

Pflegevermächtnis: Geschenknehmerhaftung analog § 789 ABGB?

Der Beitrag schnell gelesen

Mit dem Pflegevermächtnis hat der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 ein neues Rechtsinstitut geschaffen, dem die Judikatur immer schärfere Konturen verleiht. Angesichts seiner vergleichsweisen Jugend überrascht es aber nicht, dass weiterhin manche Frage offen ist. Eine davon hat in Lehre wie Rsp bisher kaum Beachtung erfahren: Kann der Pflegevermächtnisnehmer einen Geschenknehmer in analoger Anwendung von

§ 789 ABGB in Anspruch nehmen, wenn die Verlassenschaft zur Deckung des Pflegevermächtnisses nicht ausreicht?

Erbrecht

§§ 677f, 764 Abs 2, § 789 ABGB

ÖJZ 2025/151



Dr. DOMINIK SCHINDL ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

Inhaltsübersicht:

- A. Problemaufriss
- B. Parallelverschiebung zum Pflichtteilsrecht
 - 1. Ansatz
 - 2. Kritik
 - 3. Stellungnahme
 - a) (Vermeintliche) Gegenargumente
 - b) Ausschlaggebender Vergleich
 - 4. Zwischenfazit
- C. Folgefragen
 - 1. Fristen
 - 2. Schenkungen vor dem ErbRÄG 2015
 - 3. Übernahme von § 782 Abs 2 ABGB
 - a) Nicht Pflichtteilsberechtigte
 - b) Pflichtteilsberechtigte
 - 4. Haftung auch mit dem Pflichtteil?
- D. Ergebnis

A. Problemaufriss

§ 677 Abs 1 ABGB räumt demjenigen, der die Verstorbene in den letzten drei Jahren¹ vor ihrem Tod mindestens sechs Monate lang in nicht bloß geringfügigem Ausmaß gepflegt hat, ein gesetzliches (Geld-²)Vermächtnis ein. Abstrakt anspruchsberechtigt sind nicht nur die gesetzlichen Erben, sondern auch deren Ehegatten, eingetragene Partner oder Lebensgefährten und deren Kinder sowie der Lebensgefährte der Verstorbenen und dessen Kinder (Abs 3). Entzogen werden kann das Pflegevermächtnis nur, wenn ein Enterbungsgrund vorliegt (§ 678 Abs 2 Satz 2 ABGB); sind Pflichtteile nicht gedeckt, dann trifft den Pflegevermächtnisnehmer anders als Erben und sonstige Legatare keine materielle Beitragspflicht (§ 764 Abs 2 ABGB).

Die gesetzlichen Vorgaben sind also denkbar karg, rund um das Pflegevermächtnis sind viele Fragen offen. Nicht umsonst haben Rabl/Tschugguel ihm jüngst sogar drei Folgen ihres Erbrechts-Podcasts gewidmet.³ Sukzessive füllt der fachzuständige⁴ 2. Senat das neue Rechtsinstitut freilich mit Leben: Geklärt ist

inzwischen etwa, dass das Pflegevermächtnis die Bemessungsgrundlage für die Pflichtteile nicht mindert.⁵ Das kann dazu führen, dass die Verlassenschaft nicht ausreicht, um sowohl das Pflegevermächtnis als auch die – ohne Abzug des Pflegevermächtnisses von der Bemessungsgrundlage berechneten – Pflichtteile zu decken. Aus § 764 Abs 2 ABGB schließt der OGH im Einklang mit der überwiegenden Lehre,⁶ dass das Pflegevermächtnis den Pflichtteilen in solchen Situationen vorgeht.⁷

Beispiel 1

Die Verlassenschaft nach der Verstorbenen V beträgt € 100.000,–. hinterlässt ihre Tochter T, ihrem Lebensgefährten L steht ein Pflegevermächtnis von € 60.000,– zu. Testamentarischer Erbe ist der Tierschutzverein X.

Da das Pflegevermächtnis für die Berechnung der Pflichtteile nicht von der Verlassenschaft abzuziehen ist, beträgt Ts hypothetischer Erbteil € 100.000,– (§ 732 ABGB), ihr Pflichtteil daher € 50.000,– (§ 759 ABGB). Wegen des Vorrangs des Pflegevermächtnisses bekommt L dennoch die vollen € 60.000,–, T muss sich mit € 40.000,– zufriedengeben.

¹ Krit zu dieser Beschränkung jüngst *Fernbach*, Anm zu 2 Ob 65/24 h, JEV 2024, 267 (270f).

² Das ergibt sich aus § 677 Abs 1 und § 678 Abs 1 ABGB; vgl *Stefula*, Die Abgeltung von Pflegeleistungen, EF-Z 2016, 116 (117) und diesem folgend 2 Ob 223/22s Rz 12 f.

³ *Rabl/Tschugguel*, MOUNT ERBRECHT #25 bis #27.

⁴ Dereitz 502 Präs 29/25x, Pkt I.2.1.4.

⁵ 2 Ob 198/20 Mz 22 ff und seither stRsp, RS0133432; krit bspw *Christandl*, Das Erbrecht im Spiegel der Rechtsprechung – Zwischenbilanz und Ausblick, NZ 2022, 314 (318ff) mwN.

⁶ ZB *Baldovini*, Das Pflegevermächtnis (2020) 118ff; *Christandl* in Klang³ §§ 677, 678 ABGB Rz 33; *Fischer-Czermak*, Abgeltung von Pflegeleistungen naher Angehöriger, in FS Eccher (2017) 349 (358f); dies, Pflegevermächtnis und Pflichtteilsansprüche, NZ 2024, 502 (505); *Gruber/Palma*, Das Pflegevermächtnis, in FS Bittner (2018) 205 (218); *Isola*, Das gesetzliche Pflegevermächtnis als Entgeltanspruch im Vermächtniswege, JEV 2017, 137 (146); *Spruzina/Hofer* in *Kletečka/Schauer*^{1,03} § 678 ABGB Rz 10; *Stefula*, EF-Z 2016, 116 (120); *Wesler*, Erbrechts-Kommentar § 688 ABGB Rz 8; zu den sonst vertretenen Standpunkten *Oberhummer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² (2020) Rz 6.70.

⁷ 2 Ob 65/24 h Rz 25. Der Pflichtteilsberechtigte erhält dann – jedenfalls bei bedingter Erbantrittserklärung – nur, was nach Begleichung des Pflegevermächtnisses übrigbleibt; vgl *Christandl*, NZ 2022, 314 (320).

In der höchstrichterlichen Rsp unbeantwortet geblieben ist bisher hingegen die Frage, wie mit lebzeitigen Verfügungen umzugehen ist, die das Pflegevermächtnis zu vereiteln drohen. Was gilt also, wenn die Verstorbene noch vor ihrem Tod ihr Vermögen verschenkt hat, sodass die Verlassenschaft nicht mehr ausreicht, um das Pflegevermächtnis zu decken?

B. Parallelverschiebung zum Pflichtteilsrecht

1. Ansatz

Unter Hinweis auf die parallele Problemstellung im Pflichtteilsrecht hat *Baldovini* eine analoge Anwendung der von dort bekannten Geschenknehmerhaftung (§ 789 ABGB) vorgeschlagen.⁸ Für die Situation, dass lebzeitige Verfügungen der Verstorbenden nicht das Pflegevermächtnis, sondern Pflichtteile zu vereiteln drohen, hat der Gesetzgeber nämlich Vorsorge getroffen: Pflichtteilsberechtigte können unter den in §§ 781ff ABGB normierten Voraussetzungen die Hinzurechnung lebzeitiger Schenkungen zur Verlassenschaft verlangen, die die Bemessungsgrundlage für die Pflichtteile bildet. Ergänzt wird dieser Mechanismus durch die Haftung des Geschenknehmers (§ 789 ABGB): Reicht die Verlassenschaft nicht aus, um die nach §§ 781ff ABGB ermittelten Pflichtteile zu decken, kann der Berechtigte vom Geschenknehmer Aufzahlung verlangen. So werden Schenkung der Erblasserin pflichtteilsrechtlich neutralisiert.

Der Hintergrund dieses Regelungskomplexes ist klar, wie schon die Materialien zur III. Teilnovelle betonen: „*Die neuen Vorschriften zur Berücksichtigung von Schenkungen bei Berechnung des Pflichtteils bauen die bisher ungenügenden Bestimmungen des a. b. G. B. aus, um das Pflichtteilsrecht gegen die Umgehung durch Schenkungen unter Lebenden zu schützen*.“⁹ Die Wertung, dass der Pflichtteil den Berechtigten unabhängig von und sogar gegen den Willen der Verstorbenden zusteht und nur bei Vorliegen eines Erbungsgrunds entzogen werden kann (§§ 769ff ABGB; zur Minderung § 776 ABGB), soll also nicht durch lebzeitige Verfügungen ausgehöhlt werden;¹⁰ plastisch ist vom Schutzgedanken des Regelungskomplexes die Rede.¹¹

Das spannt den Bogen zum Pflegevermächtnis, das genauso wie der Pflichtteil letztwillig nicht entzogen werden kann (§ 678 Abs 2 Satz 2 ABGB). Dass das Gesetz dennoch kein Pendant zu §§ 781ff ABGB kennt, überrascht dabei in einem ersten Schritt nicht, weil es beim Pflegevermächtnis von vornherein keiner Regelungen zur Hinzurechnung bedarf.¹² Im Pflichtteilsrecht sind sie ja nur deshalb nötig, weil der Pflichtteil prozentuell von der Verlassenschaft bemessen wird: Es macht einen Unterschied, ob 50% von € 100.000,– oder € 10.000,– berechnet werden. Anders ist das beim Pflegevermächtnis, das nach Art, Dauer und Umfang der Pflegeleistungen zusteht (§ 678 Abs 1 ABGB) und sich daher in absoluten Zahlen bemisst. Ob sich in der Verlassenschaft € 100.000,– oder € 10.000,– befinden, ist unerheblich, das Pflegevermächtnis beträgt jedenfalls € 60.000,–.

Klar ist, dass es beim Pflegevermächtnis keine Hinzurechnung gibt. Dass auch § 789 ABGB kein Gegenstück findet, überrascht hingegen.

Dass sich zum Pflegevermächtnis auch kein Gegenstück zu § 789 ABGB findet, erstaunt in einem zweiten Schritt hingegen sehr wohl, denn ohne Geschenknehmerhaftung könnte die Erblasserin das Pflegevermächtnis durch lebzeitige Verfügungen aushebeln.

Beispiel 2

Die Verlassenschaft nach der Verstorbenen V beträgt € 100.000,–. Ihrem Lebensgefährten L steht ein Pflegevermächtnis von € 60.000,– zu. Testamentarischer Erbe ist der Tierschutzverein X. **Variante:** Noch kurz vor ihrem Tod schenkt V X € 90.000,–, sodass die Verlassenschaft nur mehr € 10.000,– beträgt.

Im Grundsachverhalt bekommt L € 60.000,–, X bleiben € 40.000,–. In der **Variante** reicht die Verlassenschaft allerdings nicht aus, um das Pflegevermächtnis abzudecken, L bekommt nur € 10.000,–. Umgekehrt darf X die € 90.000,– behalten, weil er nicht geerbt hat, sondern beschenkt worden ist.

Das scheint nicht nur der Wertung des § 678 Abs 2 Satz 2 ABGB zu widersprechen, wonach das Pflegevermächtnis letztwillig nicht entzogen werden kann; dass das Gesetz Pflichtteile gegenüber lebzeitigen Schenkungen immunisiert, während das Pflegevermächtnis durch derartige Verfügungen geschmälert werden kann, wirkt auch in der Gesamtschau kontraintuitiv. Näher liegt, es zumindest gleich stark abzusichern: § 789 ABGB beruht auf einer Interessenabwägung zwischen Pflichtteilsberechtigtem und Geschenknehmer, die zugunsten des Pflichtteils ausgeht. Wenn dann das Pflegevermächtnis aber sogar dem Pflichtteil vorgeht,¹³ wäre es konsistent, auch dem Pflegevermächtnisnehmer in Analogie zu § 789 ABGB den Griff auf den Geschenknehmer zu gestatten.¹⁴

Fortsetzung zu Beispiel 2

In der **Variante** bekommt L daher nicht nur € 10.000,–, vielmehr kann er zur Abdeckung des Pflegevermächtnisses von X analog § 789 ABGB Aufzahlung in Höhe von € 50.000,– verlangen. X bleiben daher auch hier € 40.000,– (€ 90.000,– [Schenkung] – € 50.000,– [Haftung gegenüber L]).

⁸ *Baldovini*, Pflegevermächtnis 132ff.

⁹ Kaiserliche Verordnung vom 19. März 1916, R. G. Bl. Nr. 69, über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Mit Materialien. (1916) 39.

¹⁰ 4 Ob 136/98y.

¹¹ *Musger* in KBB⁷ § 781 ABGB Rz 1; *Umlauf*, Die Hinz- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht² (2018) 12 ff.

¹² Vgl aber OLG Innsbruck 3 R 156/24a Pkt 5.4.4. Auch Anrechnung gibt es keine, weil das Pflegevermächtnis kraft gesetzlicher Anordnung neben dem Pflichtteil zusteht soll (§ 678 Abs 2 Satz 1 ABGB).

¹³ Vgl oben bei FN 7.

¹⁴ Auch die für einen Analogieschluss notwendige Lücke ließe sich begründen, wobei es keinen Unterschied macht, ob man mit der hA zur Lückenfeststellung objektiv auf die Teleologie des Gesetzes abstellt (vgl bspw *Kodek in Rummel/Lukas*⁴ § 7 ABGB Rz 17ff) oder stärker den historischen Willen des Gesetzgebers betont (*Kerschner/Kehrer* in *Klang*³ §§ 6, 7 ABGB Rz 42). Es gibt nämlich keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Gesetzgeber der konkreten Problemlage bewusst gewesen ist und sich dennoch gegen die Normierung eines pflegevermächtnisrechtlichen Äquivalents zu § 789 ABGB entschieden hat; „beredtes (qualifiziertes) Schweigen“, das nach diesem Ansatz einem Analogieschluss entgegensteht (*Kerschner/Kehrer* in *Klang*³ §§ 6, 7 ABGB Rz 43), ist das nicht. Auch der Umstand (allein), dass der Gesetzgeber sich für die technische Ausgestaltung als Vermächtnis entschieden hat, kann dafür nicht ausreichen; das konkrete Problem hatte er dabei nämlich keinesfalls vor Augen. Außerdem ist nicht zu leugnen, dass es sich beim Pflegevermächtnis gerade nicht um ein „normales“, vom Erblasser ausgesetztes Vermächtnis handelt, das jederzeit widerrufen werden kann (§ 552 Abs 1 Satz 2 ABGB), sondern eben um ein gesetzlich privilegiertes aliud, weshalb je nach Sachproblem auch eine Verschiedenbehandlung überzeugt (vgl jüngst 2 Ob 169/24b Rz 17 zur Unanwendbarkeit des auf letztwillige Anordnungen zu geschnittenen § 649 Abs 2 Satz 1 ABGB).

2. Kritik

Auf den ersten Blick ist das eine bestechend einfache Lösung. Auf den zweiten Blick ist sie allerdings mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Unter Verweis darauf, dass Hinzu- und Anrechnung sowie Geschenknehmerhaftung nicht bloß einen Schutz-, sondern auch einen Ausgleichsgedanken verfolgen, hat sich in der Literatur nämlich insb *Harnoncourt* gegen die von *Baldovini* vorgeschlagene Analogie gewandt:¹⁵ Der Gesetzgeber habe dadurch „*eine Art pflichtteilsrechtliche Gerechtigkeit*“ unter den Pflichtteilsberechtigten herbeiführen“ wollen,¹⁶ die aber beim Pflegevermächtnis keine Rolle spiele.¹⁷ „*Sicher*“ mache schließlich ein „*Vergleich mit sonstigen Verlassenschaftsgläubigern*: Diese gehen dem Pflegevermächtnis ja zweifelsfrei vor [...], können aber (unbestritten) keine Haftung eines Geschenknehmers gem § 789 ABGB in Anspruch nehmen, weil § 789 ABGB eben nicht den pauschalen Zweck hat, Pflichtteilsberechtigte und ‚noch besser Berechtigte‘ zu befriedigen.“¹⁸

Dass die Diskussion nicht bloß im Elfenbeinturm geführt wird, sondern auch praktische Relevanz hat, belegt einschlägiges Fallmaterial: Im Jänner 2025 hat etwa das OLG Innsbruck Zweifel angemeldet, „*ob der [...] grundsätzliche Vorrang des Pflegevermächtnisses gegenüber Pflichtteilsansprüchen auch im Bereich von § 789 ABGB zur Anwendung gelangen kann*“. Dafür hat es sich auf *Harnoncourt* berufen, in der Begründung allerdings nochmals nachgelegt und den Charakter des Pflegevermächtnisses als Vertrag sowie den damit einhergehenden Nachrang gegenüber Verlassenschaftsverbindlichkeiten ins Treffen geführt.¹⁹ Also doch keine Haftung des Geschenknehmers für das Pflegevermächtnis analog § 789 ABGB?

3. Stellungnahme

a) (Vermeintliche) Gegenargumente

Jedenfalls der Ansatz des OLG Innsbruck dürfte allerdings am Problem vorbeigehen: Einleitend – und vollkommen zutreffend – weist es darauf hin, dass eine Geschenknehmerhaftung „*gesetzlich gerade nicht ausdrücklich normiert*“ sei,²⁰ was freilich nicht gegen eine Analogie spricht, sondern Voraussetzung dafür ist. Dementsprechend identifiziert es als ausschlaggebendes Kriterium die Rechtsnatur des Pflegevermächtnisses, aus der folge, „*dass die Pflegeperson bei Insolvenz der Verlassenschaft – wie sie hier gegeben ist – leer ausgeht* (vgl ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP 17)“.²¹ Der Umstand, dass der Pflegende in der Verlassenschaftsinsolvenz nichts erhält, soll also gegen einen Schutz im Wege des § 789 ABGB sprechen.

Liest man in den Materialien nach, findet sich dort zwar tatsächlich der Hinweis, dass aus „*der Rechtsnatur eines Vermächtnisses folgt, dass die Pflegeperson, wenn sie dessen Leistung verlangt, den Verlassenschaftsgläubigern nachgeht und bei Insolvenz der Verlassenschaft leer ausgeht*“.²² Für § 789 ABGB folgt daraus allerdings nichts: Dass der potentielle Pflegevermächtnisnehmer nichts bekommt, wenn die Verlassenschaft insolvent ist, spiegelt nämlich nur den Nachrang des Pflegevermächtnisses gegenüber anderen Verlassenschaftsverbindlichkeiten wider. Für die Geschenknehmerhaftung trifft das aber keine Aussagen, weil natürlich auch ein Pflichtteilsberechtigter leer ausgehen kann, wenn die Verlassenschaft insolvent ist. Dennoch ist § 789 ABGB in seinem originären Anwendungsbereich genauso wenig zwecklos, weil jedenfalls außerhalb der Verlassenschaftsinsolvenz Raum für eine Geschenknehmerhaftung bleibt. Warum das beim Pflegevermächtnis anders sein soll, sagt das OLG Innsbruck nicht.

Und auch in der Verlassenschaftsinsolvenz dürften die Materialien bei genauerer Analyse nicht weiterhelfen: Sie haben nämlich evident bloß den Standardfall vor Augen, dass der im Nachlass befindliche Kuchen schon für die Verlassenschaftsgläubiger nicht aus-

reicht. Dass der Pflegevermächtnisnehmer dann genauso nichts bekommt wie der Pflichtteilsberechtigte, leuchtet unmittelbar ein. Ob ein allfälliges zu Lebzeiten gemachtes Geschenk beim Geschenknehmer bleiben soll oder ob es im Wege des § 789 ABGB an den Pflegevermächtnisnehmer/Pflichtteilsberechtigten gehen soll, ist aber – auch in der Verlassenschaftsinsolvenz – eine andere Frage.²³ Dabei geht es nur um die Abwägung der Interessen zwischen Geschenknehmer und Pflegevermächtnisnehmer/Pflichtteilsberechtigtem, weil die Verlassenschaftsgläubiger davon ohnehin nicht betroffen sind.²⁴ Aus der Rechtslage in der Verlassenschaftsinsolvenz lässt sich für das vorliegende Problem somit nichts gewinnen.

Der Hinweis auf die Verlassenschaftsgläubiger führt indes unmittelbar weiter zum Ansatz *Harnoncourts*, der betont, dass auch sonstige Verlassenschaftsgläubiger sich nicht auf § 789 ABGB berufen können. Das Argument ist also folgendes: Bejaht man eine Analogie zu § 789 ABGB, könnte der Pflegevermächtnisnehmer auf das Geschenk greifen, während die Verlassenschaftsgläubiger – wenn sie die Schenkung nicht etwa im Wege der Gläubigeranfechtung nach § 440 EO oder insolvenzrechtlich nach § 29 Z 1 IO beseitigen können²⁵ – leer ausgehen. Das mutet prima vista tatsächlich seltsam an, weil Verlassenschaftsverbindlichkeiten

¹⁵ *Harnoncourt*, Pflegevermächtnis und Schenkungsanrechnung, in FS Lovrek (2024) 307 (311ff); s auch *Jetzinger*, Das Pflegevermächtnis im Gefüge des Erb-, Schuld- und Sozialrechts (2022) 86f.

¹⁶ *Harnoncourt* in FS Lovrek 307 (312).

¹⁷ *Harnoncourt* in FS Lovrek 307 (313).

¹⁸ *Harnoncourt* in FS Lovrek 307 (313).

¹⁹ OLG Innsbruck 3 R 156/24a Pkt 5.4.4. Der Verfasser war als Rechtsanwaltsanwärter bei der *Schneider & Schneider Rechtsanwalts GmbH* mit einem Verfahren im Sprengel des OLG Wien befasst, in dem sich diese Frage ebenso gestellt hat.

²⁰ 3 R 156/24a Pkt 5.4.4. mit Hinw auf *Harnoncourt* in FS Lovrek 307 (310ff).

²¹ 3 R 156/24a Pkt 5.4.4.

²² ErläutRV 668 BlgNR 25. GP 17.

²³ Davon zu trennen ist, wie mit jener Rsp-Linie umzugehen ist, wonach es bei überschuldeter Verlassenschaft uU zu keiner Geschenknehmerhaftung kommt (vgl aber auch FN 26). Nach der Rsp bezeichnen nämlich die Regelungen zur Schenkungsanrechnung, „*den übergangenen Notberen so zu stellen, wie er stünde, wenn die Schenkung unterblieben wäre*“, weshalb die Überschuldung des Nachlasses dazu führe, „*dass ungeachtet anrechenbarer Schenkungen ein im Rahmen des Schenkungspflichtteiles geltend zu machen Pflichtteilsanspruch überhaupt nicht besteht*“, und daher auch die Geschenknehmerhaftung ausscheide (1 Ob 525/92 in Ablehnung der genteiligen Ansicht von *Kralik*, Das Erbrecht³ [1983] 305; s auch 7 Ob 220/08s Pkt 5.3.; 2 Ob 91/18y Pkt 2.1.). Auch zum neuen Recht hat der OGH schon ausgesprochen, dass die Überschuldung der Verlassenschaft bei der Hinzurechnung zu berücksichtigen sei und den Pflichtteil somit mindere (2 Ob 124/20d Rz 42), womit der Entfall der Geschenknehmerhaftung, wenn die Verlassenschaft trotz Hinzurechnung der Schenkung nicht positiv wird, in der Logik des OGH weiterhin konsequent wäre. Ob das vom OGH identifizierte Motiv, der Pflichtteilsberechtigte solle so stehen, als wäre die Schenkung unterblieben, dieses Ergebnis tatsächlich trägt, war schon zum alten Recht zweifelhaft (vgl *Tschugguel*, Anm zu 2 Ob 91/18y, EF-Z 2019, 296 [298]); zum neuen Recht ist zu bedenken, dass der vom OGH weiterhin hochgehaltene Stehsatz (ausgehend von 2 Ob 124/20d Rz 25f, 42 jüngst bspw 2 Ob 51/25a Rz 19; 2 Ob 103/25y Rz 19; 2 Ob 53/25w Rz 8; vgl auch RS0012936) heute ganz generell nicht mehr passt, weil sich das normative Umfeld verändert hat (*Graf*, Fünf Jahre ErbRÄG – Was hat der OGH daraus gemacht? NZ 2022, 2 [13f]; *Isci*, Die Bewertung von zurückbehaltenen Nutzungsrechten, NZ 2023, 69 [71f, 74ff]; *Kietabl*, Anm zu 2 Ob 43/24y, EvBl 2025/91; *Schauer*, Die Bewertung der geschenkten Sache und die „Zurückbehaltung“ von Nutzungsrechten (§ 788 ABGB), in FS Mader [2022] 285 [294]). Unabhängig davon wäre beim Pflegevermächtnis aber jedenfalls zu berücksichtigen, dass es sich in absoluten Zahlen bemisst, sodass es auf die für den OGH beim quotenmäßig berechneten Pflichtteil entscheidende Weichenstellung, ob sich die Verlassenschaft nach der Hinzurechnung im Plus befindet, nicht ankommt.

²⁴ Anders wird der Fall zu beurteilen sein, wenn eine Insolvenzanfechtung der Schenkung möglich ist; vgl sogleich FN 25.

²⁵ In diesem Fall dürfte die systemkonforme Lösung sein, die Insolvenzgläubiger nicht nur dem Geschenk-, sondern auch dem Pflegevermächtnisnehmer vorgehen zu lassen; jedenfalls nicht überzeugen kann eine doppelte Haftung des Geschenknehmers.

dem Pflegevermächtnis grundsätzlich vorgehen, letzteres aber gegenüber lebzeitigen Schenkungen besser abgesichert wäre.

Dennoch spricht auch das nicht gegen die analoge Anwendung des § 789 ABGB auf das Pflegevermächtnis, denn auch dabei handelt es sich um kein Spezifikum des Pflegevermächtnisses. Vielmehr kann es beim Pflichtteil genauso dazu kommen, dass er im Wege des § 789 ABGB befriedigt wird, obwohl die Verlassenschaftsgläubiger leer ausgehen.²⁶ Die Schieflage ist daher schlicht der unterschiedlichen Ausgestaltung von Insolvenz- sowie Gläubigeranfechtung auf der einen Seite und Geschenknehmerhaftung auf der anderen Seite geschuldet;²⁷ wenn man darin ein Spannungsverhältnis verortet, wäre allenfalls dort – interpretativ oder de lege ferenda – harmonisierend einzutreten.²⁸ Dem Gedanken, das Pflegevermächtnis – das in seiner Ausprägung einer Art „Sonderpflichtteil“ entspricht²⁹ – wie den Pflichtteil im Wege des § 789 ABGB zu schützen, widerspricht das aber nicht.

Die Gegenargumente überzeugen nicht, weil es auch beim Pflichtteil zu denselben, vermeintlich inkonsistenten Situationen kommen kann. Blickt man auf das Zusammentreffen von Pflegevermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten, hätte es seltsame Konsequenzen, wenn man die Analogie verneint.

Damit bleibt noch der Einwand, dass eine Geschenknehmerhaftung beim Pflegevermächtnis nicht für „Ausgleich“ sorgen könne. Aus diesem Blickwinkel ist dem wenig entgegenzusetzen: Tatsächlich wird als Zweck von Hinzu- und Anrechnung sowie Schenkungsanrechnung nicht nur der Schutz, sondern immer wieder auch der Ausgleich zwischen den Pflichtteilsberechtigten genannt,³⁰ und natürlich würde eine Geschenknehmerhaftung für das Pflegevermächtnis zu keiner „pflichtteilsrechtlichen Rechtigkeit“ führen. Es geht nun einmal um ein anderes Rechtsinstitut, das nicht in Quoten, sondern in absoluten Zahlen berechnet wird, und dem Pflichtteil vorgeht.³¹ Eben weil das Pflegevermächtnis nicht auf derselben Stufe wie die Pflichtteile steht, muss ein wie immer gearteter Ausgleichsgedanke aber von vornherein in den Hintergrund treten.

b) Ausschlaggebender Vergleich

Das heißt allerdings nicht, dass damit ein Analogieschluss nicht überzeugt. Im entscheidenden Punkt – dem Schutz vor lebzeitigen Verfügungen – ähneln einander Pflegevermächtnis und Pflichtteil nämlich sehr wohl. Bei genauerer Betrachtung dürfte der Vorrang des Pflegevermächtnisses gegenüber dem Pflichtteil sogar viel eher für als gegen eine Analogie zu § 789 ABGB sprechen, wie ein Blick auf das – praktisch nicht seltene – Aufeinandertreffen von Pflichtteilsberechtigten und Pflegevermächtnisnehmer zeigt. Verneint man eine Analogie, hätte das nämlich eigentümliche Konsequenzen.

Beispiel 3

Die Verlassenschaft nach der Verstorbenen V beträgt € 100.000,–. V hinterlässt ihre Tochter T, ihrem Lebensgefährten L steht ein Pflegevermächtnis von € 60.000,– zu. Testamentarischer Erbe ist der Tierschutzverein X. **Variante:** Noch kurz vor ihrem Tod schenkt V X € 90.000,–, sodass die Verlassenschaft nur mehr € 10.000,– beträgt.

Im Grundfall beträgt Ts Pflichtteil € 50.000,–. Wegen des Vorrangs des Pflegevermächtnisses bekommt L dennoch die vollen € 60.000,–, T muss sich mit € 40.000,– zufriedengeben (vgl. Bei-

spiel 1). In der **Variante** reicht die Verlassenschaft nicht aus, um das Pflegevermächtnis abzudecken, L bekommt € 10.000,–, für T bleibt nichts übrig. Verneint man die Möglichkeit von L, X analog § 789 ABGB auf den Fehlbetrag in Anspruch zu nehmen, könnte T von X nach § 789 ABGB den vollen Pflichtteil verlangen und bekommt daher € 50.000,–, X bleiben € 40.000,–.

Das würde die in § 764 Abs 2 ABGB zum Ausdruck kommende Wertung, das Pflegevermächtnis gegenüber dem Pflichtteil zu privilegieren, in ihr Gegenteil verkehren. Die Erblasserin könnte die im Gesetz angelegte Reihung von Pflegevermächtnisnehmer und Pflichtteilsberechtigten umdrehen und das Pflegevermächtnis im Wege lebzeitiger Schenkungen umgehen.

Hinzu kommt, dass – nimmt man den OGH beim Wort – diese Lösung noch zu adaptieren wäre. Fragt man in Anlehnung an die Judikatur des OGH, wie der Pflichtteilsberechtigte „stünde, wenn die Schenkung unterblieben wäre“³² müsste das Pflegevermächtnis nämlich sehr wohl, allerdings nur zur Berechnung der Haftung nach § 789 ABGB, doch wieder berücksichtigt werden.

Fortsetzung zu Beispiel 3

Fingiert man, dass die Schenkung unterblieben ist, dann hätte L die vollen € 60.000,– bekommen; für T wären nur € 40.000,– geblieben. Zieht man diesen Vergleich, bekommt T von X im Wege der Geschenknehmerhaftung somit nur € 40.000,–. Weil L real aber nur € 10.000,– erhalten hat, bleiben X € 50.000,–.

Das kann endgültig nicht mehr überzeugen, weil Pflichtteil und Pflegevermächtnis einander so ausstechen würden: Der Pflegevermächtnisnehmer bekommt zu wenig, weil er sich anders als der Pflichtteilsberechtigte nicht auf § 789 ABGB berufen kann; umgekehrt bekommt der Pflichtteilsberechtigte zu wenig, weil es einen Pflegevermächtnisnehmer gibt, der zwar faktisch nichts bekommt, aber im hypothetischen Vergleichsszenario vor ihm zum Zug käme. Lachender Dritter ist der Geschenknehmer.

All diese Probleme tun sich nicht auf, wenn man auch dem Pflegevermächtnisnehmer die Berufung auf § 789 ABGB erlaubt. Die Wertung von § 764 Abs 2 ABGB spricht dann dafür, ihn dabei dem Pflichtteilsberechtigten vorgehen zu lassen, sodass der

²⁶ Das gilt auch im System des OGH, der eine Geschenknehmerhaftung aussieht, wenn die Verlassenschaft trotz Hinzurechnung einen negativen Saldo ausweist (FN 23): Ist die Verlassenschaft zwar überschuldet, wird sie bei Hinzurechnung der Schenkung aber positiv, dann haftet der Geschenknehmer nämlich sehr wohl für den Pflichtteil (zum alten Recht illustrativ 7 Ob 220/08s Pkt 4.5. und 5.2.; 2 Ob 91/18y Pkt 3.; vgl. zum neuen Recht auch 2 Ob 124/20d Rz 40 ff), womit die an sich nachrangigen Pflichtteilsberechtigten die Verlassenschaftsgläubiger im Wege des § 789 ABGB überholen.

²⁷ Vgl auch *Jud*, Zur Entwicklung der Schenkungsanrechnung im ABGB, NZ 1998, 16 (17); *Welser*, Vorschläge zur Neuregelung der Anrechnung beim Pflichtteil, NZ 1998, 40 (46 FN 45); *Vaclavek*, Die Haftung des Geschenknehmers (2020) 93 FN 681.

²⁸ Das fällt freilich nicht leicht. Wollte man den Verlassenschaftsgläubigern unbedingten Vorrang einräumen, wäre etwa denkbar, über die Tatbestände der §§ 438ff EO, §§ 27ff IO hinausgehend immer dann eine Insolvenzanfechtung der Schenkung zuzulassen, wenn eine Inanspruchnahme des Geschenknehmers nach § 789 ABGB möglich ist.

²⁹ 2 Ob 132/24m Rz 18 unter Berufung auf *Neumayr* in KBB⁷ §§ 677–678 ABGB Rz 1.

³⁰ Bspw. *Musger* in KBB⁷ § 781 ABGB Rz 1 mwN.

³¹ Vgl. bei FN 7; zu den möglichen Implikationen unten C.4.

³² Dazu oben FN 23.

Geschenknehmer den Pflegevermächtnisnehmer noch vor dem Pflichtteilsberechtigten befriedigen muss.

Fortsetzung zu Beispiel 3

L bekommt € 10.000,- und kann von X € 50.000,- verlangen. Da X idR nur mit dem Geschenk, also mit € 90.000,-, haftet (vgl § 789 Abs 1 und 3), kann T ihn nur noch in Höhe von € 40.000,- in Anspruch nehmen (€ 90.000,- [Geschenk] – € 50.000,- [Haftung gegenüber L]).

Unterm Strich erhält L somit € 60.000,- und T € 40.000,-, was dem Ergebnis im Grundfall entspricht.

Schenkungen würden dann nicht nur pflichtteils-, sondern auch pflegevermächtnisrechtlich neutralisiert.³³

4. Zwischenfazit

Dass das Pflegevermächtnis in vielerlei Hinsicht Probleme bereitet, überrascht ob seiner zwischen Vermächtnis und Pflichtteil angesiedelten „janusköpfige[n] Rechtsnatur“ nicht.³⁴ Der Umstand, dass es nur bei Vorliegen eines Enterbungsgrunds entzogen werden kann (§ 678 Abs 2 Satz 2 ABGB), rückt es jedenfalls in dieser Hinsicht in die Nähe des Pflichtteils, bei dem der Schutz vor letztwilligen Verfügungen durch Hinzurechnung (§ 781 ff ABGB) sowie Geschenknehmerhaftung (§ 789 ABGB) auch lebzeitig abgesichert ist.

Dennoch haben sich Teile der Lehre und Rsp gegen die von Baldovini vorgeschlagene Analogie zu § 789 ABGB für das Pflegevermächtnis ausgesprochen. Als Ergebnis eines grundsätzlichen Unbehagens im Umgang mit dem neuen Rechtsinstitut ist diese Zurückhaltung durchaus nachvollziehbar; bei näherem Hinsehen tragen die vorgebrachten Argumente die ablehnende Haltung aber nicht. Vielmehr sprechen die besseren Gründe dafür, den Geschenknehmer dem Pflegevermächtnisnehmer analog § 789 ABGB haften zu lassen: Insb beim Zusammentreffen von Pflichtteilsberechtigten und Pflegevermächtnisnehmern wären sonst Konsequenzen zu gewärtigen, die nicht nur die Umgehung der Absicherung des Pflegevermächtnisses durch lebzeitige Verfügungen zuließen, sondern systematisch auch kaum mit dem Vorrang des Pflegevermächtnisses vor dem Pflichtteil in Einklang zu bringen wären.

C. Folgefragen

1. Fristen

Wendet man § 789 ABGB analog auf das Pflegevermächtnis an, stellen sich naturgemäß Folgefragen. Diskutiert wird etwa, binnen welchem Zeitraum eine Schenkung gemacht worden sein muss, um eine Haftung nach § 789 ABGB auszulösen. So hat Baldovini in Übernahme der Wertung von § 3 AnfO – dem heutigen § 440 EO³⁵ – eine Beschränkung auf zwei Jahre vor dem Tod der gepflegten Erblasserin vorgeschlagen.³⁶

Geschenknehmerhaftung und Anfechtungsrecht folgen allerdings unterschiedlichen Gesetzmäßigkeiten. Wendet man § 789 ABGB analog an, liegt viel näher, auch die für die Geschenknehmerhaftung im Pflichtteilsrecht vorgesehenen Fristen zu übernehmen:³⁷ Geht es um eine Schenkung an nicht Pflichtteilsberechtigte, dann haftet der Geschenknehmer, wenn die Schenkung binnen zwei Jahren vor dem Tod der Erblasserin „wirklich gemacht“³⁸ worden ist (§ 782 Abs 1, § 792 ABGB); Pflichtteilsberechtigte haften für Schenkungen hingegen unbegrenzt, weil § 783 ABGB keine vergleichbare Einschränkung kennt.³⁹

2. Schenkungen vor dem ErbRÄG 2015

Ein anderes Problem stellt sich in Hinblick auf vor dem ErbRÄG 2015 erfolgte Schenkungen. Die Übergangsbestimmungen sehen nämlich keine Sondervorschriften vor, vielmehr kommt es für die Anwendung der neuen Rechtslage nur darauf an, dass die Erblasserin nach dem 31. 12. 2016 – also ab 1. 1. 2017 – verstorben ist (§ 1503 Abs 7 Z 1 und 2 ABGB). Von dieser Warte aus besehen müsste auch mit Schenkungen vor dem ErbRÄG 2015 gehaftet werden, was die Frage nach Vertrauensschutz aufwirft: Vor Einführung des Pflegevermächtnisses konnte mit einer Haftung gar nicht gerechnet werden, und dass der Gesetzgeber keine speziellen Übergangsvorschriften geschaffen hat, überrascht insofern nicht, als er schon das Problem einer Geschenknehmerhaftung für das Pflegevermächtnis nicht gesehen hat, weshalb ein Analogieschluss ja erst zur Diskussion steht. Man könnte daher erwägen, im interpretatorischen Weg Vertrauensschutz für Schenkungen vor dem ErbRÄG 2015 zu begründen.

Allerdings würde das nicht zum Umgang von Gesetzgeber und OGH mit vergleichbaren Situationen passen: So sehen weder das ErbRÄG 1978, mit dem der Gesetzgeber den Pflichtteil des Ehegatten eingeführt hat, noch das ErbRÄG 1989, seit dem uneheliche Kinder pflichtteilsberechtigt sind, eine Beschränkung der Anrechnungs- und Haftungsbestimmungen auf zukünftige Schenkungen vor. Dementsprechend judiziert der OGH, dass ein uneheliches Kind auch die Anrechnung von Schenkungen vor Inkrafttreten des ErbRÄG 1989 verlangen kann,⁴⁰ was er in der Folge auf den Pflichtteil des Ehegatten ausgedehnt hat: „Die Ehegattin des Erblassers ist [...] berechtigt, die Anrechnung auch jener Schenkungen zu verlangen, die der Erblasser vor Inkrafttreten des ErbRÄG 1978, somit zu einem Zeitpunkt gemacht hatte, zu dem der Ehegatte noch nicht pflichtteilsberechtigt war“.⁴¹

Überträgt man diesen Gedanken auf das vorliegende Problem, dürfte es daher bei der Haftung für das Pflegevermächtnis zu keiner zeitlichen Beschränkung auf Schenkungen nach dem ErbRÄG 2015 kommen. Jedenfalls faktisch bringt das den Vorteil mit

³³ Das heißt naturgemäß nicht, dass damit sämtliche Details abschließend geklärt wären: Zum Schutz des Geschenknehmers könnte man etwa überlegen, nach dem Prioritätsprinzip vorzugehen und ihn von der Haftung (auch) gegenüber dem Pflegevermächtnisnehmer zu befreien, soweit er Pflichtteile berichtigt hat. Das würde den Geschenknehmer vor der Gefahr doppelter Inanspruchnahme bewahren. Davon zu trennen ist die Frage, ob wegen der Wertung des § 764 Abs 2 ABGB dann der Pflichtteilsberechtigte dem Pflegevermächtnisnehmer haftet; dazu unten C.4.

³⁴ 2 Ob 63/21 k Rz 25 in Anlehnung an Schauer, ÖJZ 2017, 53 (59); jüngst wieder 2 Ob 65/24 h Rz 23; 2 Ob 132/24 m Rz 13.

³⁵ IdF GrEx BGBl 2021/86.

³⁶ Baldovini, Pflegevermächtnis 137.

³⁷ Womöglich unterscheidet sich die vorgeschlagene Lösung auch nicht von jener Baldovinis, der – trotz allgemein gehaltener Formulierung – zur Stützung seines Ansatzes explizit auf § 782 Abs 1 ABGB (Baldovini, Pflegevermächtnis 137) verweist und damit die für die Haftung von nicht Pflichtteilsberechtigten relevante Bestimmung ins Treffen führt.

³⁸ Zur dafür relevanten Vermögensopfertheorie auf 2 Ob 119/20 v Rz 25 ff und seither RS0133712.

³⁹ Das Problem hängt eng damit zusammen, wie man § 783 ABGB ganz generell versteht: Verneint man dort eine analoge Anwendung von § 782 Abs 2 ABGB und bejaht eine Haftung unabhängig von der Existenz anderer Pflichtteilsberechtigter (unten C.3.), überzeugt es, dass die unbegrenzte Haftung dann nicht nur im Verhältnis zwischen Nachkommen und Ehegatten gilt, sondern auch gegenüber dem Pflegevermächtnisnehmer.

⁴⁰ RS0038003. In der diesem Rechtssatz zugrundeliegenden E 7 Ob 595/93 betont der OGH, dass die Neuregelung in wohlerworbene Rechte eingreifen könne, rechtfertigt das aber mit der Gleichstellung von ehelichen und unehelichen Kindern. Selbstläufer ist die – zumindest faktische – Rückwirkung der Schenkungsanrechnung daher keiner, sodass es zumindest einer Auseinandersetzung mit dem Problemkreis bedarf.

⁴¹ 6 Ob 154/06 z; RS0121386.

sich, bei Todesfällen nach 1. 1. 2017 das neue Erbrecht einheitlich anwenden zu können.

3. Übernahme von § 782 Abs 2 ABGB

a) Nicht Pflichtteilsberechtigte

Der Vertrauensschutz schlägt aber die Brücke zu einer anderen Frage: § 782 Abs 2 ABGB schließt – verkürzt dargestellt – die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte dann aus, wenn die Erblasserin im Zeitpunkt der Schenkung noch keine Pflichtteilsberechtigten gehabt hat. In dieser Situation will das Gesetz den unbeteiligten Geschenknehmer also schützen, weil es nicht einmal den abstrakten Verdacht einer Umgehung gibt.

Das wäre auch bei einer Haftung für das Pflegevermächtnis zu berücksichtigen,⁴² was die Frage nach dem genauen Zeitpunkt aufwirft, ab dem eine Schenkung haftungsauslösend zu berücksichtigen ist. Während er beim Pflichtteil recht eindeutig festzumachen ist – es kommt darauf an, ob der Schenkende Kinder hat⁴³ oder verheiratet ist –, bedarf es beim Pflegevermächtnis dazu weiterer Überlegungen: Zu einfach würde man es sich mit dem Hinweis machen, dass dem Geschenknehmer die Möglichkeit bewusst sein müsse, dass die Erblasserin zukünftig einmal Pflege in Anspruch nehmen könnte. Denn genauso muss er wissen, dass sie irgendwann einmal Kinder bekommen oder heiraten könnte, und dennoch schränkt § 782 Abs 2 ABGB die Haftung ein. Die abstrakte Möglichkeit des künftigen Entstehens eines Pflegevermächtnisanspruchs reicht daher genauso wenig aus wie jene eines Pflichtteilsanspruchs.

Umgekehrt wird es jedenfalls genügen, wenn im Zeitpunkt der Schenkung schon alle Voraussetzungen für das Pflegevermächtnis – abgesehen natürlich vom Ableben der späteren Erblasserin – vorliegen, insb also Pflege über sechs Monate in nicht bloß geringfügigem Ausmaß schon stattgefunden hat. Damit reduziert sich das Problem auf den Zwischenbereich: Reicht es aus, dass im Schenkungszeitpunkt schon Pflegebedarf bestanden hat? Oder die Pflege vor zwei Monaten begonnen hat, das Pflegevermächtnis also im Zeitpunkt der Schenkung zwar noch nicht zu stehen würde, sich aber in *statu nascendi* befindet? Für letzteres könnte sprechen, dass das Pflegevermächtnis bei Ablauf der sechs Monate rückwirkend und damit auch für jenen Zeitraum zusteht, in dem die Schenkung gemacht wurde.

b) Pflichtteilsberechtigte

Davon zu trennen ist die Frage, wie mit Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte umzugehen ist, weil der dafür einschlägige § 783 ABGB keine mit § 782 Abs 2 ABGB vergleichbare Vorschrift kennt. Nach dem Gesetzestext kommt es bei der Haftung von Pflichtteilsberechtigten also nicht darauf an, ob im Zeitpunkt der Schenkung schon ein (anderer) Pflichtteilsberechtigter existiert hat. Während Teile der Lehre sich für eine analoge Anwendung von § 782 Abs 2 ABGB aussprechen,⁴⁴ wollen andere an der Differenzierung festhalten;⁴⁵ am ausführlichsten hat sich *Rabl* mit dem Problem auseinandergesetzt und eine planwidrige Lücke verneint.⁴⁶ Danach würden Pflichtteilsberechtigte auch dann haften, wenn es im Zeitpunkt der Schenkung keine anderen Pflichtteilsberechtigten gegeben hat.

Die entscheidende Frage ist, ob man § 782 Abs 2 ABGB in § 783 ABGB hineinliest.

Für die Haftung für das Pflegevermächtnis dürften sich daraus aber keine Besonderheiten ergeben. Jene Ansicht, der man im Kernanwendungsbereich des § 783 ABGB folgt, muss dann auch für die

Haftung für das Pflegevermächtnis gelten. Folgt man dem Ansatz, dass Pflichtteilsberechtigte ohne die Einschränkung des § 782 Abs 2 ABGB haften, könnte bspw ein Kind die Hinzu- und Anrechnung eines Geschenks an den Ehegatten begehrn, das noch vor Geburt des Kindes (oder Existenz eines anderen Kindes) gemacht wurde; umgekehrt könnte der Ehegatte die Hinzu- und Anrechnung eines Geschenks verlangen, das ein Kind vor dem Eheschluss bekommen hat.⁴⁷ Dann ist es auch beim Pflegevermächtnis konsequent, darauf zu verzichten: Das würde wiederum die Schieflage verhindern, dass sich Pflichtteilsberechtigte auf § 789 ABGB berufen können, während der Pflegevermächtnisnehmer das nicht kann, und dem Vorrang des Pflegevermächtnisses vor dem Pflichtteil (§ 764 Abs 2 ABGB) auch auf dieser Ebene Rechnung tragen.

4. Haftung auch mit dem Pflichtteil?

Schließlich könnte der Umfang der Haftung eines selbst pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers fraglich sein, und zwar dann, wenn der in Anspruch Genommene selbst (nur) den Pflichtteil bekommen hat⁴⁸ oder seine Haftung dazu führen würde, dass ihm weniger als sein Pflichtteil bleibt.

Beispiel 4

Die Verlassenschaft nach der Verstorbenen V beträgt € 100.000,–. V hinterlässt ihre Tochter T, ihrem Lebensgefährten L steht ein Pflegevermächtnis von € 60.000,– zu. Testamentarischer Erbe ist der Tierschutzverein X. **Variante:** Noch kurz vor ihrem Tod schenkt V T € 90.000,–, sodass die Verlassenschaft nur mehr € 10.000,– beträgt.

Im Grundfall beträgt Ts Pflichtteil € 50.000,–. Wegen des Vorrangs des Pflegevermächtnisses bekommt L dennoch die vollen € 60.000,–, T muss sich mit € 40.000,– zufriedengeben (vgl Beispiel 1). In der **Variante** reicht die Verlassenschaft nicht aus, um das Pflegevermächtnis abzudecken. Klar ist, dass L von T jedenfalls € 40.000,– verlangen kann, weil die Schenkung in diesem Umfang über Ts Pflichtteil hinausgeht. Fraglich ist aber ob es damit sein Bewenden hat (Lösung 1), T also € 50.000,– und damit ihren vollen Pflichtteil behalten darf, oder man sie für den vollen Fehlbetrag des Pflegevermächtnisses haften lässt (Lösung 2): Dann könnte L nicht bloß € 40.000,–, sondern € 50.000,– verlangen und erhielte wie im Grundfall in Summe € 60.000,–, womit T € 40.000,– verblieben (€ 90.000,– [Geschenk] – € 50.000,– [Haftung gegenüber L]).

⁴² Dagegen spricht auch nicht, dass sich § 782 Abs 2 ABGB im Recht der Hinzu- und Anrechnung befindet, zu der es beim Pflegevermächtnis nicht kommt. Die Geschenknehmerhaftung knüpft daran nämlich an, nach § 789 ABGB wird nur für hinzurechenbare Schenkungen gehaftet (*Umlauf in Klang*³ §§ 789–792 ABGB Rz 12 mwN).

⁴³ Fraglich könnte hier allenfalls sein, ob schon die Existenz eines *nasciturus reicht*, der später lebend geboren wird, was die hA mit Blick auf § 22 ABGB bejaht; bspw *Howel in Kletečka/Schauer*^{1,06} § 782 ABGB Rz 2; *Kralik*, Erbrecht³ 301; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung 78.

⁴⁴ *Apathy*, Zur Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016, 805 (808) = ders, Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, in *Artmann/Rüffler/Torgler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 1 (12); *Howel in Kletečka/Schauer*^{1,06} § 783 ABGB Rz 3; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek IV*⁵ §§ 782–783 ABGB Rz 17; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 783 ABGB Rz 20; wohl auch *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015 (2015) 125.

⁴⁵ *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² Rz 11.32; *Rabl*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (340); *Rucker*, Die Anrechnung im neuen Erbrecht, NZ 2016, 81 (87); *Schauer*, Das neue Erbrecht, ÖJZ 2017, 53 (58f); *Umlauf in Klang*³ § 783 Rz 15; ders, Hinzu- und Anrechnung² 101; offenlassend *Musger* in *KBB*⁷ §§ 782–783 ABGB Rz 12.

⁴⁶ *Rabl*, Die Berechtigten einer Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil, in *FS Bittner* (2018) 471 (479ff).

⁴⁷ Bei den Nachkommen reicht nach § 782 Abs 2 ABGB die Existenz irgend eines Kindes, während es beim Ehegatten auf die konkrete Ehe ankommt; vgl *Musger* in *KBB*⁷ §§ 782–783 Rz 7.

⁴⁸ Oder ihn im Wege der Geschenknehmerhaftung erlangt hat; vgl FN 33.

Für Lösung 1 spricht § 791 Abs 1 ABGB, wonach ein Pflichtteilsberechtigter nur insoweit haftet, „als er infolge der Schenkung mehr als den ihm [...] gebührenden Pflichtteil erhalten hat“. Die Haftung des pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers ist also der Höhe nach mit jenem Betrag begrenzt, in der der Pflichtteilsberechtigte über den Pflichtteil hinaus beschenkt wurde.⁴⁹ Mit Blick auf § 764 Abs 2 ABGB konsequenter erscheint hingegen Lösung 2, eben weil das Pflegevermächtnis Pflichtteilsansprüchen vorgehen soll und worin sich die Situation von der Konkurrenz zweier Pflichtteilsberechtigter, die gleichrangig nebeneinanderstehen, unterscheidet.

D. Ergebnis

Damit lässt sich resümieren: Kombiniert man die Anordnung des § 678 Abs 2 Satz 2 ABGB, wonach das Pflegevermächtnis genauso wie Pflichtteile (§§ 769ff ABGB) nur bei Vorliegen von Enterbungsgründen entzogen werden darf, mit dem in § 764 Abs 2 ABGB zum Ausdruck kommenden Vorrang des Pflegevermächtnisses vor Pflichtteilsansprüchen, liegt die analoge Anwendung von § 789 ABGB auf verkürzte Pflegevermächtnisnehmer unmittelbar nahe. Dennoch stehen Teile der Literatur dem vorgeschlagenen Analogieschluss genauso reserviert gegenüber wie das

OLG Innsbruck. Dabei ist verständlich, wenn man mit dem neuen Rechtsinstitut fremdet; es hat sich allerdings gezeigt, dass keines der ins Treffen geführten Argumente einer eingehenden Analyse standhält.

Führt man sich die seltsamen Ergebnisse vor Augen, wenn man Pflichtteilsberechtigten die Berufung auf § 789 ABGB erlaubt, Pflegevermächtnisnehmern aber nicht, sprechen die besseren Gründe für einen Analogieschluss. Dass dabei keine holzschnittartigen Lösungen möglich sind, sondern es auch für die Haftung gegenüber dem Pflegevermächtnisnehmer eines ausdifferenzierten Systems bedarf, ist selbstverständlich; für einige der Folgefragen, die es dann zu beantworten gilt, hat der Beitrag Lösungsansätze vorgeschlagen.

Plus

ÜBER DEN AUTOR

E-Mail: dominik.schindl@wu.ac.at

⁴⁹ Musger in KBB⁷ § 791 ABGB Rz 1.

Das Private ist (gerade noch nicht?) politisch

Anmerkungen zu OGH 26. 8. 2024, 2 Ds 2/24b.

Zugleich ein Beitrag zum Vertrauen der Bevölkerung in den richterlichen Berufsstand

Der Beitrag schnell gelesen

Der OGH qualifiziert eine polemisch-satirische E-Mail eines Richters an seinen Dienstvorgesetzten als eine von Art 10 EMRK gerade noch gedeckte Reaktion und verneint weiters das Vorliegen eines Disziplinarvergehens nach § 101 Abs 1 RStDG. Er übersieht dabei, dass der Richter im gegenständlichen Fall gerade keine Teilnahme am öffentlichen Diskurs anstrebt, sondern sich schlicht eines internen Beschwerdemechanismus bedient, sodass spezifische Maßstäbe für die Beurteilung des Schutzniveaus des Art 10 EMRK gelten. Auch der Schluss des OGH, dass keine disziplinarrechtlich relevante Ge-

fahr für das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Rechtspflege sowie das Ansehen des Berufsstands bestehen, scheint verkürzt. Es fehlt insb eine nähere Auseinandersetzung mit dem betreffenden Richter als Individuum.

Disziplinarrecht; Verfassungsrecht

§ 57 Abs 3, §§ 57a, 101 Abs 1, § 110 Abs 2, § 123 Abs 1, § 130 Abs 1 Fall 1 RStDG; Art 10 EMRK
OGH 26. 8. 2024, 2 Ds 2/24b

ÖJZ 2025/152



Dr.in ELISABETH PAAR, LL.M. (Yale), ist Universitätsassistentin Post Doc am Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft der Universität Graz.

Inhaltsübersicht:

- A. Ein bemerkenswerter Auslöser, eine bemerkenswerte höchstgerichtliche Reaktion ...
- B. ... und bemerkenswerte Stille in der Literatur
- C. Art 10 EMRK: ein Schutzbereich so weit, dass jegliche Kommunikation eo ipso darunterfällt?

- D. Kein Vertrauensverlust mangels Kenntnis(möglichkeit) des Fehlverhaltens? A slippery slope
 - 1. Eine problematische Position
 - 2. Der Ton macht die Musik
 - 3. Kommunikation als Richter nach außen getreten, wenn auch nicht (unmittelbar) öffentlich
 - 4. Vorhersehbare Publizität über Umwege?
- E. Abschließende Gedanken: der Charakter einer Person als konstituierendes Element für die Ausübung einer Funktion?