehmers nach § 789 ABGB auf den Wert des Geschenks, NZ 2022, 27 (32, 35).

⁴¹ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 30.

⁴² Graf, NZ 2022, 2 (13); Umlauft in Klang³ § 788 Rz 28; Wolkerstorfer, Erbfolge GmbH-Geschäftsanteil 265.

⁴³ Welsch, Zur Berücksichtigung von Schenkungen im Pflichtteilsrecht, in FS Kralik (1986) 583 (588 f).

⁴⁴ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 31.

⁴⁵ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 31.

⁴⁶ OGH 2 Ob 64/19 d.

⁴⁷ Dies ebenso fordernd Christandl, NZ 2022, 314 (335); Musger in KBB⁷ § 788 Rz 3; A. Tschugguel, Anm zu OGH 23. 2. 2017, 2 Ob 96/16f, EF-Z 2017, 182f.

⁴⁸ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 25.

⁴⁹ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 31.

⁵⁰ OGH 2 Ob 64/19 d.

⁵¹ Zur Vermischung von Ex-ante- und Ex-post-Perspektive Graf, NZ 2022, 2 (13); Krist, JBI 2021, 114 (116 ff).

⁵² Umlauft in Klang³ § 788 Rz 5f; Wolkerstorfer, Erbfolge GmbH-Geschäftsanteil 265.

⁵³ OGH 2 Ob 64/19 d.

und das auf der geschenkten Sache lastende zurückbehaltenes Nutzungsrecht des Erblassers zu diesem Zeitpunkt bereits erloschen ist – insofern also „der Verwertung [...] nicht entgegensteht“ –, folgt daraus für den OGH „zwingend“, dass die Schenkung für die Frage der Pflichtteilsdeckung „lastenfrei zu bewerten“ sei.⁵⁴

Diese Argumentation verwundert, ersetzt § 762 ABGB doch die alte Regel des „§ 774 zweiter und dritter Satz“⁵⁵, dass der „Pflichttheil [...] dem Notherben ganz frey bleiben [muss]“; jede – gemeint: letztwillig angeordnete⁵⁶ – „Bedingung oder Belastung ist ungültig“, konnte also angefochten werden.⁵⁷ Das ist jetzt anders: Bedingungen und Belastungen hindern die Pflichtteilseignung einer Zuwendung nicht mehr, sondern werden nur bei der Bewertung berücksichtigt. Das heißt bloß, dass eine im Erbfall vorliegende Last die Pflichtteilstauglichkeit nicht hindert, aber nicht, dass ein bereits erloschenes Nutzungsrecht nicht in Abzug gebracht werden darf. Nur darüber gibt § 762 ABGB Auskunft. Ein Widerspruch ist damit nicht mehr erkennbar; § 762 ABGB klärt, ob eine Zuwendung pflichtteilstauglich ist, woraufhin § 788 ABGB – bei lebzeitigen Zuwendungen – den Bewertungsstichtag bestimmt.⁵⁸

5. Zwischenergebnis

Damit bleibt von der stRsp nicht viel übrig. Die Überlegung, wie die Lage wäre, „wenn die Schenkung [...] unterblieben und die Sache daher noch im Nachlass wäre“⁵⁹, ist mit § 788 ABGB nicht vereinbar, der Todeszeitpunkt soll eben nicht mehr relevant sein. Gibt man diese Testfrage auf, verschwinden auch die darauf fußenden Bedenken hinsichtlich einer Ungleichbehandlung. Ebenso steht § 762 ABGB einer wertmäßigen Berücksichtigung von zurückbehaltenen Nutzungsrechten nicht im Weg. Die interpretative Korrektur von § 788 ABGB schlägt damit fehl.

D. Teleologische Reduktion

1. Planwidrige Lücke?

Will man zurückbehaltenes Fruchtgenussrechte des Erblassers wertmäßig unberücksichtigt lassen, muss man also Rechtsfortbildung betreiben. Diesen Weg geht Christandl⁶⁰, der zugesteht, dass der „Wortlaut des § 788 ABGB [...] insofern eindeutig“ sei und eine wertmäßige Berücksichtigung verlange, aber „im Wege einer teleologischen Reduktion des § 788 ABGB [...] auf dem Schenkungsgegenstand vom Erblasser vorbehaltene Nutzungsrechte nicht wertmindernd zu berücksichtigen sind“.⁶¹

Er greift den vom OGH angestellten Vergleich mit dem hypothetischen Geschenknehmer von Todes wegen auf und formuliert: Der Geschenknehmer erhält die Sache „nicht nur [...] bereits zu Lebzeiten des Erblassers, sondern [kann] sich diese auch zu einem geringeren Betrag anrechnen lassen, als wenn er sie erst zum Todeszeitpunkt erhalten hätte“.⁶² Dass der Geschenknehmer bei einem Erwerb im Todeszeitpunkt, sei mit den „Zweck[e]n der Hinzu- und Anrechnung im Pflichtteilsrecht“ nicht vereinbar.⁶³

Die Positionen des 2. Senats und von Christandl decken sich zwar argumentativ, methodisch könnten sie freilich nicht weiter auseinander sein, setzt eine teleologische Reduktion doch eine planwidrige Lücke voraus. Dazu ist es hilfreich, kurz an den zuvor skizzierten Entwicklungsprozess anzuknüpfen: Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 hat als Bewertungsstichtag bewusst den Schenkungszeitpunkt festgesetzt, nach dem Stichtag eintretende Wertentwicklungen wurden sehenden Auges in Kauf genommen: „[A]lle [...] wertverändernden Umstände, die zwischen dem Zuwendungs- und dem Todeszeitpunkt eintreten (seien sie vom Zuwendungsempfänger zu vertreten oder nicht), wie etwa Änderungen der Flächenwidmung, die verkehrsmäßige Erschließung von Liegenschaften, Schadensereignisse, die auch bei unterbliebener Zuwendung eingetreten wären, oder Preisänderungen infolge erhöhter oder gesunkener Nachfrage [sollen] außer Betracht bleiben“.⁶⁴

Das zeigt: Dass eine Schenkung zwischen Schenkungs- und Todeszeitpunkt Wertentwicklungen durchläuft, war bekannt.⁶⁵ Dass der Geschenknehmer bei einer Bewertung im Schenkungszeitpunkt besserstellen kann, „als wenn er sie erst zum Todeszeitpunkt erhalten hätte“⁶⁶, wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich gebilligt.⁶⁷

2. Erosion von § 788 ABGB?

Zudem ist fraglich, ob nach einer teleologischen Reduktion überhaupt ein Anwendungsbereich von § 788 ABGB verbleiben würde. Denn das argumentative Fundament – der Vergleich mit dem Erwerber im Todeszeitpunkt – lässt sich problemlos auf alle anderen wertbil-

⁵⁴ OGH 2 Ob 64/19 d.

⁵⁵ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 25 f.

⁵⁶ Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 774 Rz 7.

⁵⁷ Weiß in Klang² (1952) § 774 ABGB 861 ff.

⁵⁸ Vgl Graf, NZ 2022, 2 (13); Umlauf in Klang³ § 788 Rz 28; Welser, Erbrechts-Kommentar § 762 ABGB Rz 2.

⁵⁹ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 26.

⁶⁰ Christandl, NZ 2022, 314 (335).

⁶¹ Christandl, NZ 2022, 314 (335).

⁶² Christandl, NZ 2022, 314 (335).

⁶³ Christandl, NZ 2022, 314 (335).

⁶⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35 f.

⁶⁵ Umlauf in Klang³ § 788 Rz 28 f.

⁶⁶ Christandl, NZ 2022, 314 (335).

⁶⁷ Erwähnt sei auch, dass nicht ersichtlich ist, aus welchem „Zweck [...] des Pflichtteilsrechts“ die Vergleichsgröße – der Erwerber im Todeszeitpunkt – abgeleitet wird; der Schutzgedanke will sicherstellen, dass alle Pflichtteilsberechtigten vor Auskehrungen geschützt werden; der Ausgleichsgedanke möchte eine Ungleichbehandlung unter den Pflichtteilsberechtigten vermeiden, ein Ausgleich zwischen dem Geschenknehmer zu Lebzeiten und dem hypothetischen Geschenknehmer im Todeszeitpunkt findet sich darin nicht.

denden Eigenschaften übertragen: Auch der Pflichtteilsberechtigte, der heute Grünland geschenkt bekommt und sich nur dessen VPI-valorisierten Wert anrechnen lassen muss, steht besser, als wenn er das nunmehrige Bauland zum Todeszeitpunkt geschenkt bekommen hätte.

Dieser Verdacht wird durch einen Blick auf die Behandlung von Nutzungsrechten Dritter bestätigt. So hat der 2. Senat zu 2 Ob 119/20v – freilich erneut im Rahmen einer interpretativen Korrektur – ausgesprochen, dass auf der geschenkten Sache lastende Nutzungsrechte Dritter – entgegen der einhelligen Lehre⁶⁸ – anhand „der wahrscheinlichen Restnutzungsdauer“⁶⁹ erst im Todeszeitpunkt zu bewerten und bloß in dieser Höhe vom Verkehrswert der Sache abzuziehen sind: Hätte der Geschenknahmer die Wohnung erst im Todeszeitpunkt erhalten, wäre die Wohnung nämlich bloß mit der „wahrscheinlichen Restnutzungsdauer“⁷⁰ belastet gewesen.⁷¹

Denkt man das konsequent weiter, käme eine Reduktion einer Auflösung von § 788 ABGB gleich, ein Ergebnis, das schon bei der Auslegung⁷² und daher umso mehr bei Rechtsfortbildung zu vermeiden ist. Unklar wäre nämlich auch, ob § 788 ABGB überhaupt noch bei Wertsteigerungen zum Todeszeitpunkt anwendbar ist, könnte der Geschenknahmer sich doch die Schenkung bei einer Bewertung zum Stichtag (= Schenkungszeitpunkt) „zu einem geringeren Betrag anrechnen lassen, als wenn er sie erst zum Todeszeitpunkt erhalten hätte“.⁷³ § 788 ABGB wäre damit auf jene Fälle beschränkt, in denen die Sache im Todeszeitpunkt weniger wert ist. Ein solches „Höchstwertprinzip“ hat mit der Intention, den „zu Lebzeiten [...] zugewendeten Wert [...]“⁷⁴ hinzuzurechnen, freilich nichts mehr zu tun.

3. Zwischenergebnis

Die angedachte teleologische Reduktion von *Christandl* fußt ähnlich wie die Interpretation des OGH auf der hier nicht geteilten Überlegung, wie die Verlassenschaft stünde, „wenn die Schenkung [...] unterblieben und die Sache daher noch im Nachlass wäre“.⁷⁵ Ein Vergleich zum Todeszeitpunkt ist vom Gesetzgeber eben nicht

gewollt, „wertverändernde [...] Umstände, die zwischen dem Zuwendungs- und dem Todeszeitpunkt eintreten [...] sollen] außer Betracht bleiben“.⁷⁶ Eine planwidrige Lücke ist damit nicht ersichtlich. Das überrascht nicht: Kommt man bereits interpretativ zum Ergebnis, kann man mit ihr auch nicht überprüfen, ob § 788 ABGB teleologisch Genüge getan wird.

E. Wegfall des zurückbehaltenen Nutzungsrechts im Todeszeitpunkt

1. Kontrollüberlegung I

Ändert sich daran etwas durch den Umstand, dass im Gegensatz zu anderen wertbildenden Eigenschaften „bereits im Übergabszeitpunkt mit völliger Sicherheit feststand, dass in dem für die Beurteilung der Pflichtteilswidrigkeit maßgebenden Zeitpunkt des Erbanfalls die Belastung weggefallen sein werde“.⁷⁷

Es trifft natürlich zu, dass bei verschenktem Grünland nicht gesichert ist, dass bis zum Todeszeitpunkt eine Umwidmung passiert, während feststeht, dass das Nutzungsrecht des Erblassers wegfällt. Der Rsp mag damit die Vorstellung zugrunde liegen, dass der Beschenkte die Sache, wenn er sie nicht verkauft hat, doch irgendwann (beim Tod des Erblassers) unbelastet bekommt und es damit „nicht den Falschen trifft“. Ob das tatsächlich eine bewertungsmäßige Andersbehandlung rechtfertigt, kann anhand eines Beispiels überprüft werden: Ein Vater schenkt einem Kind eine Wohnung (Wert: € 50.000,-) und behält sich ein lebenslängliches Fruchtgenussrecht (Wert: € 10.000,- auf Basis einer prognostizierten Restlebensdauer von zehn Jahren) zurück.⁷⁸

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Schenkung mit € 40.000,- hinzuzurechnen.⁷⁹ Das passt auch zur Stoßrichtung von § 788 ABGB, der den zu Lebzeiten zugeflossenen Wert bemessen will. Das Kind bekommt aber nun einmal nicht die unbelastete Wohnung (€ 50.000,-), sondern die Wohnung minus der Nutzungsmöglichkeit für zehn Jahre (€ 40.000,-). Würde es die Wohnung am Tag nach der Schenkung veräußern, wären nur diese € 40.000,- erzielbar, denn auch der Erwerber könnte die Wohnung voraussichtlich zehn Jahre lang nicht nutzen.⁸⁰ Die illustrative Annahme einer Weiterveräußerung friert also die Zuwendung ein, was genau dem entspricht, was der Gesetzgeber bei der Bewertung grundsätzlich wollte. Die Frage wäre auch, wie

⁶⁸ Kogler, JBl 2022, 304 (310); ders, NZ 2021, 301 (302); Rabl, NZ 2021, 457; auch *Christandl*, NZ 2022, 314 (336).

⁶⁹ RS0133516.

⁷⁰ RS0133516.

⁷¹ Dass in 2 Ob 119/20v auch die bloße Schenkung des Fruchtgenussrechts nur mit dem Wert zum Todeszeitpunkt angesetzt wurde, wurde schon von Kogler, JBl 2022, 304 (310) und *Christandl*, NZ 2022, 314 (336) zu Recht kritisiert; letzterer thematisiert auch die möglichen Implikationen für den Fristbeginn nach § 782 ABGB.

⁷² F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 444 f, 588 FN 418.

⁷³ *Christandl*, NZ 2022, 314 (335).

⁷⁴ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35 f.

⁷⁵ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 26.

⁷⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35 f.

⁷⁷ RS0133183.

⁷⁸ Die VPI-Valorisierung wird der Einfachheit halber ausgeblendet.

⁷⁹ = € 50.000,- – € 10.000,-.

⁸⁰ Krist, JBl 2021, 114; Rabl, NZ 1999, 291 (302) führt zudem ins Treffen, dass die Notwendigkeit des Abzugs dadurch unterstrichen wird, wenn man die Schenkung mit einer „wirtschaftlich gleichwertigen Transaktion vergleicht“. Wird die Liegenschaft verschenkt und gleichzeitig die Nutzungsmöglichkeit bar abgelöst, liegt „ohne Zweifel eine gemischte Schenkung vor“.

der OGH mit einer solchen Veräußerungskonstellation umgehen würde.

Umgekehrt konnte der Erblasser die Wohnung für zehn Jahre nutzen, Mieteinnahmen generieren oder sich selbst eigene Mietausgaben ersparen, die auf Basis des Werts des Fruchtgenussrechts ihrerseits mit € 10.000,- bewertet werden können und sich weiterhin in der Verlassenschaft befinden.⁸¹ Bewertet man die Wohnung mit der Rsp unbelastet, also mit € 50.000,-, fingiert man dagegen, dass der Geschenknahmer die Wohnung zwischen Schenkungs- und Todeszeitpunkt nutzen konnte, „*obwohl ihm genau diese Nutzung entzogen war*“,⁸² und berücksichtigt die Nutzungsmöglichkeit zwischen Schenkungs- und Todeszeitpunkt im Ergebnis doppelt⁸³ – einmal durch die in der Verlassenschaft befindlichen Früchte, einmal durch Hinzurechnung.

2. Kontrollüberlegung II

Es ist aber zugestehen, dass diese Überlegung auf Prognosen aufbaut, die so dann nicht immer eintreten. Manche Erblasser leben länger, andere kürzer als prognostiziert. Mit dem Abstellen auf den Schenkungszeitpunkt wäre die Schenkung dennoch immer nur mit € 40.000,- hinzuzurechnen, selbst wenn der Geschenknahmer im Beispiel schon nach zwei Jahren verstirbt. Tatsächlich begünstigt das frühe Ableben dann den Geschenknahmer, weil dem Wert des Geschenks zehn Jahre fehlender Nutzungsmöglichkeit abgezogen werden, er die Liegenschaft aber schon nach zwei Jahren frei nutzen kann, wenn er sie nicht in der Zwischenzeit verkauft hat. Eine derartige Situation kann nach der Methode des OGH nicht eintreten, weil immer die vollen € 50.000,- hinzuzurechnet würden.

Das lädt zu einem erneuten Blick auf § 788 ABGB ein, denn der Bewertung von Schenkungen sind Prognosen generell nicht fremd.⁸⁴ Auch beim Leitungsrecht des Energieversorgers ist zum Bewertungsstichtag nicht gesichert, ob zum Todeszeitpunkt weiterhin Leitungen durch die Liegenschaft laufen werden. Das ist aber irrelevant: § 788 ABGB gilt nur inflationsbedingte Wertsteigerungen durch die Valorisierung mit dem VPI ab, „*alle anderen wertverändernden Umstände, die zwischen dem Zuwendungs- und dem Todeszeitpunkt eintreten (seien sie vom Zuwendungsempfänger zu vertreten oder nicht), wie etwa Änderungen der Flächenwid-*

mung, die verkehrsmäßige Erschließung von Liegenschaften, Schadensereignisse, die auch bei unterbliebener Zuwendung eingetreten wären, oder Preisänderungen infolge erhöhter oder gesunkener Nachfrage [sollen] außer Betracht bleiben“.⁸⁵

Damit verteilt der Gesetzgeber das Prognoserisiko: Entwickelt sich das Geschenk in weiterer Folge besser, so profitiert der Geschenknahmer davon. Nicht anders liegt aber der Fall des „zu früh“ verstorbenen Erblassers.⁸⁶

Umgekehrt gilt aber auch: Entwickelt sich das Geschenk schlechter, geht das zulasten des Geschenknahmers, er muss sich das Geschenk dennoch – valorisiert – anrechnen lassen. Lebt also der rüstige Erblasser statt der prognostizierten zehn noch 20 Jahre in der Wohnung, sind dennoch € 40.000,- hinzuzurechnen.

3. Zwischenergebnis

Dass bei zurückbehaltenen Nutzungsrechten „*bereits im Übergangszeitpunkt mit völliger Sicherheit feststand, dass [...] die Belastung [im Todeszeitpunkt] weggefallen sein werde*“,⁸⁷ spielt daher keine Rolle. Je nach tatsächlicher Restlebensdauer des Erblassers steht der Geschenknahmer besser oder schlechter. Dieses Prognoserisiko liegt – wie bei allen anderen wertbildenden Eigenschaften – beim Geschenknahmer.

F. Ausblick

Damit schließt sich auch der Kreis zum Postulat des OGH, dass Pflichtteilsberechtigte so zu stellen wären, „*wie sie stünden, wenn [...] die Sache [...] noch im Nachlass wäre*“⁸⁸: Ist die Wohnung mittlerweile wegen eines Blitzeinschlags abgebrannt, müsste der 2. Senat das konsequenterweise berücksichtigen, wäre die Wohnung doch bloß mit diesem Wert „*noch im Nachlass*“.⁸⁹ Steigt die Wohnung umgekehrt im Wert, weil in der Nähe eine U-Bahn gebaut wurde, müsste die Wertsteigerung ebenso miteinbezogen werden, nur dann steht der Begünstigte so, als hätte er die Wohnung „*erst zum Todeszeitpunkt erhalten*“.⁹⁰ Dass der OGH all das tun würde, erscheint wohl kaum vorstellbar. Wo liegt aber der Unterschied?

Außerdem zeigen die Kontrollüberlegungen, dass die stRsp zu zurückbehaltenen Fruchtgenussrechten des

⁸¹ Zur generellen Bewertung von Fruchtgenussrechten *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 315 ff.

⁸² Freilich zu Fruchtgenussrechten Dritter *Christandl*, NZ 2022, 314 (336). Ein faktischer Unterschied ist jedoch nicht erkennbar.

⁸³ Eine unbelastete Bewertung entsprechend der Rsp würde damit zu einer volleren reinen Verlassenschaft führen (€ 60.000,-).

⁸⁴ Außerdem gibt sich der 2. Senat in stRsp bei einer Bewertung von Fruchtgenussrechten Dritter mit einer Prognose zufrieden, wenn er bei der Bewertung die prognostizierte Restlebensdauer im Todeszeitpunkt heranzieht, s ua 2 Ob 119/20 v.

⁸⁵ ErläutRV 688 BgNR 25. GP 35 f.

⁸⁶ Die Risikozuweisung wird noch dadurch untermauert, dass selbst dann nicht gesichert ist, dass sich beim Geschenknahmer ein größerer Nutzen verwirklicht. Hätte er nämlich die Wohnung schon vor Ableben veräußert und dabei nur einen – um das Fruchtgenussrecht – reduzierten Preis erzielt, wäre ihm der verfrühte Wegfall gar nicht mehr zugutegekommen, *Rabl*, NZ 1999, 291 (302); *Krist*, JBI 2021, 114 (118).

⁸⁷ RS0133183.

⁸⁸ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 26.

⁸⁹ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 26.

⁹⁰ *Christandl*, NZ 2022, 314 (335).

Erblassers die übrigen Pflichtteilsberechtigten sogar ausnahmslos besserstellt und damit gegen die „Schranke“⁹¹ des Schutzgedankens verstößt: Jede Nutzung durch den Erblasser wird doppelt berücksichtigt – einmal durch die Früchte in der Verlassenschaft, einmal durch Hinzurechnung.⁹²

G. Fazit

Im Ergebnis überzeugt die stRsp des OGH zur wertmäßigen Berücksichtigung von zurückbehaltenen Nutzungsrechten aus mehreren Gründen nicht. Die Testfrage, wie die Verlassenschaft stünde, „wenn die Schenkung [...] unterblieben und die Sache daher noch im Nachlass wäre“⁹³, ist mit § 788 ABGB nicht vereinbar (C.1. und 2.). Erkennt man das, fällt auch das Fundament für die weiteren Begründungsstränge weg – Ungleichbehandlung im Todeszeitpunkt und der Vergleich zum hypothetischen Geschenkenehmer von Todes wegen, die in Wirklichkeit ohnehin zwei Seiten derselben Medaille sind (C.3.). Schließlich bleibt der befürchtete

Widerspruch zu § 762 ABGB bloß scheinbar, die beiden Normen sind auf anderen Ebenen situiert (C.4.). Wer die Argumentation des OGH konsequent zu Ende denkt, untergräbt § 788 ABGB letztendlich gänzlich (F.).

Ebenso wenig lässt sich die Nichtberücksichtigung von zurückbehaltenen Nutzungsrechten des Erblassers mittels Rechtsfortbildung erreichen, die von *Christandl* angestrebte teleologische Reduktion schlägt fehl, eine planwidrige Lücke ist nicht auffindbar (D.1.). Es ist daher jenen Stimmen in der Lit zu folgen, die das zurückbehaltene Nutzungsrecht des Erblassers bei der Wertbemessung berücksichtigen wollen,⁹⁴ weil eben „nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Nutzungsrecht im Bewertungszeitpunkt [...] erloschen sein wird“.⁹⁵

Über den Autor:

Julian Isci, LL.M. (WU), ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

⁹¹ „Pflichtteilsberechtigte sollen vor einer ‚Aushöhlung‘ [...] geschützt, [...] aber nicht bessergestellt werden, als wenn die Verfügung unterblieben wäre“, *Zöchling-Jud/Zollner*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – erste Überlegungen zum ErbRÄG 2015, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 41 (58); zust *Fidler*, Stiftungen, Begünstigte, Bewertungen und das ErbRÄG 2015, PSR 2017, 52 (56).

⁹² Siehe E.1.

⁹³ OGH 2 Ob 124/20 d Rz 26.

⁹⁴ Für einen Abzug *Apathy*, ÖJZ 2016, 806 (811); *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁵ § 788 Rz 1 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Eccher/Umlauf*, *Erbrecht*⁷ Rz 12/5; *Graf*, NZ 2022, 2 (12); *Hofmann*, EF-Z 2021, 188; *Kogler*, JBI 2022, 304 (310); *ders*, NZ 2021, 301 (304); *Krist*, JBI 2021, 114 (116 ff); *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 321; *ders* in *Klang*³ § 788 Rz 27; *Wolkerstorfer*, *Erbfolge GmbH-Geschäftsanteil* 265; in Bezug auf Wohnrechte *Klampfl*, JEV 2015, 120 (126).

⁹⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 321.

Rechtsprechung

Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

NZ 2023/26

§§ 473, 479 ABGB; § 9 GBG; §§ 1 ff TROG

Keine Verbücherbarkeit von Freizeitwohnsitzverboten

1. Die Verpflichtung zur Unterlassung der Nutzung als Freizeitwohnsitz kann nicht durch eine Dienstbarkeit besichert werden.
2. Eine Grunddienstbarkeit besteht nur dann, wenn sich die Duldung oder Unterlassung, zu der der Eigentümer der belasteten Liegenschaft verpflichtet ist, auf die Nutzung des belasteten Grundstückes selbst bezieht.
3. Die Duldung erfordert stets eine unmittelbare Beziehung zur Nutzung der belasteten Sache.
4. Das Verbot einer wirtschaftlichen Tätigkeit, für die das Grundstück bloß zufälliger Standort ist, kann nicht verbüchert werden.

5. Der Verzicht auf eine bestimmte bauliche Ausgestaltung der Liegenschaft kann als Dienstbarkeit verbüchert werden. Die Verpflichtung zur Unterlassung der Nutzung der Liegenschaft als Freizeitwohnsitz hat keinen ausreichend starken Bezug zum dienenden Grundstück. Es fehlen somit ein wesentliches Tatbestandsmerkmal und eine charakteristische Eigenschaft für eine Grunddienstbarkeit. Die Schaffung vom Gesetz vorgesehener dinglicher Rechte und ihre Einordnung als Dienstbarkeit ist unzulässig.

OGH 14. 7. 2022, 5 Ob 3/22 k (LG Innsbruck 5. 11. 2021, 53 R 116/21 d; BG Landeck 19. 8. 2021, 2527/2021)

Zulassung o Revisionsrekurs

Begründung:

[1] Die Antragsteller begehrt die Einverleibung der von ihnen vereinbarten Dienstbarkeit der Unterlassung der Nutzung der Liegenschaft als Freizeitwohnsitz. Die