

NZ 2021/126

Zur Konturierung der Vermögensopfertheorie durch 2 Ob 119/20v

Im Rahmen des ErbRÄG 2015¹ wurde die „Vermögensopfertheorie“ gesetzlich verankert, indem die Tatbestände der § 755 Abs 1, § 782 Abs 1, §§ 788, 792 ABGB darauf abstellen, wann der spätere Erblasser die jeweilige Schenkung „wirklich gemacht“ hat. Allerdings sind diese Wörter wenig aussagekräftig und die einschlägigen Materialien vage gehalten, weshalb bspw Ch. Rabl² kritisiert: „Der Gesetzgeber lässt uns mit der Frage allein, wann eine Schenkung ‚wirklich gemacht‘ ist.“ Nunmehr hat der OGH in der E 2 Ob 119/20v (NZ 2021/135) jedoch zwei Grundfragen zur Vermögensopfertheorie beantwortet. Der vorliegende Beitrag analysiert die rechtliche Beurteilung des zweiten Senats und erörtert ihre Bedeutung für die Gesamtstruktur der Doktrin.

Von Jakob Kepplinger

Inhaltsübersicht:

- A. Die Normierung der Vermögensopfertheorie im Zuge des ErbRÄG 2015
- B. *Usus fructus*, Gebrauchsrecht und Vermögensopfer
 1. Die Judikatur zur alten Rechtslage
 2. Meinungsstand zum neuen Erbrecht
 3. 2 Ob 119/20v: Vermögensopfer trotz Fruchtgenussrechts
 4. Bewertung der rechtlichen Beurteilung
 - a) Zum rekonstruierbaren Willen des Gesetzgebers
 - b) Teleologisch-systematische Erwägungen
 5. Zur Bedeutung von 2 Ob 119/20v für die Struktur der Vermögensopfertheorie
 - a) Beibehaltung der „rechtlichen Vermögensopfertheorie“
 - b) Aufgabe der „wirtschaftlichen Vermögensopfertheorie“
- C. Eintritt des Vermögensopfers (erst) durch den Eigentumsübergang
 1. Problemstellung und Judikatur zur alten Rechtslage
 2. Meinungsstand zum neuen Erbrecht vor 2 Ob 119/20v
 3. Die Rechtsansicht des zweiten Senats: Vermögensopfer durch Eigentumsübergang
 4. Bewertung der Rechtsauffassung des zweiten Senats
 - a) Analyse der Materialien zu § 782 ABGB
 - b) Wertungswiderspruch aufgrund des späteren Eintritts des Vermögensopfers bei Schenkungen auf den Todesfall?
 5. Praktische Auswirkungen des Abstellens auf den Eigentumsübergang
 - a) Späterer Eintritt des Vermögensopfers bei Liegenschaftsschenkungen

- b) Grundverkehrsbehördlich genehmigungsbedürftige Schenkungen
- c) Vermögensopfer bei schenkungsgleichen Rechtshandlungen iSv § 781 Abs 2 ABGB
- D. Das Vermögensopfer tritt spätestens im Todeszeitpunkt ein
- E. Fazit

A. Die Normierung der Vermögensopfertheorie im Zuge des ErbRÄG 2015

Schenkungen eines späteren Erblassers zu Lebzeiten werfen häufig schwierige erbrechtliche Probleme auf.³ Immer wieder stellt sich dabei die (Vor-)Frage nach dem Schenkungszeitpunkt. Dieser ist etwa für die Schenkungsbewertung iZm ihrer Hinzu- und Anrechnung beim Erbteil (§ 755 Abs 1 ABGB) sowie im Rahmen der Pflichtteilsermittlung (§ 788 ABGB) von Relevanz. Außerdem entscheidet der Schenkungszeitpunkt darüber, ob eine Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigte Person innerhalb der Zweijahresfrist des § 782 Abs 1 ABGB gemacht wurde, sodass eine Hinzurechnung nach *leg cit* in Betracht kommt. Gleiches gilt für die Frage, ob bzgl einer etwaigen Ausfallhaftung des Geschenknehmers gegenüber Pflichtteilsberechtigten nach §§ 789 ff ABGB⁴ die zeitliche Haftungsbeschränkung des § 792 ABGB Platz greift. In all diesen Fällen (und wohl auch bei sonstigen Rechtsfragen⁵) kommt es nach der Diktion der angeführten Bestimmungen darauf an, wann die jeweilige **Schenk**ung „wirklich gemacht“ wurde. Durch diese Formulierung hat der Ge-

³ Siehe zu diesen nur den Überblick von Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, *Erbrecht*² (2020) 597 ff (11. Kapitel: Die Berücksichtigung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht).

⁴ Nunmehr monografisch zu dieser Haftung: Vaclavek, *Die Haftung des Geschenknehmers – Analyse der Haftung gegenüber Pflichtteilsberechtigten* gem §§ 789 ff ABGB (2020).

⁵ Näher zum sachlichen Anwendungsbereich der Vermögensopfertheorie: Welser, *Die Vermögensopfertheorie und ihre Anwendungsfälle*, EF-Z 2019, 100 (100–103).

¹ BGBl I 2015/87.

² Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (341).

setzgeber des ErbRÄG 2015 – ausweislich der Materialien⁶ – die sog. „Vermögensopfertheorie“ positiviert.

Die Doktrin war bereits zur alten Rechtslage in Lehre und Rsp anerkannt. Allerdings bestanden **erhebliche Meinungsverschiedenheiten** über deren Ausgestaltung.⁷ An diesem Zustand hat sich durch die Novelle wenig geändert, zumal die Formulierung „wirklich gemacht“ ambig ist⁸ und die einschlägigen Materialien ihrerseits auslegungsbedürftig sind.⁹ Folglich obliegt es weiterhin Rechtslehre und -praxis, die Doktrin zu konturieren, wobei sich seit der Reform manche Probleme anders stellen.

Zwei dieser Grundfragen hat der OGH in der E **2 Ob 119/20v** beantwortet: Angesprochen ist einerseits der bekannte Streitpunkt, ob ein „zurückbehaltenes“ Fruchtgenussrecht an einer geschenkten Liegenschaft der Erbringung des Vermögensopfers entgegensteht, und andererseits die Frage, ob das Vermögensopfer im Allgemeinen durch das Verpflichtungsgeschäft oder erst durch den Übergang des Eigentums an den geschenkten Sachen eintritt. Im Nachfolgenden soll die rechtliche Beurteilung des zweiten Senats zu diesen beiden Rechtsfragen – vor dem Hintergrund der Judikatur zur alten Rechtslage – analysiert werden. Ferner wird die Bedeutung der beiden Klarstellungen für die Gesamtkonzeption der Vermögensopfertheorie erörtert.

B. Usus fructus, Gebrauchsrecht und Vermögensopfer

1. Die Judikatur zur alten Rechtslage

Dass sich die Frage, ob ein Fruchtgenussrecht des Geschenkgebers dem Vermögensopfer entgegensteht, stellt, beruht wesentlich auf der E **2 Ob 39/14 w**:¹⁰ In diesem Urteil übertrug der zweite Senat die Vermögensopfertheorie von ihrem stiftungsrechtlichen Kontext¹¹ auf einen Fall, bei dem der Beschenkte der Geschenkgeberin ein „**lebenslanges und unentgeltliches**

Fruchtgenussrecht an der Liegenschaft“ sowie ein Veräußerungs- und Belastungsverbot zu ihren Gunsten einräumte. Das Höchstgericht judizierte: Die Schenkung sei wegen dieser Umstände nicht als „Vermögensopfer“ zu betrachten; denn hier wurde „*der Beschenkten sowohl die Nutzungsmöglichkeit der Liegenschaft als auch die Verfügungsmöglichkeit über deren Substanzwert bis zum Tod der Geschenkgeberin vorenthalten, wohingegen die Lebensumstände der Geschenkgeberin in den für sie tatsächlich relevanten und wahrnehmbaren Belangen, insbesondere in ihrer Wohnsituation, bis zu ihrem Tode unverändert blieben.*“¹² Die Ansicht, wonach ein zurückbehaltenes Fruchtgenussrecht – im Übrigen auch ohne Belastungs- und Veräußerungsverbot zugunsten des Geschenkgebers – der Erbringung eines Vermögensopfers entgegensteht,¹³ schrieb der OGH in **2 Ob 185/15**,¹⁴ **2 Ob 91/16 w**,¹⁵ **2 Ob 217/17 a**, **2 Ob 35/17 m**¹⁶ und in **2 Ob 98/17 a**¹⁷ fort.

Anders beurteilte das Höchstgericht (**Wohnungs-)**Gebrauchsrechte: Am Beginn dieser Rechtsprechungslinie steht **2 Ob 125/15 v**.¹⁸ Die Entscheidung betrifft einen Sachverhalt, bei dem ein Geschenkgeber mit dem -nehmer die Nebenabrede traf, dass Ersterem bis zu seinem Tod ein unentgeltliches Wohnungsgebrauchsrecht am geschenkten Wohnhaus zusteht. Zudem wurde vereinbart, dass der Geschenkgeber während dieses Zeitraums die Betriebskosten zu tragen hat. Der OGH konstatierte: Der Geschenkgeber hätte ein über den Substanzverlust hinausgehendes Vermögensopfer erbracht, weil „er die geschenkte Sache zwar weiter selbst gebrauchen darf, allfällige Erträge aber nicht ihm, sondern dem Geschenknehmer zustehen.“¹⁹ Dass die Einräumung eines (obligatorischen oder dinglichen) Wohnungsgebrauchs der Erbringung des Vermögensopfers nicht entgegensteht, wurde durch **2 Ob 144/16 i**²⁰ bestätigt.

2. Meinungsstand zum neuen Erbrecht

Ob die beiden Rechtsprechungslinien zum neuen Erbrecht fortzuschreiben sind, wird im Schrifttum kontrovers debattiert. Im Zentrum des Diskurses steht dabei die Bedeutung von folgendem Passus der **Erläut** zu

⁶ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

⁷ Zum Meinungsstand vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 zB *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 785 aF Rz 36 ff; *Vaclavek*, Haftung 204 ff (IV.1.4.c.).

⁸ *Ch. Rabl*, NZ 2015, 341 („sprachlich unschön, ihr Inhalt ist unklar“); ebenso *Pollan*, Schenkungsanrechnung und Pflichtteilsberechtigung, NZ 2018, 81 (85).

⁹ Die Vagheit der ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34 u 37 kritisieren neben den in FN 8 Genannten bspw auch *K. Müller/Melzer*, Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht, in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht Neu 2015 (2015) 73 (93); *Rucker*, Die Anrechnung im neuen Erbrecht, NZ 2016, 81 (87); *Welser*, EF-Z 2019, 101; *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015, JEV 2015, 120 (124): „Die Erläuterungen der Erbrechtsreform 2015 leisten für eine Präzisierung der Vermögensopfertheorie keinen Beitrag.“

¹⁰ NZ 2015/5 (zust *Battlogg*) = *ecolex* 2015/97 (zust *Schoditsch*) = *iFamZ* 2015/36 (krit *Mondel*) = EF-Z 2015/26 (abl *Tschugguel*).

¹¹ Siehe dazu nur die Leitentscheidung OGH 10 Ob 45/07 a NZ 2008/3 = *ecolex* 2007/285 (*Limberg*) = EF-Z 2007/115 (*Zollner*) = *GesRZ* 2007, 437 (*N. Arnold*).

¹² So der Succus der rechtlichen Beurteilung unter Pkt IV.

¹³ Dass es für den Eintritt des Vermögensopfers „unerheblich“ ist, ob sich der Geschenkgeber ein (obligatorisch oder absolut wirkendes) Belastungs- und Veräußerungsverbot einräumen lässt, stellte der zweite Senat in 2 Ob 125/15 v (dort Pkt 3.3.d) klar.

¹⁴ NZ 2016/60 = *ecolex* 2016/200.

¹⁵ NZ 2017/109 = EF-Z 2017/122.

¹⁶ NZ 2017/65 = EF-Z 2017/91 = *ecolex* 2017/296.

¹⁷ NZ 2018/64 (*Hofmann*) = *GesRZ* 2018, 191 (*Klampfl*) = *PSR* 2018/20 (*Burger-Scheidlin*) = *ZfS* 2018, 55 (*Huemer*) = *ecolex* 2019/232 (*Rizzi*). Siehe Pkt 2.1. der rechtlichen Beurteilung.

¹⁸ NZ 2015/151 = *SZ* 2015/78 = EF-Z 2015/162 (*Tschugguel*) = *PSR* 2015/49 (*Zollner*) = *ecolex* 2015/445 (*Fritzer*).

¹⁹ Pkt 3.3.d der rechtlichen Beurteilung.

²⁰ NZ 2016/148 = EF-Z 2017/20 (*Tschugguel*).

§ 782 ABGB:²¹ „Insbesondere ein Rückschenkungsangebot des Geschenknehmers, der Widerruf der Privatstiftung, wenn der Stifter Letztbegünstigter ist, sowie andere Stifterrechte, die zum Rückerwerb verwendet werden können, führen dazu, dass das Vermögensopfer noch nicht erbracht wurde. **Durch ein bloßes Nutzungsrecht wird das Vermögensopfer aber regelmäßig nicht ausgeschlossen.**“

Zollner²² lehrt mit Blick auf den letzten Satz: „Damit hat der Gesetzgeber ganz offensichtlich [...] zwischen bloßen Nutzungsrechten und dem Vorbehalt eines (umfassenden) Fruchtnießungsrechts erkannt.“ Ebenso beziehen Hasch/Wolfsgruber²³ den Schlusssatz auf die Judikatur zur alten Rechtslage, wonach ein bloßes (Wohnungs-)Gebrauchsrecht des Geschenkgebers der Erbringung eines Vermögensopfers nicht entgegenstehe. *E contrario* sei „aufgrund der Formulierung der Materialien wohl davon auszugehen [...], dass Fruchtgenussvorbehalte schädlich sein können“. Mit dieser Ansicht sympathisieren Eccher,²⁴ Schneiderbauer/Zwick,²⁵ Pollan²⁶ sowie – im Ergebnis – Bittner/Hawel,²⁷ die betonen: Den Materialien sei zumindest nicht zu entnehmen, dass der Gesetzgeber an dem von der Judikatur eingeschlagenen Weg Änderungen vornehmen wollte. Daher sei weiterhin davon auszugehen, dass ein umfassendes **Fruchtgenussrecht** an einer geschenkten Liegenschaft der **Erbringung des Vermögensopfers entgegensteht**.

Andere Stimmen monieren: Es sei in Anbetracht der Materialien zu § 782 ABGB zumindest fraglich, ob die Judikatur zum bisherigen Recht fortzusetzen ist,²⁸ zumal die Erläuterungen deutungs offen sind.²⁹ Explizit gegen eine Weiterführung der beiden Judikaturlinien sprechen sich

– aus teleologischen Gründen – Barth/Pesendorfer,³⁰ Rucker,³¹ Wolkerstorfer,³² Nemeth/Niedermayr³³ und Schauer³⁴ aus. Schließlich könne auch bei Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts kein Zweifel daran bestehen, dass der Schenker die **Substanz der Sache endgültig aus der Hand gegeben** hat. Dem pflichtet Umlauf³⁵ bei, der sich diesbezüglich in erster Linie auf die oben zitierten Materialien beruft, und interpretiert: „Der Vorbehalt eines Nutzungsrechts (mE also auch eines Fruchtgenussrechts) schließt das Vermögensopfer [...] nach der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Absicht des Gesetzgebers nicht aus.“³⁶

Der OGH äußerte sich zur Frage, ob eine vertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit der Erbringung des Vermögensopfers nach neuem Erbrecht im Wege steht, erstmals in **2 Ob 195/19v**.³⁷ Ein Erblasser schenkte seiner damaligen Gattin³⁸ seinen Hälftanteil an der gemeinsamen Liegenschaft. Letztere räumte dem Geschenkgeber ein Gebrauchsrecht an der Wohnung im Erdgeschoß des dreistöckigen Hauses ein. Der Fachsenat hielt – wenig überraschend – an seiner Auffassung zur Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 fest, wonach der Vorbehalt eines **Wohnungsgebrauchsrechts** dem Eintritt des Vermögensopfers nicht im Wege stehe. Insofern habe sich durch die Novelle nichts geändert. Die Frage, ob die Materialien zu § 782 ABGB dahingehend zu deuten sind, dass der Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts weiterhin das Vermögensopfer verhindert, ließ der zweite Senat explizit offen.³⁹ Schon allein der Umstand, dass diese Frage *obiter* thematisiert wurde, ließ jedoch erahnen, dass die alte Judikatur nicht unreflektiert fortgeschrieben wird.

3. 2 Ob 119/20v: Vermögensopfer trotz Fruchtgenussrechts

Vor diesem Hintergrund erging die **E 2 Ob 119/20v**, der folgender Fall zugrunde lag, nicht *ex abrupto*: Der spätere Erblasser schenkte einem seiner beiden Kinder 278/546 Anteile an einer Liegenschaft, mit welchem Wohnungseigentum an Top 2 verbunden waren. Über Vorbehalt des Geschenkgebers räumte das Kind ihm

²¹ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

²² PSR 2015, 188 (Anm zu 2 Ob 125/15v).

²³ Potentielle Verschärfung pflichtteilsrechtlicher Auseinandersetzungen durch das ErbRÄG 2015, PSR 2016, 21 (25).

²⁴ Erbrechtsreform (2016) Rz 167.

²⁵ Die Privatstiftung und die Erbringung des Vermögensopfers, PSR 2017, 4 (8f).

²⁶ NZ 2018, 84 FN 10: „Dieser Ansicht ist jedenfalls zu folgen. Das ErbRÄG 2015 wollte offensichtlich die stRsp fortschreiben.“

²⁷ In Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2018) § 782 Rz 3.

²⁸ Zöchling-Jud/Zollner, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – erste Überlegungen zum ErbRÄG 2015, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 41 (52).

²⁹ Vgl Kletečka, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in Ch. Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht (2015) 89 (99f); K. Müller/Melzer in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht Neu 2015 (2015) 73 (93); Musger in KBB⁶ (2020) §§ 782f ABGB

Rz 5: „Klarheit kann hier mangels eindeutiger Regelung im Gesetz nur eine Entscheidung des OGH bringen“; vgl auch Welser, NZ 2019, 101: „Überaus streitig ist, wie sich vorbehaltene Gebrauchs- und Nutzungsrechte auf das Vermögensopfer auswirken – eine Frage, der hier nicht weiter nachgegangen werden kann“; Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 11.24 referiert bloß den Meinungsstand.

³⁰ Erbrechtsreform (2015) 130.

³¹ NZ 2016, 87.

³² Eintritt des Vermögensopfers bei der Schenkung auf den Todesfall, NZ 2017, 418 (422f).

³³ In Schwimann/Kodek, ABGB⁵ (2018) § 782 Rz 10.

³⁴ In Deixler-Hübner, Handbuch Familienrecht² (2020) 794f; s auch dens, Anrechnung beim Erbteil, in Barth/Pesendorfer, Praxis-handbuch des neuen Erbrechts (2016) 193.

³⁵ Das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2017, 241 (243ff); ders, Hinzu- und Anrechnung² 64 ff.

³⁶ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 64; ebenso davor Kepplinger, Die ‚Vermögensopfertheorie‘ im Lichte des ErbRÄG 2015, ZfS 2017, 3 (10).

³⁷ EF-Z 2021/18 (Tschugguel) = EvBl 2021/32 (Kietabl).

³⁸ Die Ehe wurde vor dem Tod des Erblassers einvernehmlich geschieden.

³⁹ Siehe Pkt 3.1. der rechtlichen Beurteilung.

und dessen zweiter Ehefrau ein unentgeltliches, lebenslangliches **Fruchtgenussrecht** ein. Die Frage, ob dieser *usus fructus* der Erbringung eines Vermögensopfers entgegensteht, stellte sich iZm der Ermittlung des Bewertungszeitpunkts nach § 788 ABGB.

Der Fachsenat referiert in seiner rechtlichen Beurteilung zunächst die oben angeführten **Materialien zu § 782 ABGB** (Pkt 1.3. der Entscheidung). Bzgl der Klarstellung, wonach ein „bloßes Nutzungsrecht“ das Vermögensopfer nicht ausschließt, argumentiert das Gericht mit *Umlauf*,⁴⁰ „dass mit dem Wort ‚bloß‘ lediglich der Gegensatz zu den davor genannten Rückerwerbsmöglichkeiten hervorgehoben werden sollte und damit jegliches Nutzungsrecht gemeint ist, somit auch ein Fruchtgenussrecht.“ Daher werde das Vermögensopfer nach den Materialien nur ausgeschlossen, wenn der Geschenkgeber in der Lage ist, die geschenkte Sache wieder zurückzuerwerben.

Bekräftigt wird diese Argumentation durch einen Blick auf die **Erläut zum Ministerialentwurf**:⁴¹ Dort fand sich der Hinweis, dass das Vermögensopfer nur eintrete, wenn die Schenkung „ohne Widerrufsvorbehalt oder Nutzungsrecht des Zuwendenden“⁴² erfolgt. Aus dem Umstand, dass die letztgenannte Einschränkung in den ErläutRV zu § 782 ABGB fallengelassen wurde und man dort nunmehr den gegenteiligen Hinweis findet,⁴³ folgert der zweite Senat (Pkt 1.5. der Entscheidung): „Nach der seit dem ErbRÄG 2015 geltenden Rechtslage verhindert ein vom Erblasser bei einer Schenkung unter Lebenden an der geschenkten Sache vorbehaltenes Fruchtgenussrecht nicht (mehr), dass er die Schenkung ‚wirklich gemacht‘ und somit das Vermögensopfer erbracht hat.“

4. Bewertung der rechtlichen Beurteilung

a) Zum rekonstruierbaren Willen des Gesetzgebers

Der referierten rechtlichen Beurteilung ist sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung zu folgen,⁴⁴ wobei vor allem die **Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens anhand der Erläut zum Ministerialentwurf** überzeugt. Das weite Blickfeld des zweiten Senats eröffnet mE ein weiteres – im bisherigen Diskurs nicht hinreichend berücksichtigtes – Argument, das die rechtliche Beurteilung des zweiten Senats absichert.

Wie in der Entscheidung zitiert, befand sich im Ministerialentwurf noch die Klarlegung, dass sowohl ein „Widerrufsvorbehalt“ als auch ein „Nutzungsrecht des Zuwendenden“ ein Vermögensopfer ausschließen.⁴⁵ Als

Beleg ist dort „*Umlauf*, Anrechnung 211 f“⁴⁶ angeführt. Im zitierten Teil der Habilitationsschrift spricht sich der Autor – selbstverständlich zur alten Rechtslage – dafür aus, dass „bei schenkungsweiser Übertragung eines Grundstückes [. . .] und gleichzeitiger Begründung eines Fruchtgenussrechts (bzw eines Gebrauchsrechts oder eines obligatorischen Benützensrechts) zu Gunsten des Geschenkgebers das Vorliegen eines Vermögensopfers solange zu verneinen [ist], bis das betreffende Recht erlischt“. *Umlauf* verwendet für die angeführten Rechte selbst den **Oberbegriff des „Nutzungsrechts“**, der sowohl in den Erläut zum Ministerialentwurf als auch später zur Regierungsvorlage verwendet wird. Da der **terminus in beiden Erläut** höchstwahrscheinlich **bedeutungsgleich** zu lesen ist, zeigt sich, welcher Gehalt dem doppeldeutigen Begriff in den ErläutRV zu § 782 ABGB zukommt. Der Ausdruck „Nutzungsrecht“ meint nicht nur Gebrauchsrechte, sondern auch einen *usus fructus*. Mithin stellt der Hinweis in den ErläutRV, wonach das Vermögensopfer „durch ein bloßes Nutzungsrecht“ nicht ausgeschlossen wird, Folgendes klar: Weder ein (obligatorisches) Gebrauchs- noch ein Fruchtgenussrecht steht dem Eintritt eines Vermögensopfers entgegen.

b) Teleologisch-systematische Erwägungen

Darüber hinaus überzeugt die Rechtsauffassung des zweiten Senats auch in teleologisch-systematischer Hinsicht: Dass der Eintritt des Vermögensopfers davon abhängen soll, ob dem Geschenkgeber ein **Fruchtgenuss- oder ein Gebrauchsrecht** eingeräumt wird, mutet schon allein deshalb merkwürdig an, weil die **Grenze** zwischen einem Fruchtgenuss- und einem bloßen Gebrauchsrecht im System des ABGB **fließend** ist:⁴⁷ Sie gestaltet sich dogmengeschichtlich so, dass der *usus* keine Befugnis zur Fruchtziehung gab,⁴⁸ während der *usus fructus* das Recht einräumte, die Sache zu benützen und aus ihr Früchte zu ziehen.⁴⁹ Demgegenüber grenzt sich das Gebrauchsrecht von einer Fruchtziehung nach ABGB so ab, dass ein (obligatorisches oder dingliches) Gebrauchsrecht der Befriedigung der persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten dient (§§ 504 f ABGB), während ein Fruchtzieher berechtigt ist, die Sache „mit Schonung der Substanz, ohne alle Einschränkung zu genießen“ (§ 509 ABGB). Der Unterschied liegt demnach in der Personenbezogenheit und nicht in der Art der Benüt-

⁴⁰ Hinzu- und Anrechnung² 65 inkl FN 199.

⁴¹ 100/ME 25. GP 31 u 35.

⁴² 100/ME 25. GP 35.

⁴³ Siehe dazu das Zitat der einschlägigen Passage unter Pkt B.2.

⁴⁴ Siehe dazu bereits Kepplinger, ZfS 2017, 9 f.

⁴⁵ 100/ME 25. GP 35.

⁴⁶ Langzitat: *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfangen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 211.

⁴⁷ Siehe dazu nur Bittner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2016) § 505 ABGB Rz 1; B. A. Koch in KBB⁶ (2020) § 504 ABGB Rz 1; Memmer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2020) § 504 Rz 6.

⁴⁸ Vgl zB Ulp. D. 7,8,2 pr (17 ad Sab): *Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest.*

⁴⁹ Paul. D. 7,1,1 (3 ad Vitell): *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.* Der Unterschied war demnach ein qualitativer, der in der Art der Benützung lag (Kaser, Das Römische Privatrecht I² [1971] 447 ff [§ 106]).

zung;⁵⁰ praktisch gesehen⁵¹ also va darin, dass ein Fruchtnießer die Sache entgeltlich in Bestand geben darf.⁵² Ein bloß zum Gebrauch Berechtigter nicht.⁵³

Damit zeigt sich, dass sich die **Rechtsposition** eines Geschenkgebers, dem ein Fruchtgenussrecht eingeräumt wird, und jene eines Geschenkgebers mit zurückbehaltenem Gebrauchsrecht **weitgehend gleich** darstellen, wenn Ersterer gar nicht danach trachtet, die Liegenschaft zu vermieten oder zu verpachten. Folglich ist die Differenzierung der Judikatur zur alten Rechtslage allenfalls dann nachvollziehbar, wenn der Fruchtnießer zumindest die (im Verfahren festzustellende) Absicht hatte, die verschenkte Liegenschaft in Bestand zu geben. Aber selbst unter dieser Prämisse ist Folgendes zu beachten: Sowohl bei Zurückhaltung eines (Wohnungs-)Gebrauchsrechts zur Befriedigung eines persönlichen (Wohn-)Bedürfnisses als auch bei Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts, um die Liegenschaft weiterhin persönlich in Bestand geben zu können, geht es zumeist um die **Aufrechterhaltung des Status quo**.⁵⁴ Beurteilt man diese beiden Konstellationen bzgl der Frage, ob der Geschenkgeber ein Vermögensopfer erbringt, unterschiedlich, wirkt das gewunden. Man suggeriert einen Unterschied, obwohl wertungsmäßig keiner besteht. Gegen eine Differenzierung spricht ferner, dass der Geschenkgeber mit der Sache bei Zurückbehaltung eines Fruchtgenussrechts nicht nach Belieben schalten und walten kann. Er darf die Liegenschaft (bzw den sonstigen Schenkungsgegenstand) nicht mehr veräußern oder (hypothekarisch) belasten. Zudem verringern sich durch die Aufgabe des Eigentums Solvenz und Kreditwürdigkeit des Geschenkgebers.⁵⁵

5. Zur Bedeutung von 2 Ob 119/20v für die Struktur der Vermögensopfertheorie

Aus obigen Gründen vermag die Ansicht des zweiten Senats, wonach ein Fruchtgenussrecht des Geschenk-

gebers der Erbringung des Vermögensopfers nicht entgegensteht, zu überzeugen. Sie hat für sich betrachtet große praktische Bedeutung. Allerdings reicht die Tragweite der Rechtsansicht über die Klärung eines Spezifikums hinaus. Sie ist für die Vermögensopfertheorie systembildend, was erhellt, wenn man sich die beiden Ausprägungen dieser Doktrin vor Augen führt.

a) Beibehaltung der „rechtlichen Vermögensopfertheorie“

Im alten Erbrecht begegnet die Vermögensopfertheorie in dualer Form: Der erste Strang wird im Schrifttum häufig als „**rechtliche Vermögensopfertheorie**“ bezeichnet.⁵⁶ Nach diesem Ansatz gilt das Vermögensopfer als nicht erbracht, wenn sich der Geschenkgeber – auf welche Art auch immer – die Möglichkeit eröffnet, die geschenkte Sache (iwS von § 285 ABGB) wieder zu erlangen. Bei der Schenkung einer körperlichen Sache wäre dies zB dann der Fall, wenn dem Geschenkgeber ein freies (dh ein über §§ 947 ff ABGB hinausgehendes, allein von seiner Entscheidung abhängiges⁵⁷) **Schenkungswiderrufsrecht** zukommt.⁵⁸ Gleiches gilt, wenn die Schenkung auflösend bedingt ausgestaltet ist und es sich bei der *condicio* um eine – von seinem Willen abhängige – Potestativbedingung handelt. Ferner schadet eine Option auf unentgeltliche Rückübertragung, die der Geschenkgeber jederzeit – oder nach Ablauf einer bestimmten Frist – ziehen kann.

Große Bedeutung hat die rechtliche Seite der Vermögensopfertheorie bei den Fragen, ob und wann das Vermögensopfer bei der **Vermögenswidmung an eine Privatstiftung** (vgl § 781 Abs 2 Z 4 ABGB) eintritt. Es gilt als nicht erbracht, solange der Geschenkgeber die Vermögenswidmung durch eine einseitige Rechts-handlung rückgängig machen und das gewidmete Vermögen wiedererlangen kann.⁵⁹ Aus diesem Grund tritt das Vermögensopfer frühestens mit **Entstehung der Privatstiftung** ein, weil dem Stifter bis dahin *ex lege* ein Widerrufsrecht zukommt.⁶⁰ Es bleibt ebenso aus, wenn sich der Geschenkgeber als Stifter in der Stiftungsurkunde das **Widerrufsrecht gem § 34 PSG** vorbehalten hat und er zugleich Letztbegünstigter der Privatstiftung ist, weil der Stifter dann das gewidmete Vermögen durch Ausübung des Widerrufsrechts wiederer-

⁵⁰ Anschaulich *Klang* in *Klang*, ABGB II² (1950) 579.

⁵¹ Dogmatisch besteht ein weiterer Unterschied darin, dass ein Gebrauchsberechtigter das Eigentum an etwaigen Naturalfrüchten – anders als ein Nießbraucher – nach hA nicht schon durch Separation, sondern erst mit Perzeption („Beziehen“) erwirbt (*Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} [2020] § 504 Rz 8 mwN).

⁵² OGH 2 Ob 362/58 MietSlg 6191; 1 Ob 93/07v wobl 2008/83; RIS-Justiz RS0011877.

⁵³ *Hofmann* in *Rummel*, ABGB I³ (2000) § 507 Rz 1; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 1363; *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 504 Rz 7.

⁵⁴ Aus diesem Grund lehnen auch *Tschugguel*, Vermögensopfer bei zurückbehaltenem Wohnrecht? EF-Z 2015, 277 (278); *ders*, EF-Z 2017, 41; *Mondel*, Erbringung des Vermögensopfers bei Schenkung einer Liegenschaft gegen Einräumung eines Wohnungsgebrauchsrechts, iFamZ 2017, 56 (56); *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 201 f und *Vaclavek*, Haftung 217 die Judikatur zur alten Rechtslage ab.

⁵⁵ Mit *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 202.

⁵⁶ Bspw von *Ch. Rabl*, NZ 2015, 341 und von *Vaclavek*, Haftung 201 f.

⁵⁷ So zB auch *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV 5 §§ 782 f Rz 10: „Nicht relevant sind die sich aus dem allgemeinen Schenkungsrecht ergebenden Widerrufsmöglichkeiten.“

⁵⁸ Siehe zu diesem sowie zu den folgenden Beispielen nur *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 70.

⁵⁹ Grundlegend in der Rsp: OGH 10 Ob 45/07 a GesRZ 2007, 437 (*N. Arnold*); s ferner 2 Ob 125/15v PSR 2015/49 (*Zollner*); RIS-Justiz RS0122172.

⁶⁰ Statt vieler *Schauer*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 251 (254); *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 206; *Oberhumer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² Rz 15.8.

langen kann.⁶¹ Gleiches gilt, wenn sich der Stifter in der Stiftungsurkunde ein Änderungsrecht gem § 33 Abs 2 Satz 1 PSG vorbehalten hat und der Stifter durch die Ausübung dieses Änderungsrechts allein (nicht bloß gemeinsam mit einem Mitstifter) die Möglichkeit hat, das gewidmete Vermögen wiederzuerlangen.⁶² All diese Beispiele sind Anwendungsfälle der rechtlichen Vermögensopfertheorie, die ausweislich der Materialien zu § 782 ABGB im neuen Erbrecht Bestand hat.⁶³

b) Aufgabe der „wirtschaftlichen Vermögensopfertheorie“

Anders gestaltet sich die Situation bzgl des zweiten Strangs der Vermögensopferdoktrin, die das Schrifttum häufig als „**wirtschaftliche Vermögensopfertheorie**“ bezeichnet.⁶⁴ Sie beruht auf dem Gedanken, dass eine Schenkung kein Vermögensopfer darstellt, solange der Geschenkgeber den **Verlust des Vermögens** – unter Berücksichtigung der realen Umstände – **nicht „spürt“**. Der wichtigste Fall dieser Ausprägung der Vermögensopferdoktrin zum alten Erbrecht war die oben (Pkt B.1.) dargestellte Judikaturlinie, wonach die Zurückbehaltung eines Fruchtgenussrechts dem Eintritt des Vermögensopfers entgegensteht. Im Schrifttum bestanden (und bestehen) gerade in diesem Bereich **erhebliche Meinungsverschiedenheiten**, die nicht nur einzelne Anwendungsfälle der wirtschaftlichen Vermögensopfertheorie betreffen.⁶⁵ Streitig ist bereits die vorgelagerte Frage, wie man sich diesem Problemkreis nähern sollte.

Die Judikatur zum alten Erbrecht vertrat die Ansicht: Im Zusammenhang mit der Vermögensopfertheorie sei eine **typisierende Betrachtung** geboten.⁶⁶ Gemeint ist damit, dass Lehre und Rsp zu den einzelnen Schenkungskonstellationen äußere Tatbestände (also Negativkriterien) zu entwickeln haben, bei deren Vorliegen die jeweilige Schenkung kein wirtschaftliches Vermögensopfer darstellt.⁶⁷ Die Gegenposition kritisierte diesen Zugang als grobschlächtig. Sie sprach sich gegen einen Kriterienkatalog und für eine einzelfallbezogene Betrachtung aus. Entscheidend sei die Frage, ob der Geschenkgeber den Vermögensverlust nach Maßgabe eines einzelfallbezogenen Vorher-nachher-Vergleichs „wirtschaftlich spürt“.⁶⁸

Von A. Hofmann⁶⁹ stammt die Hypothese, der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 habe sich für diese **einzelfallbezogene, wirtschaftliche Vermögensopfertheorie** entschieden. Der Autor stützt seine Position va darauf, dass in § 781 Abs 2 Z 6 ABGB ein Auffangtatbestand für hinzu- und anrechenbare Schenkungen geschaffen wurde. Erfasst sind nunmehr auch sämtliche „*andere[n] Leistung[en], die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkomm[en]*“. Diese wirtschaftliche Betrachtung gebiete es, auch „bei der Prüfung des Vermögensopfers nicht an äußerlichen Tatbeständen (endgültiger sachenrechtlicher Substanzverlust, Aufgabe umfassender Nutzungsrechte etc) haften zu bleiben, sondern auf alle (auch subjektive) Umstände des Einzelfalls durchzublicken, um zu prüfen, ob der Geschenkgeber vom Geschenk tatsächlich ‚losgelassen‘ und seine Herrschafts- oder Nutzungsbefugnisse als Eigentümer – wirklich spürbar – aufgegeben hat oder nicht“.⁷⁰

Nach der zutreffenden rechtlichen Beurteilung in 2 Ob 119/20v stellt sich die Situation jedoch anders dar. Wie gezeigt, war die Zurückbehaltung einer Fruchtnießung der wichtigste (von der Rsp anerkannte) Anwendungsfall der wirtschaftlichen Vermögensopfertheorie. Da der OGH diese Linie zum neuen Recht nicht fortschreibt, liegt die Induktion nahe, dass die „wirtschaftliche Vermögensopfertheorie“ **insgesamt als aufgegeben zu betrachten** ist.

Der Paradigmenwechsel lässt sich auch methodisch begründen: Die wirtschaftliche Vermögensopfertheorie

⁶¹ OGH 2 Ob 98/17 a GesRZ 2018, 191 (Klampfl); N. Arnold, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU-ErbVO, GesRZ 2015, 346 (347); Kepplinger, ZfS 2017, 6 f; Schneiderbauer/Zwick, PSR 2017, 9; Klampfl, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 207 mwN in FN 683.

⁶² Kepplinger, ZfS 2017, 7; ausführlich zu den sonstigen Konstellationen, bei denen das Vermögensopfer bei einer Vermögenswidmung an eine Privatstiftung nicht eintritt: Klampfl, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 206–216.

⁶³ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34: „Dies ist etwa der Fall, wenn der Schenkungsvertrag ohne Widerrufsvorbehalt oder Möglichkeit des Rückerwerbs des Zuwendenden in Bezug auf die zugewendete Sache erfüllt worden ist (vgl. auch Umlauf, Anrechnung 211f.). Insbesondere ein Rückschenkungsangebot des Geschenknehmers, der Widerruf der Privatstiftung, wenn der Stifter Letztbegünstigter ist, sowie andere Stifterrechte, die zum Rückerwerb verwendet werden können, führen dazu, dass das Vermögensopfer noch nicht erbracht wurde.“

⁶⁴ Ch. Rabl, NZ 2015, 341; Vaclavek, Haftung 202 uva.

⁶⁵ Umlauf denkt die wirtschaftliche Vermögensopfertheorie zur alten Rechtslage so, dass sowohl zurückbehaltene Fruchtgenuss- als auch Gebrauchsrechte bis hin zu faktischen Nutzungs- und Gebrauchsmöglichkeiten dem Eintritt des Vermögensopfers entgegenstünden (s Umlauf, Anrechnung¹ 179ff, 210ff; dens, Pflichtteilermittlung im Zusammenhang mit Privatstiftungen – gleichzeitig ein Beitrag zur Vermögensopfertheorie im Anrechnungsrecht des Pflichtteilsrechtes, in FS M. Binder [2010] 883 [887 f]). Nach Kletečka, Pflichtteilsrechtliche Behandlung der Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012, 4 (9) schadete weder ein vorbehaltenes Fruchtgenuss- noch ein Gebrauchsrecht. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Darstellung des Meinungsstands bei Vaclavek, Haftung 202ff (IV.1.4.c.dd).

⁶⁶ OGH 2 Ob 125/15v (Pkt 3.1.); 2 Ob 185/15t (Pkt 2.); 2 Ob 213/17p (Pkt 1.2.); uva (vgl RIS-Justiz RS0130273 [T 2]).

⁶⁷ Dass man sich der Doktrin so zu nähern hat, vertritt für die alte Rechtslage zB Kletečka (EF-Z 2012, 8), der die Gegenposition folgendermaßen kritisiert: „Setzt man an die Stelle rechtlich klar definierter Einordnungen eine wirtschaftliche Betrachtung, ist der Verlust an Rechtssicherheit unausweichlich.“

⁶⁸ So zB Limberg, Privatstiftung und Erbrecht (2006) 33 ff (insb 36).

⁶⁹ Kritische Anmerkungen zum Konstrukt der ‚typisierenden Betrachtungsweise‘, NZ 2018, 204 (206).

⁷⁰ A. Hofmann, NZ 2018, 206; offenbar zust Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 11.24; ebenso Oberhumer in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht² 785: „ME ist dabei seit dem ErbRÄG 2015 noch stärker eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten.“

geht auf die **Materialien zur III. Teilnovelle** zurück. § 785 Abs 2 letzter Satz idF III. TN sah vor, dass die Zweijahresfrist bei Schenkungen unter Ehegatten nicht vor Auflösung oder Scheidung der Ehe zu laufen beginnt. Im Herrenhausbericht⁷¹ wird dies folgendermaßen begründet: „Bei Schenkungen unter Ehegatten kann diese Frist sachgemäß erst von der Auflösung der Ehe oder ehelichen Gemeinschaft berechnet werden, weil vorher der Geschenkgeber zumeist auch im Genusse des geschenkten Gegenstandes war und gerade solche Schenkungen leicht zur absichtlichen Verletzung des Pflichtteilsanspruches missbraucht werden.“ Deutet man die Erläuterung zu § 782 ABGB nF mit dem zweiten Senat so, dass ein zurückbehaltenes Fruchtgenussrecht den Eintritt eines Vermögensopfers nicht ausschließt, bringt der Gesetzgeber dadurch nunmehr einen anderen Willen zum Ausdruck: Er erläutert, dass die Frage, ob der Geschenkgeber den Verlust seines Vermögens wirtschaftlich spürt, für den Eintritt des Vermögensopfers nicht von Relevanz sein sollte. Ein **wirtschaftlicher Vorher-nachher-Vergleich findet im neuen Erbrecht nicht mehr statt**. Mithin ist auch die Ansicht von *Barth/Pesendorfer*⁷² abzulehnen, wonach das Vermögensopfer nicht eintrete, wenn das Fruchtgenussrecht des Geschenkgebers mit einem Belastungs- und Veräußerungsverbot zu seinen Gunsten verknüpft ist.⁷³

C. Eintritt des Vermögensopfers (erst) durch den Eigentumsübergang

1. Problemstellung und Judikatur zur alten Rechtslage

Das zweite Grundproblem der Vermögensopfertheorie betrifft Konstellationen, in denen sich der Geschenkgeber kein Widerrufsrecht oder dergleichen vorbehalten hat. Hier erhebt sich die Frage, ob eine Schenkung 1) bereits durch den Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts „wirklich gemacht“ wird, oder ob dafür 2) das Eigentum auf den Geschenknehmer übergehen muss. Die Judikatur⁷⁴ zum alten Erbrecht rekurrierte diesbezüglich auf das Verpflichtungsgeschäft; also entweder auf den Zeitpunkt des Notariatsakts (vgl § 1 Abs 1 lit d NotAkteG) oder auf die Willenseinigung inklusive „wirklicher Übergabe“ der geschenkten Sache(n) iSv § 943 ABGB, die auch bei Liegenschaften in Betracht kommt.⁷⁵ Lag keines der vertypten Negativkriterien

vor, ging man davon aus, dass das Vermögensopfer durch „Abschluss eines formgültigen und unwiderruflichen Schenkungsvertrags“ erbracht wird.⁷⁶

2. Meinungsstand zum neuen Erbrecht vor 2 Ob 119/20v

In Einklang mit dieser Judikatur geht auch das Schrifttum zur neuen Rechtslage überwiegend davon aus, dass für den Eintritt des Vermögensopfers der **formgültige Abschluss des Schenkungsvertrags** genügt, sofern sich der Geschenkgeber keine Rechte vorbehalten, die der Erbringung des Vermögensopfers entgegenstehen.⁷⁷ Auf den Eigentumsübergang soll es nicht ankommen. In diesem Sinne postuliert zB *Wolkerstorfer*:⁷⁸ Das Vermögensopfer sei erbracht, „wenn ein wirksamer Schenkungsvertrag vorliegt, aufgrund dessen der Schenkende die rechtliche Verfügungsbefugnis über das Schenkungsobjekt verloren hat und diese auch nicht mehr einseitig (bspw durch Ausübung eines vorbehaltenen Widerrufsrechts) zurückerlangen kann“. Im Anschluss an diesen Autor erläutert auch *Musger*:⁷⁹ „Entscheidend ist wohl die vom Geschenkgeber nicht mehr (einseitig) rückgängig zu machende Verpflichtung zur sofortigen Übereignung, was einen schuldrechtlich gültigen Vertrag voraussetzt; der Eigentumsübergang sollte demgegenüber unerheblich sein.“

Anderer Ansicht ist bspw *Schauer*,⁸⁰ der betont: Seit der Verankerung der Vermögensopfertheorie im Gesetz könne die ältere Ansicht, die hier auf den „Abschluss des schuldrechtlichen Titelgeschäfts“ abstellt, nicht mehr aufrechterhalten werden. Dem folgt *Umlauf* und spezifiziert: Für das neue Erbrecht sei davon auszugehen, dass das Vermögensopfer durch den „**sachenrechtlichen Zuordnungswechsel (Eigentumsübergang)**“ eintrete.⁸¹ Der Autor begründet diese Ansicht einerseits damit, dass die ältere Ansicht bei der Schenkung auf den Todesfall – für die nunmehr gesichert von der sog „Vertragstheorie“ auszugehen ist (vgl § 603 ABGB) – zum unhaltbaren Ergebnis führe, dass das Vermögensopfer bereits bei Abschluss des Schenkungsvertrags als erbracht gelte.⁸² Andererseits führt *Umlauf*⁸³ Rechtssicherheitserwägungen ins Treffen. Er erblickt

⁷¹ 78. BlgHH 21. Sess 116.

⁷² Erbrechtsreform (2015) 130.

⁷³ Gegen diese bereits *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 199 (Pkt ii). Schon zur alten Rechtslage führte der OGH aus, dass es für das Vorliegen eines relevanten Vermögensopfers ausschließlich auf die Rechtsstellung des Geschenkgebers ankommt (s 2 Ob 125/15v [Pkt 3.1]).

⁷⁴ OGH 2 Ob 91/16w NZ 2017/109 = EF-Z 2017/122; 2 Ob 142/18y NZ 2019/5 = EF-Z 2019/50; vgl auch RIS-Justiz RS0012910 (T 9).

⁷⁵ OGH 7 Ob 590/77 SZ 50/101; 5 Ob 124/92 SZ 65/137 = NZ 1993, 240 (*Hofmeister*).

⁷⁶ So wörtlich OGH 2 Ob 91/16w (Pkt 3.1.).

⁷⁷ Siehe zB *Ch. Rabl*, NZ 2015, 341; *Apathy*, Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 1 (8f); *dens*, Zur Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016, 805 (807); *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2018) § 782 Rz 3; *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 203f; *Welser*, Erbrechts-Kommentar (2018) § 782 ABGB Rz 11 u 13.

⁷⁸ NZ 2017, 423.

⁷⁹ In KBB⁶ §§ 782f ABGB Rz 4.

⁸⁰ In *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts 220; s auch *dens* in *Deixler-Hübner*, Familienrecht Handbuch² 793f.

⁸¹ Hinz- und Anrechnung² 71; NZ 2017, 246.

⁸² *Umlauf*, Hinz- und Anrechnung² 68f; s zu diesem Gesichtspunkt unten Pkt C.4.b.

⁸³ Hinz- und Anrechnung² 70f.

den Vorteil seiner These darin, dass es sich beim Eigentumsübergang um einen **konkret fassbaren Zeitpunkt** handelt. Dieser Ansicht schließen sich bspw. *Nemeth/Niedermayr*⁸⁴ und *Vaclavek*⁸⁵ an. Letztere rekurriert in ihrer Dissertation grds. auf „den Eigentumsübergang aufgrund eines gültigen Titelvertrags (allenfalls mittels Notariatsakts)“, schränkt jedoch zugleich erheblich ein: Bei der Schenkung einer Liegenschaft genüge für den Eintritt des Vermögensopfers (sofern sich der Geschenkgeber keine Widerrufsmöglichkeit vorbehalten hat) „das Vorliegen einer verbücherungsfähigen Urkunde“.⁸⁶

3. Die Rechtsansicht des zweiten Senats: Vermögensopfer durch Eigentumsübergang

Der zweite Senat folgt in **2 Ob 119/20v** der zuletzt dargestellten Ansicht, wonach das Vermögensopfer durch den **Eigentumsübergang** erbracht wird. Es handelt sich dabei – soweit ersichtlich – um die erste Entscheidung zu dieser Thematik nach neuem Erbrecht. In **2 Ob 195/19v**⁸⁷ stellte sich das Problem nur bedingt, weil der Schenkungsvertrag mangels Notariatsakt und mangels wirklicher Übergabe iSv § 943 ABGB zunächst formunwirksam errichtet wurde. Ob der Schenkungsvertrag durch die spätere Besitzauffassung des Geschenkgebers geheilt war, konnte das Höchstgericht aufgrund der Umstände des Einzelfalls offenlassen. Aus diesem Grund ist die Entscheidung bzgl. der Frage, ob das Vermögensopfer im Allgemeinen durch einen formwirksamen Schenkungsvertrag oder erst durch den Eigentumsübergang eintritt, **wenig aufschlussreich**.

Anderes gilt für **2 Ob 119/20v**. Hier führt der Fachsenat nicht nur bzgl. § 788 ABGB, sondern für die Vermögensopferdoktrin schlechthin aus: Im Allgemeinen sei für die Erbringung des Vermögensopfers nicht der Abschluss des Schenkungsvertrags, sondern „der Eigentumsübergang der geschenkten Sache entscheidend“ (Pkt 1.7. der Entscheidung). Der OGH stützt diese Ansicht auf die **Materialien zu § 782 ABGB**,⁸⁸ wonach Schenkungen zu jenem Zeitpunkt „wirklich gemacht“ werden, in dem der Geschenkgeber das Vermögensopfer in Bezug auf die Zuwendung endgültig erbracht hat; etwa, wenn ein **Schenkungsvertrag** (ohne Widerrufsvorbehalt oder Möglichkeit des Rückerwerbs des Zuwendenden) „erfüllt“ worden ist (Pkt 1.6. der Entscheidung). Aus dem Verb „erfüllt“ erschließt der zweite Senat, dass das Vermögensopfer erst durch die Eigentumsübertragung erbracht werde.

⁸⁴ In *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ (2018) §§ 782f Rz 10: „Zutreffend erscheint die Ansicht, die auf die endgültige Aufgabe des Eigentumsrechts abstellt.“

⁸⁵ Haftung 217.

⁸⁶ *Vaclavek*, Haftung 217 FN 1466.

⁸⁷ EF-Z 2021, 37 (*Tschugguel*) = EvBl 2021/32 S 234 (*Kietaibl*).

⁸⁸ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

4. Bewertung der Rechtsauffassung des zweiten Senats

a) Analyse der Materialien zu § 782 ABGB

Auch in diesem Kontext ist die Intention des zweiten Senats, den Willen des Gesetzgebers des ErbRÄG 2015 anhand der (freilich auslegungsbedürftigen) Materialien zu rekonstruieren, positiv hervorzuheben. Nach den ErläutRV tritt das Vermögensopfer ein, wenn ein Schenkungsvertrag ohne Widerrufsvorbehalt oder Möglichkeit des Rückerwerbs „erfüllt“ worden ist. Als Beleg zitieren die Materialien auch in diesem Kontext „Umlauf, Anrechnung 211f“, der in seiner Habilitationsschrift zum alten Erbrecht ausführt: Das Vermögensopfer trete im Regelfall durch die **Erfüllung des Verpflichtungsgeschäfts** ein, wobei ein Besitzkonstitut nicht ausreiche.⁸⁹

Folglich widerspricht jene Ansicht, die für den Eintritt des Vermögensopfers auf den (vorbehaltslosen) Abschluss des Schenkungsvertrags abstellt, dem Willen des Gesetzgebers. Haltbar scheinen *prima vista* folgende zwei Ansichten: Zunächst könnte mit der Erfüllung des Schenkungsvertrags tatsächlich die **Übertragung des Eigentums** gemeint sein. Andererseits könnte man die Materialien in Zusammenschau mit den zitierten Ausführungen von *Umlauf* zur alten Rechtslage – dem viel daran liegt, Besitzkonstitute als „vermögensopfernde“ Erfüllungshandlungen auszuschließen – auch so deuten, dass der Gesetzgeber bzgl. des Eintritts des Vermögensopfers im Allgemeinen an die „**wirkliche Übergabe**“ iSv § 943 ABGB anknüpft. Dies würde va bei der Schenkung von Liegenschaften zu Abweichungen führen. Auf den sprachlichen Konnex zwischen einer „wirklichen Übergabe“ und dem „wirklichen Machen“ einer Schenkung iS der Vermögensopfertheorie hat bereits *Rucker*⁹⁰ aufmerksam gemacht.

Allerdings scheint es aus **systematischen Gründen** problematisch, die Erbringung des Vermögensopfers im Allgemeinen auf die wirkliche Übergabe der Sache zu beziehen. Denn dadurch entstünde ein Widerspruch zur oben erörterten – ebenfalls in den Erläut zu § 782 ABGB angelegten – Ansicht, wonach weder der Vorbehalt eines (Wohnungs-)Gebrauchs- noch eines Fruchtgenussrechts dem Eintritt eines Vermögensopfers entgegenstehen. In beiden Fällen gilt das Vermögensopfer als erbracht. Damit kann es für dessen Eintritt aber nicht auf eine „wirkliche Übergabe“ iSv § 943 ABGB ankommen, denn eine solche liegt bei einer **Weiterbenützung der Liegenschaft durch den Geschenkgeber** aufgrund eines Gebrauchs- oder Fruchtgenussrechts bis zu dessen Tod nicht vor.⁹¹ Somit scheidet der Zeitpunkt der

⁸⁹ *Umlauf*, Anrechnung¹ 211 (letzter Absatz).

⁹⁰ NZ 2016, 87: „Die Worte ‚wirklich gemacht‘ [...] klingen mehr nach einer ‚wirklichen Übergabe‘.“

⁹¹ Siehe nur OGH 9 Ob 149/04 a EvBl 2005/133; *Parapatits* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ (2014) § 943 Rz 23; *Löcker* in *Kle-tečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} (2020) § 943 Rz 3.

wirklichen Übergabe als Anknüpfungspunkt für den Eintritt des Vermögensopfers aus. Um den dargestellten Widerspruch zu vermeiden, liegt es tatsächlich nahe, die in den ErläutRV⁹² angeführte **Erfüllung des Schenkungsvertrags** mit dem zweiten Senat so zu lesen, dass damit der Eigentumsübergang an der geschenkten (körperlichen) Sache gemeint ist. Allerdings bleibt ein anderer Aspekt zu prüfen.

b) Wertungswiderspruch aufgrund des späteren Eintritts des Vermögensopfers bei Schenkungen auf den Todesfall?

Gegen die Ansicht, wonach das Vermögensopfer grds mit Übergang des Eigentums an der geschenkten Sache eintrete, bringen allen voran *H. Hügel/Aschauer*⁹³ und *Klampff*⁹⁴ das Argument vor: Die Position führe „zu einem erheblichen Wertungswiderspruch“ zwischen Konstellationen, in denen der spätere Erblasser 1) eine Liegenschaft unter Lebenden verschenkt und sich ein Fruchtgenussrecht an besagter Immobilie vorbehält, und solchen, bei denen er 2) die Liegenschaft iSv § 603 ABGB auf den Todesfall verschenkt. Stellt man auf den Eigentumsübergang ab, trete das Vermögensopfer bei einer Schenkung auf den Todesfall erst zum Zeitpunkt des Ablebens, bei der Schenkung unter Vorbehalt des Fruchtgenussrechts hingegen bereits deutlich früher ein, obwohl die beiden Formen der Schenkung für den Geschenkgeber **funktional gleichwertig** seien. Der Geschenkgeber könne in beiden Konstellationen auf Grundlage einer dinglichen Berechtigung bis zu seinem Ableben den gesamten Nutzen aus dem Schenkungsgegenstand ziehen.

Diese Argumentation scheint jedoch aus folgenden Gründen fragwürdig: Selbst wenn man bzgl des Eintritts des Vermögensopfers auf den gültigen Abschluss des (Schenkungs-)Vertrags abstellt, folgt daraus noch nicht zwangsläufig, dass das Vermögensopfer auch bei einer Schenkung auf den Todesfall im **Zeitpunkt der Aufnahme des Notariatsakts** eintritt,⁹⁵ wie die Ansicht von *Wolkerstorfer*⁹⁶ zeigt: Der Autor teilt zwar die Prämisse, wonach das Vermögensopfer grds durch den „wirksamen Schenkungsvertrag“ zustande kommt. Zur Frage des Eintritts des Vermögensopfers bei einer Schenkung auf den Todesfall nimmt er jedoch die Position ein, dass dafür neben dem Notariatsakt auch der Tod des Geschenkgebers erforderlich sei, weil die Schenkung erst zu diesem Zeitpunkt „**wirksam wird**“. Dabei beruft sich *Wolkerstorfer* ganz wesentlich auf

die Materialien zu § 603 ABGB,⁹⁷ wo es heißt: „Die Schenkung auf den Todesfall ist ein Vertrag unter Lebenden, mit der Besonderheit, dass sie erst mit dem Tod des Schenkenden wirksam wird.“

Folgt man dieser Argumentation,⁹⁸ besteht der von *Klampff* beanstandete Widerspruch selbst dann, wenn man bzgl der Erbringung des Vermögensopfers nicht auf den **Eigentumsübergang**, sondern auf das wirksame Zustandekommen des Schenkungsvertrags abstellt. Allerdings lässt sich der abweichende Zeitpunkt des Vermögensopfers bei einer Schenkung auf den Todesfall und einer Schenkung unter Vorbehalt des Fruchtgenussrechts durchaus sachlich erklären:⁹⁹ Wie *Umlauf*¹⁰⁰ aufzeigt, ist nach § 603 Satz 2 ABGB auch bei der Schenkung auf den Todesfall die Bestimmung des **§ 1253 ABGB** anzuwenden, wonach dem Geschenkgeber im Todeszeitpunkt zumindest $\frac{1}{4}$ („falzidische Quart“) seines Vermögens **zur freien Verfügung stehen** muss. Daher kann es bei Schenkungen auf den Todesfall zu Beschneidungen kommen, die bei Schenkungen unter Vorbehalt des Fruchtgenussrechts nicht zu befürchten sind.¹⁰¹ Hinzu kommt, dass die geschenkte Sache bei der *donatio mortis causa* bis zum Tod des Geschenkgebers dessen **Haftungsfonds zugeordnet** bleibt. Der Geschenknehmer kann im Falle der Insolvenz des Geschenkgebers aus seiner anwartschaftsähnlichen Rechtsposition nicht einmal Insolvenzforderungen generieren (arg: **§ 58 Z 3 IO**). Aus diesen beiden Gründen scheint es sachlich vertretbar, wenn das Vermögensopfer bei einer Schenkung unter Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts bei Übereignung der Sache eintritt; bei einer Schenkung auf den Todesfall hingegen erst im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers.¹⁰² Ein grundlegender Einwand gegen die Plausibilität des Ansatzes, den Eintritt des Vermögensopfers an die **Übereignung der geschenkten Sachen** zu knüpfen, kann aus der Divergenz nicht abgeleitet werden. Damit scheint der Zugang, den Eintritt des Vermögensopfers im Allgemeinen an den Eigentumsübergang zu knüpfen, insgesamt plausibel.

⁹⁷ ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 12.

⁹⁸ So bspw *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 782 ABGB Rz 14; *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² 618 (Rz 11.24).

⁹⁹ Vgl dazu auch *Ferrari*, Vermächtnis und Schenkung auf den Todesfall, in *Ch. Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht (2015) 57 (68 f), die von vornherein von keinem Wertungswiderspruch ausgeht.

¹⁰⁰ Hinzu- und Anrechnung² 72; wohl zust *Vaclavek*, Haftung 214 f.

¹⁰¹ Dazu näher *Umlauf*, Die Anwendung des § 1253 ABGB auf die Schenkung auf den Todesfall – Ein Auslegungsvorschlag nach dem ErbRÄG 2015, EF-Z 2017, 4; *Bruckbauer*, Die Schenkung auf den Todesfall und das reine Viertel nach dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 – praktische Anwendung der neuen Regelungen durch das Notariat, NZ 2017, 290 (passim).

¹⁰² Eine vorherige Übereignung der geschenkten Sachen kommt hier naturgemäß nicht in Betracht. Siehe zur Begrenzung, wonach das Vermögensopfer spätestens im Todeszeitpunkt des Erblassers eintritt, noch unten Pkt D.

⁹² ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 34.

⁹³ Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 227 (254 FN 103).

⁹⁴ Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 203 f.

⁹⁵ So jedoch offenbar *Ch. Rabl*, NZ 2015, 341; gegen diesen *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV⁵ §§ 782 f Rz 12; *Pollan*, NZ 2018, 85 FN 14.

⁹⁶ NZ 2017, 423.

5. Praktische Auswirkungen des Abstellens auf den Eigentumsübergang

a) Späterer Eintritt des Vermögensopfers bei Liegenschaftsschenkungen

Dies führt zur Frage nach wichtigen praktischen Auswirkungen der Neustrukturierung der Vermögensopfertheorie: Macht man den Eintritt des Vermögensopfers vom Eigentumsübergang abhängig, führt dies va bei Liegenschaftsschenkungen häufig zu einer **späteren Erbringung des Vermögensopfers**. Während bei formlosen Schenkungen beweglicher Sachen das Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft wegen des Übereilungsschutzes einer „wirklichen Übergabe“ iSv § 943 ABGB regelmäßig zusammenfallen, sollten praktisch tätige Juristen bzgl Liegenschaftsschenkungen Folgendes im Auge behalten: Der Zeitraum 1) von der Errichtung des Notariatsakts bzw Beglaubigung des privaten Schenkungsvertrags bei damit einhergehender „wirklicher Übergabe“ der Immobilie bis 2) zum Einlangen des Grundbuchsgesuchs (§ 29 GBG¹⁰³) schiebt den Eintritt des Vermögensopfers hinaus. Folglich sollte dieser Zeitraum trotz anfallender Aufgaben – zB der Selbstberechnung der GrEST – va bei Schenkungen an nicht (abstrakt) Pflichtteilsberechtigte **möglichst kurz gehalten werden**, weil er im Einzelfall darüber entscheiden kann, ob es zu einer Hinzurechnung nach **§ 782 Abs 1 ABGB** kommt. Damit korrespondierend kann ein Zuwarten mit der Übermittlung des Grundbuchsgesuchs auch dazu führen, dass die Haftungsbeschränkung des **§ 792 ABGB** nicht Platz greift, sodass es zu einer Haftung des Geschenknehmers gegenüber Pflichtteilsberechtigten nach §§ 789ff ABGB kommt. Ein auffallend langes, sachlich nicht gerechtfertigtes Zuwarten kann wohl sogar schadenersatzrechtliche Regressansprüche *ex contractu* gegenüber dem Parteienvertreter des Geschenknehmers nach sich ziehen.

b) Grundverkehrsbehördlich genehmigungsbedürftige Schenkungen

Ferner führt die Neuausrichtung der Vermögensopfertheorie zu einer unterschiedlichen Behandlung von genehmigungsfreien Liegenschaftsschenkungen, und solchen, die einer Genehmigung durch die **Grundverkehrsbehörde** bedürfen. Zum alten Erbrecht judizierte der OGH,¹⁰⁴ dass das Vermögensopfer auch in solchen Konstellationen durch den formgültigen Abschluss des Schenkungsvertrags und nicht erst im Zeitpunkt der Genehmigung durch die Grundverkehrsbehörde eintrete. Dies wurde damit begründet, dass die Genehmigung eine **aufschiebende Bedingung** darstellt, an deren Eintritt der Geschenkgeber mitzuwirken hat, und er sich nicht mehr einseitig von der Vereinbarung lösen kann.

Stellt man bzgl des Eintritts des Vermögensopfers auf die Eigentumsübertragung ab, kann diese Judikatur für das neue Erbrecht nicht aufrechterhalten werden. Schließlich muss dem **Grundbuchsgesuch** bei einer genehmigungsbedürftigen Schenkung entweder ein rechtskräftiger Genehmigungsbescheid oder eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung, welche die Genehmigung enthält, angeschlossen werden.¹⁰⁵ Damit führt die Anknüpfung an den Eigentumsübergang dazu, dass das Vermögensopfer bei Schenkungen von grundverkehrsbehördlich genehmigungsbedürftigen Schenkungen regelmäßig später eintritt; nämlich **verzögert um die Dauer des grundverkehrsbehördlichen Genehmigungsverfahrens** und erforderlichenfalls zudem um die Dauer eines (landes-)verwaltungsgerichtlichen Rechtsmittelverfahrens.

c) Vermögensopfer bei schenkungsgleichen Rechtshandlungen iSv § 781 Abs 2 ABGB

Drittens führt die prinzipielle Orientierung der Vermögensopfertheorie am Eigentumsübergang bei der Schenkung körperlicher Sachen dazu, dass auch bei sonstigen Schenkungen und Rechtshandlungen, die einer Schenkung gem § 781 Abs 2 ABGB gleichgestellt sind, nicht auf das Verpflichtungsgeschäft, sondern auf die **Verfügung (Modus)** abzustellen ist. Für den praktisch wichtigen Fall von Geldgeschenken dürften sich die Änderungen in Grenzen halten. Erfolgt sie mittels Giroüberweisung,¹⁰⁶ tritt das Vermögensopfer regelmäßig durch den **Überweisungsauftrag an die Absendebank** ein, sofern dem Geschenkgeber kein vereinbartes Widerrufsrecht zukommt. Wurde über die Schenkung kein Notariatsakt aufgenommen, ergibt sich diese Voraussetzung schon daraus, dass der „geschenkte Geldbetrag“ (rechtlich führt die Giroüberweisung freilich bloß zur Einräumung eines Forderungsrechts gegenüber der Empfängerbank) erst durch den Überweisungsauftrag iSv § 943 ABGB wirklich übergeben wird.¹⁰⁷

Auf Grundlage dieser Überlegungen lässt sich auch die Frage, wann das Vermögensopfer bei den in **§ 781 Abs 2 ABGB** angeführten Fällen eintritt, beantworten. Näher ist auf den dogmatisch anspruchsvollen Fall der Vermögenswidmung an eine Privatstiftung (Z 4) einzugehen. Hier ging die hA zur alten Rechtslage für den Regelfall¹⁰⁸ davon aus, dass das Vermögensopfer eintritt, wenn das entsprechende Rechtsgeschäft gültig

¹⁰³ Vgl dazu auch RIS-Justiz RS0011256.

¹⁰⁴ OGH 2 Ob 142/18y NZ 2019/5 = EF-Z 2019/50.

¹⁰⁵ Siehe dazu zB § 16 Oö GVG 1994; § 32 Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996; § 30 Steiermärkisches Grundverkehrsgesetz usw.

¹⁰⁶ Allgemein zur rechtlichen Beurteilung von Giroüberweisungen zB *Koziol/B. Koch in Apathy/Iro/Koziol, Österreichisches Bankvertragsrecht III*² (2008) 6–81.

¹⁰⁷ *Löcker in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1.04} § 943 Rz 6; *Bollenberger/P. Bydlinski in KBB*⁶ § 943 ABGB Rz 7; jeweils mN.

¹⁰⁸ Anderes gilt natürlich dann, wenn dem Stifter ein Widerrufs- oder ein umfassendes Änderungsrecht zukommt (dazu bereits oben Pkt B.5.a).

abgeschlossen wurde, und den Geschenkgeber (Stifter) deshalb die Verpflichtung zur **Übertragung des gewidmeten Vermögens an die Privatstiftung** trifft.¹⁰⁹ Als rechtsgeschäftliche Grundlage für Vermögenswidmungen an Privatstiftungen kommen insb in Frage:¹¹⁰ die Widmung in der Stiftungs(zusatz)urkunde im Zuge der Errichtung der Privatstiftung, eine Widmung durch nachträgliche Änderung der Stiftungs(zusatz)urkunde bzw durch nachträgliche Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde sowie die Widmung durch Schenkung (auf den Todesfall) an die Privatstiftung. Allerdings ist in Anbetracht der **E 2 Ob 119/20v** auch in diesem Kontext nicht mehr davon auszugehen, dass das Vermögensopfer eintritt, sobald die jeweiligen rechtsgeschäftlichen Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, und den Geschenkgeber daher die Verpflichtung zur Übertragung des Vermögens an die Privatstiftung trifft. Vielmehr tritt das Vermögensopfer erst ein, wenn der Geschenkgeber das gewidmete Vermögen wirksam an die Privatstiftung überträgt.¹¹¹ Bei Sachwidmungen ist der **Zeitpunkt der Eigentumsübertragung** auf die Privatstiftung maßgebend.

D. Das Vermögensopfer tritt spätestens im Todeszeitpunkt ein

Abschließend ist noch auf ein Detailproblem einzugehen, das sich trotz restriktiver Ausgestaltung der Vermögensopfertheorie stellen kann: Formal betrachtet sind Konstellationen denkbar, in denen das Vermögensopfer selbst **im Todeszeitpunkt des Erblassers** noch nicht als gemacht gälte. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn das vereinbarte Schenkungswiderrufsrecht (oder dergleichen) so ausgestaltet ist, dass es qua Universalsukzession auf den oder die Erben übergeht. Ferner ist an Situationen zu denken, in denen das Gesuch auf Einverleibung des Eigentumsrechts an der geschenkten Liegenschaft erst nach dem Tod des Geschenkgebers gestellt wird; bzw gestellt werden kann, wobei va an Schenkungen auf den Todesfall zu denken ist. Mit Blick auf diese Fälle stellt der zweite Senat in **2 Ob 119/20v** obiter klar: Das Vermögensopfer ist spä-

testens mit dem Tod des Geschenkgebers als erbracht anzusehen.¹¹²

Wie schon *Umlauf*¹¹³ mit Blick auf Schenkungen auf den Todesfall aufgezeigt hat, ist diese Zäsur erforderlich, um sachgerechte Ergebnisse zu erzielen: Methodisch lässt sie sich mE aus der *ratio* jener Bestimmungen ableiten, in denen der Gesetzgeber die Vermögensopfertheorie verankert hat. So wäre es absurd, eine Hinzurechnung nach § 782 ABGB deshalb zu verneinen, weil der Erblasser die Schenkung **nicht in den letzten beiden Jahren vor (!)** seinem Tod, sondern – auf Basis formaler Anwendung der Vermögensopfertheorie – erst nach seinem Tod gemacht hat. Die Vermögensopfertheorie verfolgt den Zweck, die zweijährige „Verdachtsfrist“ des § 782 Abs 1 ABGB vor Umgehungen zu schützen;¹¹⁴ sie wird in einschlägigen Fällen entsprechend verlängert. Dieser Zweck würde durch obigen Gedankengang konterkariert. Gleiches gilt für die korrespondierende Beschränkung einer etwaigen Haftung von Geschenknehmern gegenüber Pflichtteilsberechtigten nach § 792 ABGB. Ähnlich klar ist die Situation für die Bestimmung des Zeitpunkts für eine **Schenkungsbewertung** iZm der Hinzu- und Anrechnung im Rahmen der Erbfolge (§ 755 Abs 1 ABGB) oder im Rahmen der Pflichtteilsermittlung (§ 788 ABGB). § 755 Abs 1 ABGB spricht davon, dass der Wert der Schenkung im Zeitpunkt des gemachten Vermögensopfers zu bewerten und dieser Wert sodann nach Maßgabe des Verbraucherpreisindex (VPI) auf den Todeszeitpunkt **aufzuwerten (!)** ist. Träte das Vermögensopfer erst nach dem Tod des Erblassers ein, müsste es bei der Valorisierung jedoch – sofern der VPI über null liegt – zu einer Abwertung auf den Todeszeitpunkt kommen. Mithin kann aus der Diktion von § 755 Abs 1 ABGB gefolgert werden, dass der Gesetzgeber nicht davon ausging, dass das Vermögensopfer nach dem Tod des Geschenkgebers eintreten kann. Es gilt spätestens im Todeszeitpunkt als erbracht.

E. Fazit

Resümierend ist festzuhalten, dass der rechtlichen Beurteilung des zweiten Senats zur Ausgestaltung der **Vermögensopfertheorie im neuen Erbrecht** beizupflichten ist. Nach Vorarbeiten im Schrifttum – wobei die Ausführungen von *Umlauf*¹¹⁵ besonders hervorzuheben sind – ist es dem Fachsenat durch Analyse der Materialien zu § 782 ABGB gelungen, zwei Grundfragen zur Vermögensopfertheorie überzeugend zu beantworten. Die geschaffene Struktur ist in Abkehr von der Judikatur zur alten Rechtslage zunächst davon ge-

¹⁰⁹ *Zöchling-Jud*, Nochmals: Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015, ZfS 162 (165): „Dotierung“; *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 205; *Oberhumer in Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² 785.

¹¹⁰ Siehe zum Nachfolgenden nur *N. Arnold*, PSG³ (2013) § 4 Rz 10, 18 u 29 ff; *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 205 f.

¹¹¹ Siehe *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht 206, der diese Position jedoch ablehnt. Fraglich ist die Ansicht des Autors (aaO), wonach das Vermögensopfer auch durch die Übertragung des Vermögens auf die Vorstiftung (zu dieser allg *N. Arnold*, PSG³ § 7 Rz 5 f) eintreten könnte. Der Autor berücksichtigt in diesem Kontext nicht hinreichend, dass dem Stifter bis zur Entstehung der Stiftung *ex lege* ein Widerrufsrecht zukommt (s dazu bereits oben Pkt B.5.a), sodass das Vermögensopfer durch die Vermögenswidmung an eine Vorstiftung schon allein deshalb nicht als erbracht gelten kann.

¹¹² Siehe Pkt 1.6. der rechtlichen Beurteilung. Ebenso davor im Schrifttum zB *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 70 f; *Musger* in *KBB*⁶ §§ 782 f ABGB Rz 6.

¹¹³ Hinzu- und Anrechnung² 70 f.

¹¹⁴ Statt vieler *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ §§ 782 f Rz 9; *Welser*, EF-Z 2019, 101.

¹¹⁵ NZ 2017, 241 ff; Hinzu- und Anrechnung² 61 ff.

prägt, dass das Vermögensopfer im Allgemeinen nicht durch den (form-)wirksamen Abschluss des Schenkungsvertrags, sondern erst durch den **Übergang des Eigentums** an den Geschenknehmer eintritt. Diese sachenrechtliche Ausrichtung der Doktrin führt in zahlreichen Situationen – deutlich etwa bei grundverkehrsbehördlich genehmigungsbedürftigen Liegenschaftsschenkungen – zu einem späteren Eintritt des Vermögensopfers. Sie ist auch bei jenen Rechtshandlungen zu beachten, die nach § 781 Abs 2 ABGB als Schenkungen gelten.

Systembildend ist auch die Entscheidung, dass die **Zurückbehaltung eines Fruchtgenussrechts** an geschenkten Liegenschaften dem Eintritt des Vermögensopfers nicht entgegensteht. Da es sich dabei um den wichtigsten Anwendungsfall der wirtschaftlichen Vermögensopfertheorie zur alten Rechtslage gehandelt hat, ist diese Ausprägung der Doktrin als aufgegeben zu betrachten. Ein **wirtschaftlicher Vorher-nachher-Vergleich** findet nicht mehr statt, sodass sich die bekannte Streitfrage, nach welchen Kriterien der Vergleich vorzunehmen sei, erübrigt. Bestehen bleibt die Theorie in ihrer **rechtli-**

chen Ausprägung. Nach ihr tritt das Vermögensopfer trotz Übereignung der geschenkten Sachen nicht ein, wenn dem Geschenkgeber – aus welcher Konstruktion heraus auch immer – ein (allein von seinem Willen abhängiges) Recht zukommt, die **geschenkten Sachen zurückzuerlangen.** Aufgrund der rechtlichen Ausrichtung ist die Vermögensopfertheorie mE klarer ausgestaltet als jene zum alten Erbrecht. Detailfragen werden va bei Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung (§ 781 Abs 2 Z 4 ABGB) sowie bei einer Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung, welcher der Verstorbene Vermögen gewidmet hat (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB), zu klären sein.

Über den Autor:

Dr. Jakob Kepplinger war von 2011 bis 2016 Univ.-Ass. am Institut für Zivilrecht der JKU Linz, arbeitete danach in einer Anwaltskanzlei in Linz, legte 2019 die Rechtsanwaltsprüfung mit ausgezeichnetem Erfolg ab und forscht und lehrt nunmehr am Institut für Römisches Recht der JKU Linz.

NZ 2021/127

Probleme der Transmission des Hofübernahmerechts beim Ehegattenerbhof

Aus Anlass eines Falls aus der Praxis

In bäuerlichen Familien steht der land- und forstwirtschaftliche Betrieb regelmäßig im Miteigentum der Ehegatten.¹ Es entspricht außerdem gelebter Praxis, dass sich die Ehegatten wechselseitig durch Erbvertrag und Testament (freies Viertel) zu Erben einsetzen, wobei der überlebende Ehegatte den Hof als Anerbe fortführen soll. Nachverstirbt der überlebende Ehegatte während des Verlassenschaftsverfahrens – eine Konstellation, die angesichts des Aufwands, den ein Anerbenfall verursacht, nicht selten vorkommt² –, stellen sich komplexe anerbenrechtliche Fragen, die von Lit und Rsp bislang nicht vollständig beantwortet wurden. Dieser Beitrag versucht, einige der auftretenden Fragen zu lösen.

Von Dominik Prankl

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
 - 1. Ausgangsfall
 - 2. Fragestellungen
- B. Grundzüge des Anerbenrechts
 - 1. Erhaltung eines leistungsfähigen, mittelständischen Bauernstandes
 - 2. Kontinuierliche Ausweitung des Anwendungsbereichs
- C. Versuch einer Lösung der aufgeworfenen Fragen

- 1. Vererblichkeit des Hofübernahmerechts
 - a) Anerkennung der Transmission mit Einschränkungen in 6 Ob 212/07 f
 - b) Übertragung dieser Grundsätze auf die gewillkürte Erbfolge?
- 2. Das Problem zweier gleichzeitig verlassenschaftsverfänger potentieller Erbhofhälften
 - a) Konkretisierung des Problems und Lösungsansätze
 - b) Einheitliche Auswahl des Anerben und einheitliche Beurteilung der Erbhofeigenschaft für beide Hälften
 - c) Bündelung der anerbenrechtlichen Fragen im früheren oder späteren Verlassenschaftsverfahren?
 - d) Beurteilung der Erbhofqualität nach alter oder neuer Rechtslage?

¹ Zur Üblichkeit des „Mitanschreibens“ des Ehegatten in Österreich und der diesbezüglichen Kritik der Bauernschaft am früheren reichsdeutschen Erbhofrecht, das diese Möglichkeit nicht vorsah, s ErläutRV 76 BlgNR 8. GP 9.

² Vgl zu diesem Befund Edlbacher, Anerbenrechtliche Miscellen, NZ 1983, 100.