

Wer profitiert von der Minderung des Pflichtteils?

Im Beitrag wird die strittige Frage untersucht, wie andere Pflichtteilsberechtigten von einer vom Erblasser angeordneten Pflichtteils-minderung profitieren. Nach Meinung des Verfassers gilt der Grundsatz „Repräsentation vor Anwachsung“ auch dann, wenn der Geminderte den Verstorbenen überlebt und Kinder hat. Sind keine Nachkommen vorhanden, soll nach dem modifizierten Zuschlags-Modell verteilt werden.

Deskriptoren: gesetzliches Erbrecht; Pflichtteil; Erbenwürdigkeit; Enterbung; Minderung auf die Hälfte; ausdrücklich/stillschweigend angeordnete Minderung; Übergehung; Repräsentation; Anwachsung; (modifiziertes) Zuschlags-Modell; proportionale Verteilung; Ehegattenerbrecht.

Normen: § 542 ABGB; § 729 Abs 3 ABGB; § 733 ABGB; § 734 ABGB; § 758 Abs 1 und 2 ABGB; § 760 Abs 2 ABGB; § 776 ABGB; § 774 ABGB.

Von Alexander Hofmann¹

1. Einleitung

Die letztwillig angeordnete Minderung des Pflichtteils und die sich daraus ergebende Verteilung des der Pflichtteilsdeckung vorbehaltenen Vermögens wurde mit den §§ 776, 758 Abs 2 S 3 und 760 Abs 2 ABGB² idF ErbRÄG 2015³ umfassend neu geregelt. Im Unterschied zum alten Recht (vgl. § 767 Abs 2 ABGB aF) **erhöht die Minderung nicht die Testierfreiheit**, sondern die Quote anderer Pflichtteilsberechtigter (s. 2.). Der Pflichtteil wird nicht reduziert, sondern nur anders verteilt. Die neuen Bestimmungen lassen leider die gewünschte Klarheit missen.⁴ Darüber werden in der Lehre anhaltende Diskussionen geführt⁵, denen große praktische Bedeutung zukommt, weil die Minderung trotz ihres Funktionswandels in der

kaufteiljuristischen, auf Minimierung der Pflichtteils-last bedachten Praxis noch immer weit verbreitet ist.

1.1. Voraussetzungen für die Minderung im Überblick

Der Erblasser kann den Pflichtteil eines bestimmten Pflichtteilsberechtigten auf die Hälfte mindern, wenn er zum Pflichtteilsberechtigten (i) entweder zu **keiner Zeit** (ii) oder zumindest über einen **längeren Zeitraum** vor dem Tod **nicht** in einem **Naheverhältnis** stand, wie es für solche Familienangehörigen **typisch** ist (§ 776 Abs 1). Die Minderung muss letztwillig angeordnet werden, was – wie die Enterbung – auch stillschweigend (durch Übergehung in der Verfügung) erfolgen kann (§ 776 Abs 3 HS 2). Im Unterschied zu den Enterbungsgründen muss das Erfordernis des „längeren Zeitraums“ erst zum Ablebenszeitpunkt erfüllt sein (§ 776 Abs 1). Unklar ist, ob die Minderung auch vorausschauend verfügt werden kann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen zum Zeitpunkt der Errichtung noch nicht vorgelegen sind (s. 1.2.). Die **Beweislast** für das Vorliegen der Minderungs-voraussetzungen liegt beim **Pflichtteilsschuldner** (§§ 774 Abs 1, 776 Abs 3).⁶

Anders als die Enterbung, ist die Minderung **nicht** als **Sanktion** für **Verfehlungen** des Pflichtteilsberechtigten gedacht.⁷ Sie beruht auf der Überlegung, dass eine zwingende Teilhabe am Familienvermögen mit dem vollen Pflichtteil nicht gerechtfertigt erscheint, wenn der Kon-

1 Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechterinklusive Sprache verzichtet. Wird eine Form verwendet, ist die andere mitgemeint.

2 Paragraphen ohne Hinweis auf das Gesetz beziehen sich im Folgenden auf das ABGB in der geltenden Fassung.

3 Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 BGBl I 2015/87.

4 Schon kurz nach dem In-Kraft-Treten des ErbRÄG 2015 sah sich der Gesetzgeber zur Reparatur div Redaktionsversehen veranlasst (s. 3.1.2.).

5 Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 758 Rz 5, § 760 Rz 4; ABGB-ON^{1.05} § 758 Rz 5, § 760 Rz 4 ff; Hawel in Kletečka/Schauer ABGB-ON^{1.06} § 758 Rz 5, § 760 Rz 4 ff; Musger in KBB³ § 758 Rz 6; und in P. Bydliński/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 758 Rz 6, § 760 Rz 2 ff; A. Tschugguel, Neue Repräsentationsfragen bei Enterbung und Pflichtteils-minderung, EF-Z 2016, 139; Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 758 Rz 34 – 38; § 760 Rz 23 – 39; derselbe, Pflichtteilsberechtigung und Ausmessung der Pflichtteile (1. Teil), JBl 2018, 141; (2. Teil), JBl 2018, 229; derselbe, Enterbung,

Erbenwürdigkeit und Pflichtteils-minderung, in Kogler/Zöchling-Jud (Hrsg), 10 Jahre ErbRÄG Zwischenbilanz und Reformbedarf (in Druck) nach FN 56; Schweda, Über den frei werdenden Anteil aus der Minderung des Pflichtteils eines noch lebenden Pflichtteilsberechtigten, iFamZ 2023, 163; Weiss, Eintritt und anteilige Erhöhung bei Pflichtteils-minderung und Schenkungsbewertung bei Investitionen des Geschenknehmers, NZ 2023, 434; Umlauf, Das rechtliche Schicksal der infolge Pflichtteils-minderung, Enterbung oder Erbenwürdigkeit freigewordenen Pflichtteilsquote, in FS Fischer-Czermak (2024) 861; Heimbuchner, Repräsentation und Anwachsung bei der Pflichtteils-minderung, JEV 2024, 56; Cach/Weber, Pflichtteils-minderung im Zusammenspiel der §§ 758, 760 ABGB, JEV 2024, 245; Klever/Dickinger, Die erhöhte Pflichtteilsquote anderer Berechtigter infolge einer Pflichtteils-minderung, EF-Z 2025, 12.

6 2 Ob 217/25p (Rz 6) – keine Verschiebung der Beweislast wegen Nähe des Pflichtteilsberechtigten zum Beweis (Rz 7).

7 2 Ob 83/21a (Rz 37) EF-Z 2022, 134 (A. Tschugguel); 2 Ob 89/23m (Rz 23) NZ 2023, 502 (Entleitner).

takt nicht so gepflegt wird, wie es sich für ein intaktes Familienleben eben gehört.

Die Regelung soll jedoch **nicht** als **falscher Anreiz** wirken, das Entstehen oder die Pflege einer gesellschaftlich gewünschten familiären Beziehung aus Kalkül zu hintertreiben. Deshalb ist das Minderungsrecht ausgeschlossen, wenn der Verstorbene den Kontakt **grundlos gemieden** oder einen **berechtigten Anlass** für den **fehlenden Kontakt** gegeben hat (§ 776 Abs 2). Nach der Rsp ist dem Pflichtteilsberechtigten allerdings keine Obliegenheit auferlegt, zur Wahrung des vollen Anspruchs Versuche zur Kontaktaufnahme anzustrengen, wenn sie aufgrund der (minderungsschädlichen) meidenden Haltung des Erblassers sinnlos wären (s 1.2.).

1.2. Änderungen des ErbRÄG 2015

Die **Möglichkeit der Minderung** wurde mit dem ErbRÄG 2015 **erweitert**. Der Tatbestand ist leider unscharf und konkretisierungsbedürftig. Das alte Recht normierte einen strengerem, aber klareren Rahmen. Eine übliche familiäre Beziehung durfte „zu keiner Zeit“ bestanden haben (§ 773a Abs 1 ABGB aF), was sich mehr oder weniger einfach beurteilen ließ. Das neue Recht hingegen lässt die Minderung darüber hinaus auch dann zu, wenn ein typisches familiäres Naheverhältnis des Verstorbenen zum Pflichtteilsberechtigten **„über einen längeren Zeitraum vor dem Tod des Verfügenden“** gefehlt hat (§ 776 Abs 1). Die Minderung soll auch möglich sein, wenn der familiäre Kontakt erst zu einem späteren Zeitpunkt eingestellt und bis zum Tod nicht wieder aufgenommen wird.⁸

Die Frage der Zulässigkeit einer vorausschauenden Minderungsanordnung stellt sich erst im neuen Recht. Ob und mit welcher Intensität eine familiäre Beziehung zum Zeitpunkt der Verfügung noch bestehen darf, ohne das Minderungsrecht auszuschließen, ist strittig. Die Materialien führen aus, dass die Entfremdung zum Zeitpunkt der Verfügung schon begonnen haben muss.⁹ Dem widersprechen Stimmen in der Lit, wonach es genügen soll, dass die (künftige) Entfremdung zu befürchten war.¹⁰ Da

die Voraussetzungen zum Todestag vorliegen müssen, sind sie auch nur zu diesem Stichtag zu prüfen. Ein **Kausalitätserfordernis** der Minderung für die Minderungsanordnung, wie es § 772 Abs 2 für die Enterbung verlangt, **besteht nicht**. § 776 Abs 3 verweist nur auf die §§ 773, 774, nicht auf § 772. § 774 ist auf die Minderung nur sinngemäß anzuwenden. Die in § 774 Abs 2 vorgesehene Beweiserleichterung für den Pflichtteilsschuldner (Vermutung der Ursächlichkeit des Enterbungsgrundes für die Enterbung) ist im Kontext der Minderung (wegen des fehlenden Verweises auf § 772) gegenstandslos und nicht als indirekter Verweis auf § 772 zu interpretieren.¹¹ Es muss daher möglich sein, „auf Vorrat“ zu mindern. Sonst bliebe die Regelung auf letztwillige Verfügungen beschränkt, die kurz vor dem Tod errichtet werden¹², und würde ihren Zweck in den Fällen verfehlen, in denen die Testierfähigkeit nicht mehr gegeben ist.¹³

Was unter einem „**längeren Zeitraum**“ zu verstehen ist, ließ der Gesetzgeber offen. Die Materialien nennen einen Zeitraum von **20 Jahren**.¹⁴ Der OGH hat dazu bislang nur zum Eltern-Kind-Verhältnis ausgesprochen, dass 20 Jahre das zeitliche Erfordernis **im Regelfall** erfüllen würden¹⁵, was aber nicht ausschließt, unter Ehegatten (Eheg)/eingetragenen Partnern (eP) oder bei jungen Kindern eine kürzere Phase genügen zu lassen.¹⁶ Auf einen Zeitraum von 20 Jahren wird es nicht ankommen können, wenn schon das die Pflichtteilsberechtigung vermittelnde Familienverhältnis kürzer währte.¹⁷ Im Hinblick auf verschiedene denkbare Szenarien erscheint der offene Rechtsbegriff eines „längeren Zeitraums“ vom Gesetzgeber dennoch klug gewählt. Er belässt der Rsp **ausreichend Spielraum**, auf Basis konkreter Sachverhalte, sozusagen induktiv, sachgerechte Entscheidungskriterien zu entwickeln.

Für das Vorliegen eines „gewöhnlichen“ oder **normtypischen** Naheverhältnisses müssen für die **Ehe/eingetragene Partnerschaft (EP)** einerseits und eine **Eltern-Kind-Beziehung** andererseits **unterschiedliche Maßstäbe** gelten. Ehen/EP sind grundsätzlich an der Einhaltung der Verpflichtung zur umfassenden Lebensgemeinschaft und Treue (§ 90 Abs 1) zu messen, wobei mit Rücksicht auf geänderte ge-

8 2 Ob 2/26x (Rz 23); Barth, Pflichtteilsrecht neu, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 157 (189 FN 167).

9 ErlRV 688 BlgNR 25. GP 31 mit unzutreffendem Verweis auf § 772 Abs 2.

10 Musger in P. Bydliński/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 776 Rz 3; Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 776 Rz 3 ff.

11 Kogler, Enterbung (in Druck) nach FN 25; Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (330); aA Barth in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch 190; Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015 (2015) § 776 Anm 5.

12 Barth (in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch 190) und Barth/Pesendorfer (Erbrechtsreform § 776 Anm 1) erkennen das Problem,

leiten daraus aber nur ab, dass die Minderungsbedingungen zum Zeitpunkt der Erklärung nicht vollständig erfüllt sein müssen.

13 Vgl § 541.

14 ErlRV 688 BlgNR 25. GP 30 f.

15 2 Ob 83/21a (Rz 38).

16 Verweijen, Zur Pflichtteilsmindern nach § 776 ABGB nF, EF-Z 2017, 112 (113). In 2 Ob 83/21a (Rz 39) und 2 Ob 9/23x (Rz 25) ließ der OGH diese Frage dahingestellt.

17 S dazu Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 776 Rz 19; Verweijen, EF-Z 2017, 112 f; Musger in P. Bydliński/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 776 Rz 1.

sellschaftliche Anschauungen und unterschiedliche Entwürfe nach einem einvernehmlichem Abgehen von diesen Grundätzen nicht notwendigerweise ein Wegfall des Naheverhältnisses angenommen werden muss.¹⁸ Für Kinder und Eltern/Großeltern gilt nur ein Kontaktrecht (§§ 187, 188), das mit Erreichung der Volljährigkeit erlischt.¹⁹ Die Einbuße des Naheverhältnisses kann hier auf ganz unterschiedlichen Gründen und komplizierten Familiensituationen fußen, weshalb aus Gründen der Rechtssicherheit das äußerliche Kriterium des Fehlens eines üblichen und möglichen persönlichen Kontakts (sei es auch nur telefonisch oder durch den Austausch von Briefen oder Mails) den Ausschlag geben muss. Dabei ist auf die konkreten Lebensumstände (Alter, Gesundheit, Beruf und räumliche Entfernung) für eine mögliche und zumutbare Kontaktpflege Bedacht zu nehmen.²⁰ Eine „gefühlte“ Entfremdung reicht nicht aus.²¹

Innere Umstände wie eine „geistig-emotionale“ Beziehung oder Anteilnahme am Wohlergehen iSd der zu § 773a ABGB aF ergangenen Rsp²² sollten nur noch bei der Abgrenzung „toter“ Ehen/EP (kein Naheverhältnis) von freundschaftlich verbunden gebliebenen Paaren, die sich nicht trennen wollen (aufrechtes Naheverhältnis), eine Rolle spielen. Bei Kindern wird die emotionale Seite eher für die Einordnung jener Fälle relevant bleiben, in denen der Erblasser beim Kind zu keinem Zeitpunkt (der einzigen Minderungsvoraussetzung nach altem Recht) familiär „geankert“ hat. Die von der Judikatur dazu geprägten Leitsätze werden zur Beurteilung einer später eingetretenen Entfremdung zwischen Eltern und Kindern wenig taugen.²³

Korrelierend mit der Ausweitung der Minderungsmöglichkeit wurde auch der Ausnahmetatbestand weiter gefasst (§ 776 Abs 2). Vom Minderungsrecht ausgeschlossen sind Erblasser, die den Kontakt „**grundlos gemieden**“ (an Stelle von „**grundlos abgelehnt**“ wie in § 773a Abs 3 ABGB aF) haben. Zur Auslegung dieser Änderung folgt die Rsp den Stimmen in der Lehre²⁴, die – abweichend von der zum alten Recht ergangenen Judikatur – für den Entfall des Minderungsrechts schon ein **grundlos vermeidendes Verhalten** des Erblassers für **minderungsschädlich** erachten, auch wenn der Pflicht-

teilsberechtigte **nicht aktiv einen Kontaktaufnahmeversuch** unternahm.²⁵ Die Judikatur ist aber nicht ganz widerspruchsfrei, weil sich auch ein auf bloße Vermeidung von Kontakt bedachtes Verhalten wohl immer nur dadurch zu erkennen geben kann, dass der Pflichtteilsberechtigte auf irgendeine Weise einmal ein Kontaktinteresse geäußert hat.²⁶ Mindern kann auch nicht, wer einen **gerechtfertigten Grund** für den **fehlenden Kontakt** setzt. Ausgeschlossen muss das Minderungsrecht sohin auch dann sein, wenn der Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser Abstand hält, um sich vor physischer oder seelischer Verletzung zu schützen, was sich im Prozess allerdings nicht immer leicht beweisen lassen wird.²⁷ Freilich hat es der Pflichtteilsberechtigte stets in der Hand, durch aktives Bemühen um Kontaktaufnahme (zB durch das nachweisliche Aussprechen von Einladungen zu besonderen familiären Anlässen, Sponsionsfeier, Hochzeit, Taufe des Enkelkinds etc) die Minderungsmöglichkeit verlässlich auszuschließen. Diese Probleme sollen hier aber nicht weiter vertieft werden. Die Rsp wird zum neuen Recht einzelfallbezogene Lösungen finden müssen.

Näher eingegangen werden soll im Folgenden auf die in der Lit strittigen Fragen, wer von einer angeordneten Minderung profitiert. Anders als im alten Recht (§ 767 Abs 2 ABGB aF), **erhöht** die **Minderung** grundsätzlich **nicht** die **Testierfreiheit**, sondern die Pflichtteile anderer Pflichtteilsberechtigter (§ 758 Abs 2 S 3, § 760 Abs 2). Wer den geminderten Teil erhält, wird im Schrifttum ganz unterschiedlich beantwortet. Das ist misslich, weil für den planenden Erblasser von vornherein und unabhängig von den Besonderheiten seiner familiären Situation klar sein muss, wie sich die Minderungsanordnung, wenn sie den bevorzugten Erben nicht entlastet, auf die Verteilung des hinterlassenen Vermögens sonst auswirkt. Zu unterscheiden sind drei Fallgruppen: 1) Die Repräsentation eines geminderten Pflichtteilsberechtigten durch Nachkommen (§ 758 Abs 2 S 3), 2) die Aufteilung (Anwachsung) der freiwerdenden Quote bei „anderen Pflichtteilsberechtigten“ in Ermangelung von Nachkommen gem § 760 Abs 2 und 3) die Verteilung der durch die Minderung freiwerdenden Quote im Verhältnis zum Eheg/eP.²⁸

18 Musger in P. Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 776 Rz 2.

19 6 Ob 85/18w. Die Erfüllung bestehender oder allenfalls auflebender Unterhaltspflichten stellt kein relevantes Naheverhältnis her (Welser, Der Erbrechts-Kommentar [2019] § 776 Rz 5).

20 2 Ob 217/25p (Rz 13).

21 ErlRV 688 BlgNR 25. GP 31.

22 RIS-Justiz RS0021995; s Welser in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴, Teilband §§ 531 – 824 ABGB (2014) § 773a Rz 2.

23 Anders 2 Ob 217/25p (Rz 12 f).

24 Musger in P. Bydlinski/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 776 Rz 4.

25 2 Ob 116/22f (Rz 29 ff) JEV 2022, 155 (Bayer).

26 S den Fall 2 Ob 89/23m: Vorführen durch den Bruder der Pflichtteilsberechtigten, ob der Erblasser an einem Kontakt interessiert sei. S Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 776 Rz 25 f.

27 Hummel, Schwierige Kindheit – Woran erkennt man toxische Eltern?, FAZ 14. 5. 2025.

28 Die Minderung des Eheg/eP wurde erst mit dem ErbRÄG 2015 eingeführt (Cach/Weber, JEV 2024, 245 [249]). § 773a Abs 1 ABGB idF Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 BGBl I 2004/58 (FamErbRÄG 2004) bezog die Minderung auf das Naheverhältnis von Pflichtteilsberechtigten, die mit dem Erblasser verwandt sind. § 776 Abs 1 spricht von Familienangehörigen, zu denen der Eheg/eP zählt (s § 40).

Mit dem ErbRÄG 2015 haben sich die mit der Minderung ursprünglich verfolgten Ziele und **Rechtfertigungsgründe** für die Minderung **verschoben**, was bei der Auslegung des neuen Rechts nicht ausgeblendet werden darf. Deshalb sei ein kurzer Rückblick in die Entstehung und Entwicklung der Minderung vorangestellt.

2. Exkurs: Minderungsrecht seit dem ErbRÄG 1989²⁹

Das Minderungsrecht rührt aus dem zögerlichen und schrittweisen **Abbau der Diskriminierung unehelicher Kinder** im Erbrecht her.³⁰ Zumindest **formell** erfolgte deren erbrechtliche **Gleichstellung** mit ehelichen Kindern erst durch den unter dem Druck von EGMR-Rsp³¹ beschlossenen und am 1. 1. 1991 in Kraft getretenen § 730 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 1989. Das durch § 773a ABGB idF ErbRÄG 1989 eingeführte Recht zur Minderung des Pflichtteils unter der Voraussetzung, dass zu keinem Zeitpunkt ein Naheverhältnis bestanden hatte, war darauf gerichtet, die Auswirkungen der Reform abzufedern.³² Bezweckt war nicht nur die mögliche Kürzung der dem erweiterten Kreis von Berechtigten verliehenen Ansprüche. § 767 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 1989 ordnete an, dass – anders als bei Enterbung und (nach damaliger Rechtslage auch bei) Verzicht – die Minderung auf den Pflichtteil der anderen Noterben keinen Einfluss hat, und sich durch die Minderung die Testierfreiheit erhöht.³³ Die Minderung sollte die **Pflichtteilslast reduzieren**. In der Mehrzahl der Fälle war die Minderungsvoraussetzung nur bei den unehelich Geborenen erfüllt. Insofern wirkte die Minderung entgegen den Beteuerungen in den Materialien³⁴ als **mittelbare Diskriminierung** fort. Auch an anderen Stellen des Gesetzes blieb die Schlechterstellung unehelicher Kinder lange perpetuiert. Gem § 730 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 1989 musste die Abstammung vom Erblasser und der die Verwandtschaft vermittelnden Personen zum Tode feststehen oder zumindest gerichtlich geltend gemacht worden sein.³⁵ Diese Einschränkung wurde erst mit Art I Z 34 FamErbRÄG 2004 ersatzlos aufgehoben. Art I Z 80 KindRÄG 2001³⁶ schuf den Ausschlussstatbestand der grundlosen Ablehnung.³⁷

3. Wer profitiert von der Minderung?

Für Todesfälle ab dem 1. 1. 2017 folgt das Schicksal des dem Geminderten entzogenen Teils – nach unterschiedlichen Lehrmeinungen – den grundlegenden erbrechtlichen Prinzipien von (primär) Repräsentation und (sekundär) Anwachsung (§ 758 Abs 2 S 3, § 760 Abs 2). Dem liegt ein **gewandeltes Verständnis der Rechtfertigung** für die Pflichtteilsminderung zugrunde. Das Minderungsrecht zielt nicht mehr darauf ab, die gesamte Pflichtteilslast zu reduzieren. Das ursprüngliche Ziel, die Testierfreiheit zum Nachteil bestimmter (unausgesprochen: unehelicher) Kinder auszuweiten (s 2.), ist überholt. Hinsichtlich der **Neutralität gegenüber dem Gesamtvolumen** des pflichtteilsrechtlich gebundenen Vermögens ist die Minderung der **Enterbung und Erbunwürdigkeit gleichgestellt** (§ 758 Abs 2 S 3, § 760 Abs 2).³⁸ Für Erbunwürdige (§ 542) und Enterbte (§ 729 Abs 3) wird das Ableben fingiert (sog Vorversterbens-Fiktion).³⁹ Geminderte sind als **halb verstorben** zu denken. Das erklärt allerdings nur, dass die **entzogene Quote** für den Erwerb bzw die Erhöhung von Pflichtteilsansprüchen von anderen Noterben **frei wird**. **Nicht** kann daraus jedoch der **Umkehrschluss** gezogen werden, dass der Geminderte im Sinne der proportionalen Verteilung „**als halb vorhanden**“ gilt⁴⁰, deshalb bei der Berechnung mitzuzählen sei und von dem Teil, der ihm entzogen werden sollte, etwas zu erhalten habe (s 3.2.). Die Minderung ist nicht mehr darauf angelegt, dem Erben Erleichterung zu verschaffen, sondern beschert diesem eher **Rechtsunsicherheit und Streitpotenzial** (s 4.).⁴¹ Die Minderung kommt den Planungszielen eines Erblassers nur dann zupass, wenn – was allerdings sehr oft der Fall ist – auf Kosten der Quote des Geminderten hauptsächlich andere (eintrittsberechtigte) Pflichtteilsberechtigte begünstigt werden sollen.

3.1. Repräsentation des geminderten Vorfahren

3.1.1. Geminderter Vorfahre ist vorverstorben

Ist der **Geminderte vorverstorben**, müssen sich dessen Nachkommen mit dem geminderten Teil nur dann begnü-

29 Erbrechtsänderungsgesetz 1989 BGBl 1989/656.

30 Zur Historie der Pflichtteilsminderung s ausführlich *Wohlgenannt*, Die erbrechtliche Gleichstellung unehelicher und ehelicher Kinder mit besonderem Augenmerk auf die Pflichtteilsminderung, Diplomarbeit (eingereicht an der Universität Innsbruck im September 2025) 28 ff.

31 EGMR 28. 10. 1987 – 8695/79, *Inze gegen Österreich*.

32 *Welser in Rummell/Lukas*, ABGB* § 773a Rz 1.

33 JAB 1158 BlgNR 17. GP 6.

34 AB 3774 BlgBR 17 GP.

35 Nur bei Ungeborenen genügte ein Feststehen oder die gerichtliche Geltendmachung der Abstammung binnen Jahresfrist nach der Geburt.

36 Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135.

37 Die Rsp billigte Erblassern, die das minderungsschädliche Verhalten vor dem In-Kraft-Treten des KindRÄG 2001 setzten, noch ein schutzwürdiges Vertrauen in die uneingeschränkte Minderungsmöglichkeit nach altem Recht zu (4 Ob 98/11g EF-Z 2012, 40). Diese Sicht ist für Erbfälle, die unter das ErbRÄG 2015 fallen (Ableben nach dem 31. 12. 2016 – § 1503 Abs 7 Z 2), obsolet (*Musger in P. Bydlinkil/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 776 Rz 6).

38 ErlRV 688 BlgNR 25. GP 25.

39 *Kogler*, JBl 2018, 141 (147).

40 *AA Kogler*, JBl 2018, 229 (232).

41 *Rabl*, Vorsicht bei der Pflichtteilsminderung, NZ 2023, 481.

gen, wenn die Voraussetzungen für die Minderung (§ 776 Abs 1 und 2) auch bei ihnen vorliegen (§ 758 Abs 2 S 3). Auch wenn § 758 Abs 2 von Nachkommen des Pflichtteilsberechtigten spricht, gilt die Bestimmung nur für **Nachkommen des Verstorbenen**. Der Eheg/eP kann von seinen Nachkommen **nicht repräsentiert** werden.⁴² § 758 Abs 2 S 3 ist in der Tat überflüssig, weil schon aus den §§ 733, 734 und § 758 Abs 1 folgt, dass die Nachkommen eines Vorverstorbenen diesen als (konkret) Pflichtteilsberechtigte nur **formell** (nicht materiell) **repräsentieren** und die **Minderungsvoraussetzungen** daher für sie **gesondert geprüft** werden müssen.⁴³ Die Minderung des Vorverstorbenen wird dem Nachkommen nicht zugerechnet.⁴⁴ Wurden die Nachkommen in der Verfügung übergangen, ist für sie von einer stillschweigenden Minderung auszugehen (§ 776 Abs 3 HS 2). Die Materialien führen dazu aus, dass die Minderung für das nachrückende Kind nicht ausdrücklich angeordnet werden muss.⁴⁵

Beispiel I: V hinterlässt an Pflichtteilsberechtigten den Enkel E, das Kind des vorverstorbenen Sohnes S. Bei S und E lagen bzw liegen die Voraussetzungen für die Minderung vor. V hat die Minderung nur für S angeordnet. E wird in der letztwilligen Verfügung mit keinem Wort erwähnt.

Ergebnis: E erhält den geminderten Pflichtteil von 1/4. Würden die Voraussetzungen für die Minderung nur bei E vorliegen oder hätte V für S keine Minderungsanordnung getroffen, wäre das Ergebnis dasselbe.

3.1.2. Geminderter Vorfahre lebt

Ob auch **Nachkommen eines lebenden Geminderten** in die verbleibende Hälfte **eintreten** können, wurde von der Lit anfangs nicht einhellig bejaht. Der Wortlaut von § 758 Abs 2 S 3 spricht dagegen. Allerdings ist dem Gesetzgeber schon in § 758 Abs 2 S 1 in Bezug auf die Repräsentation von Erbunwürdigen und Enterbten ein eingestandener Redaktionsfehler unterlaufen, der mit Art 1 Z 60 2. ErwSchG⁴⁶ behoben werden musste. § 758 Abs 2 S 1 wurde durch den Einschub des Bindeworts „oder“

vor der Wortfolge „*vorverstorbenen Person*“ dahingehend richtiggestellt, dass auch eine den Erblasser überlebende erbunwürdige oder enterbte Person von ihren Nachkommen im Pflichtteil repräsentiert wird. Der vom Gesetzgeber gewünschte Gleichlauf von Enterbung und Minderung hätte es nahegelegt, die Reparaturnovelle mit § 758 Abs 2 S 3 abzustimmen und klarzustellen, dass auch Nachkommen eines lebenden Pflichtteilsberechtigten diesen in der freigewordenen Hälfte repräsentieren. Das ist nicht geschehen. Würde man das **Gesetz wörtlich** nehmen, könnte die freigewordene Quote nur die Pflichtteile von anderen Pflichtteilsberechtigten als Nachkommen, soweit vorhanden, erhöhen.⁴⁷ Nach früheren Stimmen in der Lehre sei dies mit einer fehlenden konkreten Pflichtteilsberechtigung (§ 758 Abs 1) des vom Geminderten verdrängten Nachkommen zu erklären.⁴⁸ Diese Sicht würde jedoch einen **unerträglichen Wertungswiderspruch** zur Repräsentation bei **Erbunwürdigkeit** (§ 542) und **Enterbung** (§ 729 Abs 3), die auch teilweise verfügt werden kann, erzeugen. Außerdem wäre ohne nachvollziehbaren Grund das in den Minderungsfolgen des § 760 Abs 2 (s 3.2.) zum Ausdruck kommende fundamentale erbrechtliche Prinzip von „**Repräsentation vor Anwachsung**“ durchbrochen.

Nach richtiger Ansicht ist das Gesetz so zu lesen, dass der **Nachkomme** des Geminderten im Sinne der auf die Minderung umgelegten doppelten Fiktion von *Kogler*⁴⁹ (gewillkürte Eingriffe in die gesetzliche Erbfolge sind wegzudenken und **zur Hälfte** wird das **Vorversterben fingiert**) – eben in Bezug auf die Hälfte – **konkrete Pflichtteilsberechtigung** erlangt. Alles spricht dafür, bei § 758 Abs 2 S 3 keine gesetzgeberische Entscheidung, sondern einen weiteren Redaktionsfehler festzustellen. Möglicherweise wollte der Gesetzgeber eine Fehlkonzeption nicht eingestehen.⁵⁰ Der überwiegende Teil der Lehre hat § 758 Abs 2 S 3 aus systematischen Gründen schon immer dahingehend ausgelegt, dass auch bei der Minderung eines **lebenden Pflichtteilsberechtigten** die **Repräsentation** der Anwachsung vorgeht.⁵¹ Dem haben sich *Musger*⁵² und *Hawel*⁵³ später angeschlossen. Daher

42 2 Ob 169/23a (Rz 40).

43 *Kogler*, JBl 2018, 141 (144, 147).

44 *Cach/Weber*, JEV 2024, 245.

45 ErlRV 688 BlgNR 25. GP 24.

46 2. Erwachsenenschutz-Gesetz BGBl I 2017/59. Mit Art 1 Z 58, 59 und 66 2. ErwSchG wurden noch weitere Redaktionsversehen des ErbRÄG 2015 in den §§ 705, 752 und 1445 beseitigt (ErlRV 1461 BlgNR 25. GP 53).

47 *Barth* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch 174; *Schauer*, Pflichtteilsrecht einschließlich Gestaltung der Pflichtteilsdeckung, in *Deixler-Hübner/Schauer* [Hrsg], Erbrecht NEU (2015) 55 (60).

48 So noch *Musger* in KBB³ § 758 Rz 6; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 758 Rz 5 und § 760 Rz 3.

49 In *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 758 Rz 38.

50 *Heimbuchner*, JEV 2024, 56 (59).

51 *Schweda*, iFamZ 2023, 163; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 758 Rz 8; *Kogler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 758 Rz 38; *derselbe*, Der Erbverzicht nach dem Erbrechts-Änderungsgesetz, JBl 2015, 613 (621); *derselbe*, JBl 2018, 141 (147 f); *A. Tschugguel*, EF-Z 2016, 139 (141 f); *Eccher*, Erbrechtsreform (2015) Rz 115 f; *Umlauf*, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht² (2018) 109 f; *derselbe* in FS Fischer-Czermak 861 (862); *Heimbuchner*, JEV 2024, 56 (57 ff); aA *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 758 Rz 5; vgl auch *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht² (2020) Rz 10.94, die eine Repräsentation durch den Nachkommen des Geminderten, der ebenfalls von der Minderung betroffen ist, ausschließt.

52 *Musger* in *P. Bydliński/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 758 Rz 6; und in KBB⁶ § 758 Rz 6.

53 In *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 758 Rz 5.

fällt die (freigewordene) Hälfte auch an Nachkommen von Geminderten, die den Erbfall überlebt haben. Nur wenn es keine Nachkommen gibt, erhöht sich die Quote von anderen Nachkommen des Erblassers anteilig (s 3.2.1.), in Ermangelung solcher auch der Anteil eines Eheg/eP (s 3.2.2.).

Nach demselben Grundsatz ist auf der Stufe der **Nachkommen des Geminderten** zu verfahren, soweit diese ebenfalls von einer **Minderung** betroffen sind. Sie erhalten von der auf sie entfallenden **freigewordenen Quote** den um ihre Minderung **gekürzten Teil**, der andere gelangt an vorhandene Nachkommen bzw (nachrangige) Geschwister usw. Je mehr Nachkommen ein Erblasser in absteigender Linie hinterlässt, umso mehr fällt an seinen Stamm.⁵⁴ Dieser erhält die gesamte Quote, wenn zumindest ein ungeminderter Nachkomme eintreten kann.⁵⁵

Beispiel II: V hinterlässt an Pflichtteilsberechtigten die Kinder K 1 und K 2, die Enkeltochter E (Tochter von K 1) sowie den Urenkel U (Sohn von E). K 1, E und U wurden gemindert.

Ergebnis: Der geminderte Pflichtteil des K 1 beträgt 1/8. Vom freigewordene 1/8-Anteil steht E 1/16 zu. Vom freibleibenden 1/16-Anteil erhält U 1/32. Das übrige 1/32 erhöht den Pflichtteil von K 2. Dieser erhält 1/4 + 1/32.

3.2. Anwachsung bei anderen Pflichtteilsberechtigten

3.2.1. Gegenüber anderen Nachkommen des Erblassers

Kontrovers diskutiert wird insbesondere die Frage, wie die einem Pflichtteilsberechtigten **entzogene Hälfte** unter den **anderen Pflichtteilsberechtigten verteilt** wird, wenn der Geminderte keine eintrittsberechtigten Nachkommen hat. § 760 Abs 2 bestimmt, dass sich in diesem Fall (nach Maßgabe der „§§ 733 und 734“) „die Pflichtteile der anderen Pflichtteilsberechtigten anteilig“ erhöhen. *Bittner/Hawel*⁵⁶ bzw *Hawel*⁵⁷ und *Musger*⁵⁸ interpretieren die Regelung mit dem **Zuschlags-Modell**. Demnach soll der Geminderte nur die Hälfte seiner ursprünglichen Quote erhalten. *Kogler*⁵⁹, *Weiss*⁶⁰ und *Klever/Dickinger*⁶¹ plädieren hingegen für eine **proportionale Vertei-**

lung unter Einbeziehung des Geminderten, dessen Quote stets die Hälfte der Pflichtteilsquote von ungeminderten Pflichtteilsberechtigten zu betragen habe. Ungeminderte hätten die freigewordene Quote mit dem Geminderten nach dem Verhältnis von geminderter Quote zu ungeminderten Quoten zu teilen.⁶²

Beispiel III:

V hinterlässt an Pflichtteilsberechtigten die Kinder K 1 und K 2. K 1 wurde gemindert.

Ergebnis Zuschlags-Modell: K 1 erhält die geminderte Quote von 1/8. Der Pflichtteil des K 2 wird um 1/8 auf 3/8 erhöht.

Ergebnis proportionale Verteilung nach Kogler: Da nicht alle Pflichtteilsberechtigten gemindert sind, werden die Pflichtteile von der gesamten Verlassenschaft berechnet. K 1 erhält halb so viel wie K 2 (ihre Anteile stehen im Verhältnis 1:2). Die tatsächliche Pflichtteilsquote des K 1 resultiert aus der Multiplikation von 1 (Verlassenschaft), 1/3 (Anteil des K 1) und 1/2 (Halbierung der gesetzlichen Erbquote). Das ergibt 1/6. Die tatsächliche Pflichtteilsquote des K 2 resultiert aus der Multiplikation von 1 (Verlassenschaft), 2/3 (Anteil des K 2) und 1/2 (Halbierung der gesetzlichen Erbquote). Das ergibt 1/3.

Die Proponenten des **Zuschlags-Modells** haben den **Gesetzeswortlaut** auf ihrer Seite. Sie nehmen den Geminderten von der Verteilung aus, weil es um die bei ihm freiwerdende Quote geht und mit den „anderen Pflichtteilsberechtigten“ nicht auch der Geminderte selbst gemeint sein könne.⁶³

Die Befürworter der **proportionalen Verteilung** argumentieren **systematisch** und stützen sich auf die von § 760 Abs 2 verwiesenen Bestimmungen der gesetzlichen Erbfolge (§§ 733 und 734) iVm § 759. Dort hätten alle Köpfe, die erbfähig und nicht enterbt oder gemindert sind, in voller Höhe an der Verteilung teilzunehmen. Die entzogene Hälfte werde frei, weil der Geminderte zur Hälfte als vorverstorben gelte. Soweit sie verteilt wird, sei er zur Hälfte als lebend zu behandeln und in die proportionale Erhöhung einzubeziehen. Der Geminderte sei daher als „**halber Kopf**“, dh mit der halben Quote mitzuzählen und zu

54 *Heimbuchner*, JEV 2024, 56 (59 f).

55 *Kogler*, JBl 2018, 141 (148 FN 71); anders *Cach/Weber* (JEV 2024, 245 [248]), nach denen ein geminderter Nachkomme des Geminderten vom freibleibenden Anteil nichts erhalten soll. Sie berufen sich auf *Schweda* (iFamZ 2023, 163), *A. Tschugguel* (EF-Z 2016, 139 [141 f]), *Welser* (Erbrechts-Kommentar § 758 Rz 8 und § 776 Rz 8) und *Likar-Peer* (in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht*² 10.93 f.). Soweit an diesen Stellen auf die Quotenerhöhung anderer Pflichtteilsberechtigter verwiesen wird, ist offenbar nur die Anwachsung des Teiles gemeint, den ein kinderloser Enkel infolge seiner Minderung nicht zur Gänze für sich einziehen kann (unklar allerdings *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer*, *Erbrecht*² 10.94).

56 *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 760 Rz 4/1 f.

57 In *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.06} § 760 Rz 4/1 f.

58 *P. Bydliński/Perner/Spitzer*, KBB⁷ § 760 Rz 5.

59 In *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) 760 Rz 23 – 39; JBl 2018, 229 (232 ff); *derselbe*, Enterbung (in Druck) nach FN 61.

60 NZ 2023, 434 (438 ff).

61 EF-Z 2025, 12 (14 f).

62 Siehe die Berechnungen von *Kogler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 760 Rz 29 ff.

63 *Hawel* in *Kletečka/Schauer* ABGB-ON^{1.06} § 760 Rz 4/1; ebenso *Umlauf* in FS Fischer-Czermak 861 (864); *Heimbuchner*, JEV 2024, 56 (63 f).

berücksichtigen. Insofern ihm eine halbe Quote zusteht, bleibe er iSd §§ 733 und 734 iVm § 759 **halb pflichtteils-** und insoweit auch an der **freigewordenen Quote teilhabeberechtigt**. Der vom Gesetz geforderten anteiligen Erhöhung bei den anderen Pflichtteilsberechtigten werde entsprochen, weil diese ihren (proportionalen) Anteil erhielten. Dass der Geminderte von der Verteilung vollumfänglich ausgeschlossen wird, sei nicht angeordnet.⁶⁴

Diese Ableitung der proportionalen Verteilung erscheint zwar vertretbar, aber doch überspitzt. Ihre inhaltsbezogenen, **systematisch-logischen Erwägungen** sind **nicht zwingend**.⁶⁵ Der Verweis in § 760 Abs 2 auf die §§ 733 und 734 iVm § 759 verliert nicht seinen Sinn, wenn man den Geminderten von der Verteilung zur Gänze ausnimmt. Viel eher entspricht es der Logik und den Zielen des Minderungsrechts, den Geminderten auch bei der Verteilung (wie einen Erbunwürdigen oder Enterbten) als vorverstorben zu behandeln. Darauf zielt § 760 Abs 2 ab, der, was den gänzlichen Ausschluss des Geminderten von der Verteilung betrifft, gegenüber den §§ 733 und 734 iVm § 759 als **Spezialnorm** gesehen werden kann.⁶⁶ Der Verweis auf die §§ 733, 734 stellt nur klar, dass die entzogene Quote unter den anderen (zu denen der Geminderte eben nicht mehr gehört) nach Stämmen und Köpfen verteilt wird. Eine Ungleichbehandlung des Geminderten mit Vorverstorbenen, Erbunfähigen oder Enterbten⁶⁷ ist nicht zu erkennen. Diese erhalten überhaupt nichts. Der Geminderte, für den die Vorversterbens-Fiktion durchgängig (sowohl in Bezug auf das Freiwerden der halben Quote als auch hinsichtlich ihrer Verteilung) gelten muss, hat von der entzogenen halben Quote nichts zu erhalten.

Kogler⁶⁸ hat allerdings zutreffend auf eine **Schwäche** im von Bittner/Hawel vertretenen **Zuschlags-Modells** für den Fall verwiesen, dass ein Erblasser von mehreren Kindern **alle mindert**. Nach der Meinung von Bittner/Hawel sei in diesem Fall die Erhöhung bei den anderen Pflichtteilsberechtigten nicht (mit der geminderten Quote) begrenzt. Deshalb würden wechselseitige Erhöhungen die Minderung bei allen neutralisieren.⁶⁹ Das liefe darauf hinaus, dass ein Erblasser nur dann mindern könnte, wenn er entweder nur

ein Kind hat oder von mehreren Kindern zumindest eines von der Minderung ausnimmt. Bei der proportionalen Verteilung, so Kogler, würde sich dieses Problem nicht stellen, weil sich dort die Erhöhung (auch bei Geminderten) nach dem Verhältnis zum ungeminderten Pflichtteil richte.⁷⁰

Beispiel IV: V hinterlässt an Pflichtteilsberechtigten die Kinder K 1 und K 2. Beide Kinder wurden im Pflichtteil auf die Hälfte gemindert.

Ergebnis Zuschlags-Modell: K 1 und K 2 erhalten im ersten Schritt die geminderte Quote von je 1/8. Im zweiten Schritt wird das bei K 1 freiwerdende 1/8 K 2 und umgekehrt das bei K 2 freiwerdende 1/8 K 1 zugeschlagen. Am Ende erhält jedes Kind 1/4, dh so viel wie eine ungeminderte Quote.

Ergebnis proportionale Verteilung nach Kogler: Da alle Pflichtteilsberechtigten (K 1 und K 2) auf die Hälfte gemindert sind, werden die Pflichtteile nur von der halben Verlassenschaft berechnet. Beide Kinder erhalten davon gleich viel (Verhältnis 1:1). Die tatsächliche Pflichtteilsquote für jedes Kind resultiert aus der Multiplikation von 1/2 (Hälfte der Verlassenschaft), 1/2 (halber Anteil jedes Kindes) und 1/2 (Halbierung der gesetzlichen Erbquote). Das ergibt 1/8.⁷¹

Dass an diesem Ergebnis des Zuschlags-Modells etwas nicht stimmt, leuchtet ein. Die Lösung, die die proportionale Verteilung vorschlägt, ist aber nicht schlüssig. Anstößig ist das Ergebnis von Bittner/Hawel nicht wegen der im Vergleich mit der Minderung eines einzigen Kindes **ungleichen Pflichtteilslast**.⁷² Diese ist **kein Kriterium**, weil die Minderung seit dem ErbRÄG 2015 nicht mehr den Erben begünstigen soll. **Unerträglich** wäre die **Verunmöglichung der Minderung aller** Pflichtteilberechtigten. Die Lehre der proportionalen Verteilung sieht die Lösung darin, dass K 1 und K 2 jeweils nur die geminderte Quote von 1/8 erhalten, offenbar deshalb, weil dies der Hälfte dessen entspricht, was jedes Kind zu erhalten gehabt hätte, wenn nicht gemindert worden wäre.⁷³ Sie erklärt allerdings nicht, warum nur im Szenario des Beispiels IV von der Hälfte der hypothetischen (vollen)

64 Kogler, Enterbung (in Druck) nach FN 69 (FN 70); ebenso Klever/Dickinger, EF-Z 2025, 12 (14).

65 Zur Rechtfertigung einer systematisch-logischen Interpretation s Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (2020) 444.

66 Heimbuchner, JEV 2024, 56 (63); aA Kogler, JBl 2018, 229 (232); derselbe in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 760 Rz 28; ebenso Weiss, NZ 2023, 434 (439 FN 28).

67 So Klever/Dickinger, EF-Z 2025, 12 (15).

68 JBl 2018, 229 (231 f).

69 Die Autoren hatten sich zu diesem Fallszenario anfangs (in Kletečka/Schauer ABGB-ON^{1.04} § 760) nicht geäußert. In der späteren Fassung haben sie dieses Ergebnis zwar selbst als „eigenartig“ bezeichnet, aber als dogmatisch zwingend verteidigt (Bittner/Hawel

in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 760 Rz 4/2; ebenso Hawel in Kletečka/Schauer ABGB-ON^{1.06} § 760 Rz 4/2).

70 Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 760 Rz 27, 33 ff.

71 Diese Berechnung wird in Form einer Tabelle vorgestellt (Kogler, JBl 2018, 229 [233]; derselbe in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ [Klang] § 760 Rz 33). Warum infolge der Minderung aller nur die halbe Verlassenschaft heranzuziehen sei und insoweit die Verteilung freigewordener Quoten zu unterbleiben habe, wird nicht näher ausgeführt.

72 Dann würde der Pflichtteil statt 1/2 nur 1/4 betragen. So Kogler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) § 760 Rz 27; Weiss, NZ 2023, 434 (439).

73 Kogler, JBl 2018, 229 (233).

Quote des Geminderten auszugehen sei, in den anderen Fällen hingegen von der Hälfte des ungeminderten Anspruchs anderer. Das ist ein großer Unterschied, weil die Hälfte dessen, was dem Ungeminderten nach proportionaler Verteilung zukommt, zu deutlich mehr führt. *Kogler* legt sich zu dem Begriff von „Hälfte“, von dem er ausgeht, nicht klar fest. Einmal versteht er darunter den halben Pflichtteil nach der gesetzlichen Berechnung⁷⁴ (gemeint offenbar: der ursprünglichen Quote). An anderer Stelle hält er die Bedeutung als Endquote im Verhältnis zu anderen für möglich.⁷⁵ *Weiss*⁷⁶, die die proportionale Verteilung verteidigt, erkennt, dass das richtige Verständnis von „Hälfte“ des Pflichtteils nicht (iS einer unzulässigen *Petitio principii*) von beliebigen Annahmen abhängt, sondern gesetzlich determiniert ist. Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 hat die Formulierung „auf die Hälfte mindern“ (die auf der Legaldefinition des Pflichtteils in § 759 aufbaut) unverändert aus dem alten Recht (§ 773a Abs 1 ABGB aF) übernommen. In der Systematik des alten Rechts konnte unter „Hälfte“ nichts anderes als das Halbieren der **ursprünglichen Quote** verstanden werden. Nichts in den Materialien deutet darauf hin, dass sich mit der neuen Systematik des § 760 Abs 2 und mit dem Funktionswandel der Minderung auch das Verständnis von „Hälfte“ in § 776 Abs 1 verschieben sollte. Nur im Beispiel IV legt die Lehre der proportionalen Verteilung das herkömmliche – und richtige – Verständnis (Hälfte des ursprünglichen Pflichtteils des Geminderten) zugrunde, in den anderen Fällen (dort: Hälfte des Pflichtteils von voll Berechtigten) nicht. Warum für das Beispiel IV andere Maßstäbe gelten sollen, bleibt offen. Dass dafür die Referenzgröße eines Ungeminderten⁷⁷ fehlt, wäre keine systemimmanente Begründung. Es lässt sich daher mit der proportionalen Verteilung gar nicht dartun, warum die freiwerdenden Quoten im Beispiel IV von der Verteilung überhaupt ausgespart bleiben. Die Proportionalität wäre ja auch gewahrt, wenn es – infolge des fehlenden Maßstabs von Ungeminderten – zur Aufteilung an die Geminderten kommt, weil die ihnen verbleibenden Quoten im Verhältnis 1:1 stehen. Warum werden die freiwerdenden Quoten nur dann verteilt, wenn den Geminderten ein Ungeminderter gegenübersteht? Offenbar sollen die freiwerdenden Quoten keinem zugeschlagen werden, weil – und darin sind sich mit Ausnahme von *Bittner/Hawel* und *Hawel* alle Autoren einig – die Minderung alle trifft.

Der methodisch richtige Weg zu diesem Ergebnis ist ein anderer. *Umlauft*⁷⁸ und *Heimbuchner*⁷⁹ haben im Anschluss an die von *Kogler* am Zuschlags-Modell geübte Kritik das **modifizierte Zuschlags-Modell** vorgestellt. Es unterscheidet sich vom einfachen Zuschlagsmodell dadurch, dass zu den „**anderen Pflichtteilsberechtigten**“ iSd § 760 Abs 2, denen freiwerdende Quoten zugeschlagen werden können, nur solche zählen, die **nicht** zum Kreis der **Geminderten** gehören. Der Kreis der gem § 760 Abs 2 zur Erhöhung Berechtigten ist demnach teleologisch auf nicht geminderte andere Pflichtteilsberechtigte zu reduzieren, weil die Anwachsung den Zweck der Minderung zu erfüllen hat und nicht vereiteln darf. Die Meinung von *Bittner/Hawel* und *Hawel* würde Widersprüche im selben System produzieren. Sie lässt sich auch durch das **argumentum ad absurdum** widerlegen.⁸⁰

Von der Verteilung nach § 760 Abs 2 sowieso ausgenommen sind Erbunwürdige und Enterbte (Vorversterbens-Fiktion). Dass sie nicht einmal rechnerisch und zwischenzeitlich von der Minderung profitieren können, wie *Kogler*⁸¹ zur Unterstützung der proportionalen Verteilung andenkst und in zahlreichen Rechenbeispielen mit unterschiedlichen Ergebnissen zu demonstrieren versucht, versteht sich von selbst. Welchen Zweck sollte das haben? Folgt man der modifizierten Zuschlagslösung, gilt dasselbe für Geminderte. Die Frage, mit welchem (zur Gänze oder zur Hälfte) Weggefallenen man zu rechnen beginnt, stellt sich von vorneherein nicht. Keinem von ihnen kann in einem Zwischenschritt etwas zugeschlagen werden.⁸² Zur Verteilung gelangen die (vollen hypothetischen) Quoten von Erbunwürdigen und Enterbten und die entzogenen Quoten der Geminderten. Die Rechnung beginnt und endet mit der Verteilung in der Gruppe der Erbunwürdigen, nicht Enterbten und nicht Geminderten nach Stämmen und Köpfen gem den §§ 733, 734. Der Einwand, das Zuschlags-Modell wäre nicht eindeutig⁸³, verfängt in der modifizierten Variante auch im Kontext der Minderung nicht.

Dem modifizierten Zuschlags-Modell lassen sich auch sonst keine überzeugenden Argumente entgegenhalten. Richtig ist zwar, dass ein Ungeminderter, wenn er mit mehreren Geminderten konkurriert, mehr als das Doppelte von geminderten Kindern erhalten kann. Das ist aber nur die zwingende **mathematische Konsequenz**⁸⁴

74 In *Ferryves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 776 Rz 8.

75 JBl 2018, 229 (230).

76 NZ 2023, 434 (439).

77 S *Klever/Dickinger*, EF-Z 2025, 12 (14).

78 In FS Fischer-Czermak 861 (867 ff).

79 JEV 2024, 56 (63 f).

80 *Bydlinski*, Methodenlehre 457 ff.

81 *Kogler*, JBl 2018, 229 (230).

82 *Umlauft* in FS Fischer-Czermak 861 (868 ff).

83 S die Berechnungsvarianten bei *Kogler*, JBl 2018, 229 (230 ff); ebenso *Weiss*, NZ 2023, 434 (438).

84 *Umlauft* in FS Fischer-Czermak 861 (865). *Heimbuchner* (JEV 2024, 56 [64]) zufolge sind solche Ergebnisse dem hypothetischen Willen des Erblassers zuzuschreiben und gerechtfertigt.

aus der klaren Regelung des § 760 Abs 2. Dass die Quote eines nicht geminderten Kindes infolge der Erhöhung nicht variieren darf⁸⁵, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. *Kogler*⁸⁶ räumt selbst ein, dass ein übermäßiges Profitieren von nicht Geminderten, und dass sie mehr als das Doppelte von geminderten Kindern erhalten können, als bloße Wertungsfrage de lege lata kein tragfähiges Argument gegen das Zuschlags-Modell ist. Ob die Verteilungsfolgen „im Sinne des Erfinders“⁸⁷ sind, hat der Gesetzgeber zu überdenken.

Vertreter der proportionalen Verteilung haben am modifizierten Zuschlags-Modell zuletzt eine angebliche Diskrepanz zwischen der strengen Auslegung des Wortes „anderen“ einerseits und der weniger formalen Auffassung des Begriffs „Pflichtteilsberechtigten“ andererseits moniert.⁸⁸ Sie verkennen dabei, dass das Adjektiv „anderen“ die Bedeutung des begleiteten Nomens „Pflichtteilsberechtigten“ bestimmt. Das Nomen lässt sich nicht anders als das zugehörige Adjektiv auslegen. Der Wortlaut des Gesetzes, dem die proportionale Verteilung widerspricht, ist eindeutig. Im Beispiel III würde kein Erblasser auf den Gedanken verfallen, dass die dem K 1 angeordnete Minderung der Pflichtteilsquote von 1/4 zu 1/6 an Stelle von 1/8 führt. Die proportionale Verteilung **überschreitet den äußersten möglichen Wortsinn**⁸⁹, was einer ergänzenden Rechtsfortbildung von vornherein entgegensteht. Ginge es nur darum, dem Geminderten nur deutlich weniger zukommen zu lassen als ihm sonst zustünde⁹⁰, wäre die ausdrückliche gesetzliche Umschreibung des Gestaltungsrahmens mit „den Pflichtteil [...] auf die Hälfte mindern“ irreführend. Das Erbrecht sollte mit dem ErbRÄG 2015 auch für die damit nicht vertraute Bevölkerung verständlicher formuliert werden.⁹¹ Insofern wird bei diesem Teil des Zivilrechts vom Adressaten die unvermittelte Normbeachtung ohne komplizierte und verzweigte Überlegungen erwartet.⁹²

Die Rsp hat sich zu dieser Streitfrage noch nicht geäußert. Im Fall 2 Ob 9/23x klagte der Sohn des Erblassers seine zwei Geschwister auf Zahlung des Pflichtteils von

1/6. Der OGH bestätigte den Anspruch auf einen geminderten Pflichtteil von 1/12, was der Lösung nach dem Zuschlags-Modell entspricht. Nach der proportionalen Verteilung wäre dem Kläger vom freigewordenen 1/12 (entsprechend dem Verhältnis 1:2:2) zusätzlich 1/5, dh eine höhere Quote von 1/10 zugestanden. Das wurde im Verfahren aber nicht releviert und erörtert.

3.2.2. Gegenüber Eheg/eP

Für vorübergehende Verwirrung im Schrifttum sorgten widersprüchliche Äußerungen von *Bittner/Hawel* zur Frage, ob die infolge einer Minderung von Nachkommen freiwerdenden Quoten den Pflichtteil eines Eheg/eP erhöhen können. Dies wurde von ihnen an einer Stelle bejaht⁹³ und an anderer verneint.⁹⁴ Mit Ausnahme dieser Divergenz wird seit jeher einhellig vertreten, dass sowohl vom gänzlichen **Wegfall** (Erbunwürdigkeit und Enterbung) als auch von der **Minderung** eines Kindes der **Eheg/eP profitiert**, wenn sonst **keine** zur Erhöhung berechtigten **Nachkommen** des Erblassers vorhanden sind.⁹⁵ *Bittner/Hawel*⁹⁶ haben sich dieser zutreffenden Auffassung in der späteren Auflage vollinhaltlich angeschlossen. Mit dem Verweis auf die §§ 733, 734 ist nach herrschender Lehre die gesamte gesetzliche Erbfolge (iVm der Wertung des § 759 einschließlich des Erbrechts von Eheg/eP) umfasst.⁹⁷ Die Frage ist nicht weiter strittig. Nach dem modifizierten Zuschlags-Modell muss sich die Pflichtteilsquote des Eheg/eP auch dann erhöhen, wenn alle Nachkommen gemindert wurden und die freigewordenen Quoten keinem zugewiesen werden können.

3.3. Minderung des Eheg/eP

Der **erbunwürdige** oder **enterbte Eheg/eP**, der den Erbfall erlebt, ist wie ein Enterbter als **vorverstorben** zu **fingieren**.⁹⁸ Dasselbe muss hinsichtlich eines durch **Minderung** entzogenen halben Pflichtteils gelten. Die Minderung des Eheg/eP erhöht den Pflichtteil vorhandener Nachkom-

85 So *Kogler*, JBl 2018, 229 (230).

86 JBl 2018, 229 (230); in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 760 Rz 27 FN 38.

87 *Kogler*, Enterbung (in Druck) nach FN 69 (FN 70).

88 *Klever/Dickinger*, EF-Z 2025, 12 (14 f).

89 *Hawel* in *Kletečka/Schauer* ABGB-ON^{1.06} § 760 Rz 4/1; *Umlauft* in FS Fischer-Czermak 861 (864); *Heimbuchner*, JEV 2024, 56 (63). Zur Relevanz der Wortinterpretation s *Kodek* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 65.

90 So *Klever/Dickinger*, EF-Z 2025, 12 (14).

91 ErlRV 688 BlgNR 25. GP 1. Es anerkennt auch die Formgültigkeit eigenhändig geschriebener Testamente (§ 578) ohne Verpflichtung zur Beiziehung von Beratern (vgl § 262 Abs 1 zur Vorsorgevollmacht).

92 Zur Relevanz für die Wortinterpretation s *Bydlinski*, Methodenlehre 439.

93 *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 758 Rz 5.

94 *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 760 Rz 4.

95 *Kogler*, JBl 2018, 229; derselbe in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 760 Rz 25; *Musger* in *P. Bydlinski/Pernerl/Spitzer*, KBB⁷ § 760 Rz 4; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 760 Rz 5.

96 In *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 760 Rz 4.

97 *Rabl*, NZ 2015, 321 (327); *Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 760 Rz 4/1; aA offenbar *Barth* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch 174; *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform § 760 Anm 2.

98 2 Ob 169/23a (Rz 40 f).

men des Erblassers.⁹⁹ Nachkommen des Eheg/eP erhalten davon nichts.¹⁰⁰

4. Parteistellung von Repräsentanten und Anwachsberechtigten – Vorschläge für die Praxis

Eine **Reduktion der Pflichtteilslast** lässt sich nach dem ErbRÄG 2015 mit der Minderung grundsätzlich **nicht** mehr erreichen. Nur wenn der Erblasser keine weiteren Pflichtteilsberechtigten hinterlässt oder ausschließlich solche zu Erben einsetzt oder beschenkt, würde die Minderung dem Erblasserwillen zupasskommen. Die dargestellten Fragen sind daher von großer praktischer Bedeutung, weil gerade diese Szenarien sehr häufig auftreten.¹⁰¹ In allen anderen Fällen ist die Minderung **kein taugliches Tool**, die Erben von missliebigen Pflichtteilsansprüchen abzuschirmen. Im Gegenteil: Eine Minderungsanordnung ist eher geeignet, Erben ihre Stellung im Verfahren, die **Anspruchsabwehr** sowie den Abschluss von **Vergleichen** zu **erschweren**.

Der Einwand der Erbunwürdigkeit oder einer angeordneten Enterbung ist im streitigen Verfahren zu prüfen und nimmt den Pflichtteilsberechtigten nicht die Parteistellung im außerstreitigen Verlassenschaftsverfahren.¹⁰² Das Entweder-Oder-Argument, mit dem A. Tschugguel¹⁰³ die Parteistellung von (potentiell) Eintretenden bei bestrittener Erbunwürdigkeit oder Enterbung verneint, greift bei der Minderung nicht, weil Geminderte ihre An-

sprüche (zur Hälfte) behalten. Daher muss einem **Nachkommen** des Geminderten oder **anderen Pflichtteilsberechtigten**, die durch die rechtmäßige Minderung neben dem Geminderten eine konkrete Pflichtteilsberechtigung erlangen würden, **Parteistellung** zukommen. Typischerweise sind es ja die Erben und Pflichtteilsschuldner, die sich auf die Minderung berufen. Die Minderungsanordnung und deren Geltendmachung würde den Erben sohin nur weitere legitimierte Parteien bescheren, die ihnen (mit Anträgen auf Inventarisierung, Kontoöffnung etc) die Abwicklung des Nachlasses erschweren können. Das Obsiegen mit dem Minderungseinwand im Streitverfahren bringt nur einen Etappensieg, wenn für die Differenz ein Folgeprozess droht. Wollten Erben oder Geschenknahmer einen Vergleich schließen, könnte dieser im Verhältnis zu Dritten keine Bereinigungswirkung entfalten. Pflichtteilsschuldner müssten sich immer um die Einbeziehung der zum Eintritt Berufenen bemühen.

Andererseits kann ein Geminderter auf Klägersseite den Einwand der Minderung im Prozess leicht dadurch entschärfen, dass er sich von potentiell Eintrittsberechtigten die Kürzung der **Quote abtreten** lässt. Sofern die Nachlassplanung nicht hauptsächlich Personen begünstigt, die selbst von der Minderung profitieren würden, wenn sie auf den Pflichtteil gesetzt worden wären, ist einem Erblasser von Minderungsanordnungen, gerade wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen würden, **dringend abzuraten**.¹⁰⁴

5. Zusammenfassung

1. Seit dem ErbRÄG 2015 erhöht die Minderung des Pflichtteils (§ 776 Abs 1) **nicht** die **Testierfreiheit**.
2. Vom Entzug **profitieren** primär **Nachkommen** des Geminderten, die diesen gem § 758 Abs 2 S 3 **repräsentieren**. Auch Nachkommen des **lebenden Geminderten** sind **konkret pflichtteilsberechtigt** und treten in die entzogene Hälfte ein. Das von **Kogler** für die Repräsentation bei Erbunwürdigkeit oder Enterbung geforderte dop-
3. Sind **keine Nachkommen** des Geminderten vorhanden, kommt es zur **anteiligen Erhöhung** des Pflichtteils bei den **anderen**

pelt hypothetische gesetzliche Erbrecht des Nachkommen (Wegdenken von Eingriffen in die gesetzliche Erbfolge und Vorversterbens-Fiktion), das den Pflichtteil vermittelt, besteht für die entzogene Quote. Die Minderung des Vorfahren wird dem Repräsentanten nicht zugerechnet. Ihr Vorliegen ist für diesen gesondert zu prüfen.

99 Kogler, JBl 2018, 229; Musger in P. Bydliński/Perner/Spitzer, KBB⁷ § 760 Rz 4; Rabl, NZ 2015, 327; aA Likar-Peer in Ferraril/Likar-Peer, Erbrecht² Rz 10.95, wonach die Quote eines geminderten Eheg/eP den Nachkommen des Verstorbenen nicht anwachsen soll. Bei einem am 14. 7. 2023 in Schärding in der Rechtsanwaltskanzlei Wagner Virtbauer gehaltenen Vortrag hat sie diese Meinung allerdings hinterfragt.

100 Cach/Weber (JEV 2024, 245 [249]); s Likar-Peer in Ferraril/Likar-Peer, Erbrecht² 10.124; und 2 Ob 169/23a zum erbunwürdigen Eheg/eP.

101 Siehe den Fall 2 Ob 9/23x.

102 2 Ob 96/24t (Rz 21); 2 Ob 75/21z (Rz 16).

103 A. Tschugguel, Einige Fragen der Parteistellung im Verlassenschaftsverfahren, in FS Gitschthaler (2025) 613 (618 f).

104 Rabl, NZ 2023, 481.

Pflichtteilsberechtigten (Anwachsung gem § 760 Abs 2). Für die anteilige Erhöhung des Pflichtteils bei „*anderen Pflichtteilsberechtigten*“ iSd 760 Abs 2 gilt das **modifizierte Zuschlags-Modell** von *Umlauf* und *Heimbuchner*. Erbunwürdige, Enterbte und Geminderte nehmen an der Verteilung der freiwerdenden Quoten nicht teil, auch nicht in einem rechnerischen Zwischenschritt. Der proportionalen Verteilung nach *Kogler* wird nicht gefolgt.

4. Die **Vorversterbens-Fiktion** gilt auch im Verhältnis zwischen Nachkommen des Verstorbenen einerseits und Eheg/eP andererseits. Die beim geminderten Eheg/eP freiwerdende Quote fällt an die Nachkommen des Verstorbenen. Umgekehrt erhöht sich die Pflichtteilsquote des Eheg/eP nur dann, wenn kein (ungeminderter) Nachkomme vorhanden ist.
5. Die Pflichtteilslast lässt sich durch die **Minderung** im neuen Recht nur für **hauptsächlich begünstigte Pflichtteilsberechtigte reduzieren**, die von der Minderung profitieren würden und als Erben oder haft-

pflichtige Geschenknehmer den geminderten Pflichtteil schulden. In allen anderen Fällen würde eine Minderungsanordnung dem Pflichtteilsschuldner die **Anspruchsabwehr** eher **erschweren**. Auch Nachkommen des Geminderten oder andere Pflichtteilsberechtigte, deren Quoten sich durch die Minderung erhöhen würden, haben im Verlassenschaftsverfahren **Parteistellung**. Über die **Rechtmäßigkeit** der Minderung ist **nicht** im Verlassenschaftsverfahren zu entscheiden. Wird ein **Vergleich** geschlossen, müssen zur Erzielung umfassender Rechtsbereinigung Profiteure der Minderung **einbezogen** werden. Die materielle **Rechtskraft** einer Entscheidung des Pflichtteilsstreits mit dem Geminderten **erstreckt sich nicht** auf schlummernde Ansprüche von Repräsentanten oder Anwachsungsberechtigten.

Korrespondenz:

RA Dr. Alexander Hofmann, LL.M. ist Rechtsanwalt in Wien und auf Erb- und Verlassenschaftsrecht spezialisiert,
a.hofmann@hofmannlaw.at