

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion **Edwin Gitschthaler**
Constanze Fischer-Czermak
Andreas Tschugguel

September 2017

05

193 – 240

Beiträge

Das 2. Erwachsenenschutz-Gesetz

Michaela Schweighofer ➔ 196

Das Kinder-Rückführungsgesetz 2017 *Marco Nademleinsky* ➔ 199

Die Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Eheverhältnis (Teil 2)

Manfred Mann-Kommenda ➔ 202

EF Kurz gesagt

Schenken durch Nichtstun *Felix Karl Vogl* ➔ 206

Vertragsschluss durch Kinder unter 7 Jahren? *Barbara Beclin* ➔ 207

Grundrechte aktuell *Barbara Simma* ➔ 209

Rechtsprechung

Keine verpflichtende Teilnahme an Mediationssitzungen

Bettina Pfurtscheller ➔ 210

Scheidungsfähigkeit – heute und morgen *Michaela Schweighofer* ➔ 213

Achtung: Kurze Verjährungsfrist bei Unterhaltsrückforderung

Edwin Gitschthaler ➔ 220

Überlassung an Zahlungen statt an einen für alle

Andreas Tschugguel ➔ 222

Mischunterhalt andersrum *Marco Nademleinsky* ➔ 229

Zur Reichweite der österreichischen Jurisdiktionsformel

Thomas Garber ➔ 233

Muster

Scheidungs- bzw Auflösungsvereinbarungen

Edwin Gitschthaler und Andreas Tschugguel ➔ 237

EF Kurz gesagt

Schenken durch Nichtstun

Verjährenlassen einer Forderung als „Schenkung“ iSd §§ 781 ff ABGB idF ErbRÄG 2015¹⁾

EF-Z 2017/102

Darüber, welche Wertverschiebungen zw dem Vermögen eines Verstorbenen und jenem eines Dritten als „Schenkung“ iSd § 785 ABGB (idF vor dem ErbRÄG 2015) bzw §§ 781 ff ABGB (idF ErbRÄG 2015) zu qualifizieren sind, ist schon viel gelehrt und judiziert worden. Dass der Schenkungsbegriff der zitierten Bestimmungen wirtschaftlich und keineswegs streng juristisch formal zu verstehen ist, wurde zuletzt kaum noch bezweifelt.²⁾ Zu sehr gerieten sonst zahlreiche Erbl in Versuchung, das Pflichtteilsrecht unliebsamer Noterben durch Gestaltungen unter Lebenden zu umgehen, die nicht im Kleid einer Schenkung daherkommen, in ihren wirtschaftlichen Folgen einer Schenkung jedoch um nichts nachstehen. IS des wirtschaftlichen Schenkungsbegriffs lag daher nach L und Rsp schon vor Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 grds eine Schenkung vor, sobald jemand durch ein Rechtsgeschäft des Erbl unentgeltlich einen Vermögenswert erhielt und dadurch eine Wertminderung des Nachlasses eintrat.³⁾ Seit Inkrafttreten des ErbRÄG 2015 ist dieses pflichtteilsrechtl Verständnis der Schenkung nun auch gesetzl positiviert (§ 781 Abs 2 Z 6 ABGB).

Dass auch die Ausschlagung einer Erbschaft⁴⁾ oder der Verzicht des später Verstorbenen auf ein Recht⁵⁾ eine Schenkung sein kann, wurde in der Rsp zum „alten“ Erbrecht bereits klar bejaht. Zu Recht, denn der Verstorbene mindert durch seinen (ohne Gegenleistung erfolgenden) Verzicht den Wert seiner Verlassenschaft und verschafft gleichzeitig einem anderen einen Vermögensvorteil. Derjenige, dem gegenüber der Verzicht erklärt wird, ist dabei meist (aber nicht immer)⁶⁾ auch derjenige, dessen Vermögen sich durch den Verzicht vermehrt, also der durch den Verzicht Begünstigte (der wirtschaftlich Beschenkte).

Bei der Ausschlagung einer Erbschaft, dem Verzicht auf den Pflichtteil oder dem Verzicht auf irgendein Recht handelt es sich um rechtsgeschäftliche Willenserklärungen – und damit um bewusstes Verhalten zur Erreichung eines bestimmten Zwecks. In solchen Verhaltensweisen kann daher ohne Schwierigkeit auch eine „Leistung, die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommt“ (§ 781 Abs 2 Z 6 ABGB), erblickt werden. Das Verjährenlassen einer Forderung muss hingegen nicht vom Willen, ja nicht einmal vom Wissen des Berechtigten getragen sein. Vielmehr kommt es häufig vor, dass Forderungen verjähren, ohne dass dies dem Gläubiger (hier: dem später Verstorbenen) überhaupt bewusst würde. Andererseits machen die später Verstorbenen (zumal im Familienkreise) ihre Forderungen bisweilen auch ganz bewusst nicht geltend, um dem Schuldner so einen Vorteil zukommen zu lassen.

Umso erstaunlicher ist, dass – soweit ersichtlich – L und Rsp mit dem Problem, dass ein Verstorbener ihm zustehende Forderungen verjähren lässt, unter pflichtteilsrechtl Gesichtspunkten sich noch nicht auseinandergesetzt haben.⁷⁾ Daher soll diesem Problem hier kurz nachgespürt werden:

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass eine verjäherte Forderung nicht vollständig erloschen ist, sondern diese als Naturalobligation weiterlebt. Sie kann also sehr wohl noch wirksam erfüllt, nicht jedoch mehr eingeklagt werden (§ 1432 ABGB). Sie im Wege der Aufrechnung einbringlich zu machen, ist hingegen grds sehr wohl mög-

lich. Daher wird man sich über die Behandlung einer verjäherten Forderung als Schenkung keine Gedanken machen müssen, soweit dem Schuldner der verjäherten Forderung seinerseits Forderungen gegen die Verlassenschaft zustehen, gegen welche die Verlassenschaft in concreto auch aufrechnen kann (so zB, wenn der verjäherten Darlehensforderung der Verlassenschaft gegen einen Dritten dessen Anspruch gegen die Verlassenschaft auf Abgeltung der Mitwirkung im Unternehmen des Verstorbenen gegenübersteht). Denn in einem solchen Fall liegt eine durch Hinzu- und Anrechnungen ausgleichende Minderung der Verlassenschaft – wirtschaftlich betrachtet – nicht vor. Voraussetzung für die Unerheblichkeit des Verjährens der verlassenschaftszugehörigen Forderung wird in einer solchen Konstellation selbstverständlich sein, dass nach dem Tod des Verstorbenen eine Aufrechnung auch tatsächlich erfolgt und nicht etwa zuvor die Forderung des Aufrechnungsgegners gegen die Verlassenschaft aus Nachlassmitteln erfüllt wird.

Aber selbst für den Fall, dass mit der verjäherten Forderung nicht aufgerechnet werden kann, könnte man versucht sein, die verjäherte Forderung dennoch als Verlassenschaftsvermögen anzusehen, weil diese ja, wenn auch nicht klagbar, so doch in der Verlassenschaft noch vorhanden ist. Damit rechnete die verjäherte Forderung aber zur Pflichtteils-Bemessungsgrundlage und es würden die Erben den Pflichtteilsberechtigten gegenüber so behandelt, als wäre mit der Erfüllung der verjäherten Forderung definitiv zu rechnen. So würde das sehr hohe Ausfallrisiko der verjäherten Forderung einseitig auf die Erben abgewälzt und die Pflichtteilsberechtigten erhielten auf Kosten der Erben einen Pflichtteilsanspruch im Ausmaß ihrer Pflichtteilsquote von einem de facto oft wertlosen Verlassenschaftsaktivum. Daher wird es sachlich angemessen sein, die verjäherte Forderung in etwa nach jenen Grundsätzen zu bewerten, wie sie das Rechnungslegungsrecht des UGB für bilanzierende Unternehmer vorschreibt: Ergibt sich aus dem Verhalten des Schuldners, dass er sich nicht auf die Verjährung berufen wird (der Schuldner erfüllt zB regelmäßig auch verjäherte Schulden), oder ist sonst mit der Bezahlung der Schuld aufgrund objektivierbarer Umstände „quasisicher“ zu rechnen, so kann sie als Verlassenschaftsaktivum angesehen werden.⁸⁾ Liegen solche Umstände

1) Der Verfasser dankt NotKand Mag. Markus Gumilar, Feldkirch, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

2) *Eccher in Schwimann/Kodek*⁴ § 785 ABGB Rz 3 mwN; *Samek*, Das österreichische Pflichtteilsrecht samt Anrechnungsrecht (2004) 171; *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 152; *Kralik*, Erbrecht³ (1983) 301.

3) 9 Ob 48/10i EF 130.987.

4) 2 Ob 354/98t; aA *Kralik*, Erbrecht³ (1983) 301.

5) 9 Ob 48/10i EF 130.987 – Verzicht auf Pflichtteilsanspruch nach Erbfall.

6) Vgl zB 2 Ob 354/98t – Erbsentschlagung.

7) *Weiß in Klang*, ABGB-Kommentar III² (1952) 911 behandelt den Fall, dass ein Erbl eine gegen ihn bestehende, verjäherte Forderung erfüllt, und erblickt hierin wegen fehlender Bereicherung des Gläubigers der Forderung (Erfüllung einer Naturalobligation) keine Schenkung; auch die Erläuterung zum ErbRÄG 2015 haben sich mit der Thematik des Verjährenlassens von Forderungen durch den Verstorbenen nicht befasst, vgl 688 BlgNR 25. GP 33.

8) So zB die Auffassung der Finanzverwaltung zu den steuerlichen Bilanzierungsvorschriften, welche im hier interessierenden Zusammenhang jenen des UGB entsprechen: EStR 2000 Rz 2326 idF BMF-Erl v 25. 8. 2015, BMF-010203/0233-VI/6/2015; vgl aber auch EStR 2000 Rz 2330.

nicht vor (was die Regel sein wird), so ist die verjährte Forderung als für die Verlassenschaft wertlos anzusehen. Durch die fehlende Durchsetzbarkeit der Forderung erhält ihr Schuldner unentgeltlich einen Vermögensvorteil.

Hinsichtlich der pflichtteilsrechtl Folgen des Verjährenlassens wird zu differenzieren sein zw bewusstem und unbewusstem Verjährenlassen:

Bewusstes Verjährenlassen in Schenkungsabsicht wird einem Verzicht gleichzuhalten sein: Ein später Verstorbener, der solches tut, führt die wirtschaftlichen Folgen eines Verzichts bewusst herbei, nur eben mit anderen Mitteln. Er richtet sein Verhalten so ein, dass es zu einer auf dem Klagsweg nicht mehr zu beseitigenden Vermögensverschiebung zw seinem Vermögen (der späteren Verlassenschaft) und jenem des solcherart Begünstigten kommt. Die Unterschiede zw dem Verzicht einerseits und dem Verjährenlassen andererseits liegen nur darin, dass der Verzicht noch ein aktives Tun erfordert (einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung), während das Verjährenlassen sogar ganz ohne aktives Tun des später Verstorbenen vonstatten geht. Von der Schenkungsabsicht des Verstorbenen getragen sind jedoch in solchen Konstellationen sowohl Verzicht als auch bewusstes Verjährenlassen⁹⁾ – und auch in den vermögensrechtl Folgen unterscheiden sich beide Vorgehensweisen nicht erheblich voneinander. Dies lässt es teleologisch geboten erscheinen, in beiden Verhaltensweisen eine hinzu- und anrechnungspflichtige Schenkung zu erblicken. Denn nur so kann verhindert werden, dass der später Verstorbene Pflichtteile verkürzt, indem er vermögenswerte Ansprüche in Schenkungsabsicht verjähren lässt.

Lässt der später Verstorbene seine Forderung zwar bewusst verjähren, tut er dies aber nicht in Schenkungsabsicht, sondern aufgrund pragmatischer Erwägungen in eigenem Interesse, so wird die Sache anders liegen: Klagt zB ein Unternehmer eine verjährende Forderung von einem langjährigen Geschäftspartner nicht ein, weil er meint, den Verlust seines Kunden nur so abwenden zu können, so ist dies (selbstredend) nicht als Schenkung iSd §§ 781 ff ABGB anzusehen. Genauso wird von einer Hinzu- und Anrechnung wegen fehlender Schenkung abzusehen sein, wenn der später Verstorbene seine Forderung nur deshalb bewusst verjähren lässt, weil ihm die Durchsetzung einen zu hohen Aufwand an Zeit, Geld und Nerven bedeutete.

Unbewusstes Verjährenlassen mag auf mannigfaltige Gründe zurückzuführen sein: mangelnde Kenntnis der Verjährungsbestimmungen etwa oder das Vergessen einer schon länger zurückliegenden Vereinbarung. Letzteres wird in praxi freilich nur vorkommen, wenn die Bedeutung des in Rede stehenden Rechtsgeschäfts für den später Verstorbenen vergleichsweise gering ist oder

wenn er in eigenen Angelegenheiten generell besonders sorglos handelt und sich über die Verjährung seiner Ansprüche keine Gedanken macht. Unbewusstes Verjährenlassen ist mE deshalb nicht einer Schenkung gleichzuhalten, weil dem unbewussten Verjährenlassen der Zweck fehlt, jemandem einen Vorteil zu verschaffen. Genau dieser Zweck (Schenkungsabsicht) liegt aber sämtlichen Vermögensdispositionen zugrunde, die nach bisherigem Stand von L und Rsp unter den „wirtschaftlichen“ Schenkungsbegriff fallen und daher hinzu- und angerechnet werden. Der Grund hierfür liegt darin, dass unbewusste Vermögensverschiebungen – wenn sie denn wirklich unbewusst erfolgen – nicht zur gezielten Benachteiligung von Pflichtteilsberechtigten taugen. Genau solche zu verhindern ist aber das Ziel der Bestimmungen über die Pflichtteilsergänzung.

Unbewusstes Verjährenlassen kommt gewiss weniger häufig vor als bewusstes oder zumindest mitbewusstes Verjährenlassen. Außerdem erfordert die Problemstellung es, den Missbrauch der Verjährung zur Umgehung von Pflichtteilsansprüchen hintanzuhalten. Daher wird der Hinzu- und Anrechnungswerber zwar zunächst zu beweisen haben, dass sich eine verjäherte Forderung in der Verlassenschaft befindet. Stand der Schuldner der Forderung dem Verstorbenen nicht nahe, so wird der Hinzu- und Anrechnungswerber auch beweisen müssen, dass das Verjährenlassen bewusst und in Schenkungsabsicht erfolgte. Handelt es sich bei dem Schuldner der verjäherten Forderung hingegen um eine dem Verstorbenen nahestehende Person, so wird jedoch möglicherweise aufgrund allgemeiner Erfahrungssätze ein Prima-facie-Beweis dahin in Betracht kommen, dass das Verjährenlassen bewusst und in Schenkungsabsicht erfolgte.¹⁰⁾ Derjenige, der die fehlende Schenkungsabsicht des verjähren lassenden Verstorbenen oder überhaupt unbewusstes Verjährenlassen behauptet, um so der Hinzu- und Anrechnung zu entgehen, müsste diesen Prima-facie-Beweis dann in weiterer Folge entkräften.

Die vorliegenden Ausführungen verstehen sich als ein erster Denkanstoß für die pflichtteilsrechtl Behandlung verjährter Aktivforderungen des Verstorbenen sowie als eine erste (grobe) Herausbildung diesbezüglicher Fallgruppen. Es wäre durchaus iS des Verfassers, erfähre diese Thematik in weiterer Folge eine vertiefende Erörterung.

Felix Karl Vogl¹¹⁾

9) Zur Begriffswesentlichkeit der Schenkungsabsicht für die „Schenkungen“ 2 Ob 104/97 a EF 90.066 mwN aus der L.

10) Zum Prima-facie-Beweis und seiner Anwendung hauptsächlich im Bereich des Schadenersatzrechts und des Sozialversicherungsrechts *Rechberger in Faching/Konecny² Vor § 266 ZPO Rz 60 ff.*

11) RAA in Bregenz und Steuerberater.