

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

151. JAHRGANG

09
2019



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

NACHRUF

Ludwig Bittner:

Hans Hoyer 1936–2019

Seite 321

BEITRAG

Alexander Hofmann:

Der Anspruch auf Auskunft über Schenkungen nach dem ErbRÄG 2015

Seite 322

RECHTSPRECHUNG

Verbücherungsfähigkeit eines deutschen notariellen Testaments

(Christian Bonimaier)

Seite 337

Einstweilige Verfügung zur Abwehr einer drohenden Liquidation

Seite 347

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer †, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2019/112

Der Anspruch auf Auskunft über Schenkungen nach dem ErbRÄG 2015

Das ErbRÄG 2015 hat die Stellung und Rechte der Pflichtteilsberechtigten ausgebaut. Neu ist unter anderem die Schaffung eines Anspruchs gegenüber Geschenknehmern, über hinzurechnungspflichtige Geschenke Auskunft zu geben (§ 786 ABGB). Im Folgenden werden die Voraussetzungen für die aktive und passive Geltendmachung des Anspruchs genauer dargestellt. Meinungen im Schrifttum zu unregulierten Fragen (betreffend die Anspruchsvoraussetzung eines besonderen rechtlichen Interesses oder die Auskunftspflicht Dritter) werden hinterfragt.

Von Alexander Hofmann

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Unzulänglichkeiten der alten Rechtslage
- C. Aktive und passive Anspruchslegitimation
 1. Aktivlegitimation
 - a) Allgemeine Voraussetzungen
 - b) Besondere Voraussetzung eines „rechtlichen Interesses“?
 - i) Stand der Lehre
 - ii) Kritik und eigener Standpunkt
 - c) Kreis der aktiv anspruchsberechtigten Personen
 - i) Pflichtteilsberechtigte
 - ii) Erben und Verlassenschaft
 - iii) Legatäre
 2. Passivlegitimation
 - a) Verlassenschaft und Erben
 - b) Geschenknehmer
 - c) Repräsentanten von Geschenknehmern?
 - d) Andere Personen
 - i) Dritte (Banken, Versicherungen)
 - ii) Privatstiftung
 - e) Subsidiarität?
- D. Inhalt
- E. Verjährung
- F. Klagebegehren, Erfüllung und Eidesleistung
- G. Straf- und zivilrechtliche Sanktionen
- H. Ergebnisse

A. Einleitung

Die **Höhe des Pflichtteils** hängt nicht nur vom Wert des **hinterlassenen Vermögens** ab, der auf Antrag eines Pflichtteilsberechtigten im Verlassenschaftsverfahren zu ermitteln ist (§ 778 Abs 1 ABGB;¹ § 165 Abs 1 Z 6 AußStrG). Bestimmte lebzeitige **Schenkungen und unentgeltliche Zuwendungen** des Verstorbenen (§ 781 ABGB) sind zum Nachlass zu addieren und erhöhen den Anspruch (**Hinzurechnung**). Ist der Beschenkte selbst pflichtteilsberechtigt, so ist die Zuwen-

dung (auch) von seinem Pflichtteil abzuziehen (**Anrechnung**).² Die Voraussetzungen dafür regeln die §§ 781–785 ABGB.

Die **Hinzu- und Anrechnung**³ muss geltend gemacht werden.⁴ Wer dazu berechtigt ist, richtet sich – unter anderem – danach, ob der Beschenkte zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten⁵ gehört. Die Einbeziehung einer Schenkung an **nicht pflichtteilsberechtigten Personen** kann nur ein Pflichtteilsberechtigter verlangen (§ 782 Abs 1 ABGB).⁶ Bei Schenkungen an **Pflichtteilsberechtigte** ist der Kreis der Hinzu- und Anrechnungsberechtigten weiter gezogen. Neben den Pflichtteilsberechtigten⁷ zählt dazu der (durch die Anrechnung entlastete) Erbe (§ 783 Abs 1 ABGB) sowie jeder Vermächtnisnehmer, soweit er zur Deckung des Pflichtteils beizutragen hat (§ 783 Abs 2 ABGB).

² Bei der Schenkung an einen nicht Pflichtteilsberechtigten (§ 782 ABGB) findet keine Anrechnung statt. Bei der Schenkung an Pflichtteilsberechtigte folgt aus der Hinzurechnung notwendigerweise die Anrechnung beim Beschenkten (§ 783 ABGB).

³ „§ 787. (1) Eine Schenkung, die der Verlassenschaft nach den vorstehenden Bestimmungen hinzugerechnet wird, ist ihrer rechnerisch hinzuzuschlagen. Von der dadurch vergrößerten Verlassenschaft sind die Pflichtteile zu ermitteln. (2) Von einem auf solche Art und Weise vergrößerten Pflichtteil ist die Schenkung an den pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer, soweit sie auf seinen Pflichtteil anzurechnen ist, abzuziehen.“ Der Einfachheit halber wird im Folgenden nur der Begriff der Hinzurechnung verwendet. Damit ist die Hinzu- und (gegebenenfalls) Anrechnung gemeint.

⁴ Rabl, Die Berechtigten einer Hinzu- und Anrechnung auf den Pflichtteil, in FS Bittner (2018) 478.

⁵ Pflichtteilsberechtigt sind Nachkommen sowie der Ehegatte oder eingetragene Partner des Verstorbenen (§ 757 ABGB).

⁶ Im Hinblick auf den bei nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmern bezweckten Umgehungsschutz kann in diesen Fällen ein Kind die Hinzurechnung nur begehren, wenn der Geschenkgeber zum Zeitpunkt der Schenkung schon ein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte, ein Ehegatte oder eingetragener Partner nur für Schenkungen während der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft (§ 782 Abs 2 ABGB). Zur analogen Anwendung dieser Einschränkung auf die Hinzurechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte (§ 783 ABGB) siehe C.1.c)i).

⁷ Ein Geschenknehmer, der auf seinen Pflichtteil verzichtet oder sich der Erbschaft entschlagen hat, ist ebenfalls hinzurechnungsberechtigt (§ 783 Abs 1 ABGB). Er kann damit die subsidiäre Haftung nach § 789 ABGB abwehren.

¹ Referenzen auf die Rechtslage idF vor dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 BGBl I 2015/87 („ErbRÄG 2015“) sind im Folgenden mit dem Zusatz „aF“ kenntlich gemacht.

Nicht jede Zuwendung erhöht den Pflichtteil. Für Schenkungen an **nicht Pflichtteilsberechtigten** kommt es auf den Schenkungszeitpunkt an. Liegt die Schenkung länger als **zwei Jahre vor dem Tod** zurück, wird sie nicht berücksichtigt (§ 782 Abs 1 ABGB). Auch Zuwendungen, die aus dem **laufenden Einkommen**, zu **gemeinnützigen Zwecken** oder **wegen moralisch anerkannter Motive** (aus **sittlicher Pflicht**⁸ oder **Anstandsgründen**) erfolgen, sind grundsätzlich, mangels gegenteiliger Vereinbarung, von der Hinzurechnung **befreit** (§ 784 ABGB).

Für die **Bewertung** der Zuwendung ist der Zeitpunkt ihrer (wirklichen) **Ausführung** maßgeblich, zum Todes-tag aufgewertet nach einem Verbraucherpreisindex (§ 788 ABGB). Soweit die Verlassenschaft zur Deckung der Pflichtteilsforderung nicht ausreicht, **haftet der Geschenknahmer** für die **Verkürzung** (§ 789 Abs 1 ABGB).⁹ **Mehrere** Geschenknahmer haften **verhältnismäßig** nach dem Wert ihrer Geschenke (§ 789 Abs 2 ABGB).

Wer Pflichtteilsansprüche unter Berücksichtigung unentgeltlicher Zuwendungen erfolgreich durchsetzen oder abwehren will, muss sohin wissen (i) wem der Verstorbene, (ii) zu welchem Zeitpunkt, (iii) was und (iv) zu welchen Bedingungen zugewendet hat. Auch die Einkommens- und Vermögenssituation des Erblassers und des Geschenknahmers sowie die konkreten Umstände des Vermögenstransfers können den Anspruch berühren. Ohne diese Informationen lässt sich nicht verlässlich feststellen, ob gegen eine bestimmte Person überhaupt ein Anspruch besteht und, wenn ja, in welchem Ausmaß.

B. Unzulänglichkeiten der alten Rechtslage

Mit einigen – wesentlichen – Abweichungen¹⁰ wirkten sich Schenkungen schon vor dem ErbRÄG 2015 an-

⁸ Solche Zuwendungen dürfen unter Berücksichtigung der Vermögens- und Einkommenssituation der Beteiligten nicht unverhältnismäßig sein. Auf die konkreten Umstände und Motive der Zuwendung kommt es an (Welser, Erbrechts-Kommentar [2019] § 784 ABGB Rz 7).

⁹ Was in Erfüllung eines Ausstattungsanspruchs (§ 1220 ABGB) geleistet wurde, muss nicht herausgegeben werden (§ 789 Abs 1 ABGB).

¹⁰ Der Begriff der Schenkung war nicht definiert und weniger weit gefasst (vgl § 781 ABGB). Vorempfänge und Vorschüsse einerseits sowie Schenkungen andererseits wurden unterschiedlich behandelt (§§ 788, 789, 785 und 787 Abs 2, § 951 ABGB aF). Bei Vorempfängen und Vorschüssen erfolgte die Hinzurechnung nur zur Ausmittlung eines Nachlasspflichtteils. Von diesem waren nur ein Vorempfang oder ein Vorschuss abzuziehen (OGH 29. 9. 2011, 2 Ob 186/10g EF-Z 2012, 81 [Fischer-Czermak] = NZ 2012, 169), nicht jedoch Schenkungen. Schenkungen, die nicht als Vorschuss gewidmet waren, ließen sich nur auf die durch Schenkungen an den Anrechnungsgegner bewirkte Pflichtteilerhöhung (Schenkungspflichtteil) anrechnen (§ 787 Abs 2 ABGB aF). Ein Vorempfang musste bei fehlender Deckung im Nachlass nicht herausgegeben werden, ein Geschenk

spruchserhöhend aus. Das rechtliche Instrumentarium zu ihrer Erkundung war jedoch schwach und lückenhaft ausgestaltet. Informationen über Schenkungen konnte ein Pflichtteilsberechtigter praktisch nur auf Basis des **Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO** von der Verlassenschaft bzw vom eingetragenen Erben erhalten.¹¹ Die jüngere Rsp verlangte dafür jedoch eine zumindest **subjektiv begründete Besorgnis**, dass dem Kläger nicht alle für den Schenkungspflichtteil relevanten Verfügungen des Erblassers bekannt waren. Trotz des subjektiven Maßstabs wurden diese Anforderungen fallweise recht streng gehandhabt.¹² Die über den Umweg vom Nachlass oder Erben erlangte Auskunft konnte sich als wertlos erweisen, wenn der Anspruch gegen den Beschenkten inzwischen verjährte. Ein **direktes Vorgehen gegen den Beschenkten**, der nicht eingetragener Erbe war, blieb dem Pflichtteilsberechtigten auf Basis des Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO trotz Kritik im Schrifttum¹³ von der Rsp **versagt**.¹⁴ Die Berufung auf Art XLII Abs 1 Fall 2 EGZPO¹⁵ scheiterte für gewöhnlich am Fehlen einer Verheimlichungshandlung des passiven Geschenknahmers.¹⁶

In der Praxis erwies sich zwar die rückwirkende **Öffnung von Konten** im Verlassenschaftsverfahren und die in diesem Zusammenhang bejahte Durchbrechung des Bankgeheimnisses als sehr wirkungsvolles Tool, um (als „Zufallsfund“) Schenkungen auf die Spur zu kommen. Darauf gerichtete Anträge sind aber funktional

hingegen schon (vgl § 951 ABGB aF; *Welser in Rummel/Lukas*⁴ § 785 Rz 32). Das neue Erbrecht hob diese Differenzierungen auf und erweiterte dadurch den Kreis der hinzurechnungsberechtigten Personen (siehe dazu *Rucker*, Die Anrechnung im neuen Erbrecht, NZ 2016, 81 [87]; *Kletečka*, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* [Hrsg], Das neue Erbrecht [2015] 89 f).

¹¹ Noch zum alten Recht: OGH 30. 1. 2018, 2 Ob 213/17 p.

¹² OGH 29. 9. 2011, 2 Ob 186/10g EF-Z 2012, 81 [Fischer-Czermak] = NZ 2012, 169; 30. 1. 2018, 2 Ob 213/17 p NZ 2018, 204; RIS-Justiz RS0127349.

¹³ Siehe dazu die Darstellungen von *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 234 f; und *Samek*, Das österreichische Pflichtteilsrecht samt Anrechnungsrecht (2004) 125 ff.

¹⁴ Auch dann, wenn der Beschenkte selbst pflichtteilsberechtigt war (OGH 29. 9. 2011, 2 Ob 186/10g EF-Z 2012, 81 [Fischer-Czermak] = NZ 2012, 169). Dieses Ergebnis wurde mit dem fehlenden privatrechtlichen Verhältnis zum Geschenknahmer begründet (OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a NZ 2018, 184 [Hofmann]; 28. 10. 2013, 8 Ob 55/13s JBI 2014, 180 = NZ 2014, 344; 29. 10. 1975, 1 Ob 222/75 SZ 48/114); *Welser in Rummel/Lukas*⁴ § 785 Rz 24; *Umlauf*, Die Hinzurechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015² (2018) 330.

¹⁵ So *Raber*, Die Verjährung des Anspruchs auf den Schenkungspflichtteil; entwickelt aus ihren Grundlagen, JBI 1988, 217 (220); und zuletzt *Cohen*, Die Drittbegünstigung auf den Todesfall, in *Kodek/Neumayr* (Hrsg), Zak Spezial – Das neue Erbrecht (2017) 43.

¹⁶ OGH 28. 10. 2013, 8 Ob 55/13s JBI 2014, 180 = NZ 2014, 344; *Till*, Zum neuen Auskunftsanspruch im Erbrecht, iFamZ 2017, 274 f.

der Inventarisierung zugeordnet. Sie dienen der Erforschung des Vermögens zum Todestag.¹⁷ Wegen erhoffter **Aufschlüsse über Schenkungen** des Erblassers sind sie **nicht statthaft**.

Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 griff die Anregungen aus Wissenschaft und Praxis¹⁸ auf und schuf zur Behebung dieser Unzulänglichkeiten § 786 ABGB.¹⁹

C. Aktive und passive Anspruchslegitimation

1. Aktivlegitimation

a) Allgemeine Voraussetzungen

Bei § 786 ABGB handelt es sich um einen **Hilfsanspruch** zur Ausforschung der **hinzurechnungsrelevanten Schenkungen**. Der Auskunftsanspruch soll dem potentiell Hinzurechnungsberechtigten all jene **Informationen in die Hand** geben, die er für die Aufbereitung der **Durchsetzung** eines **ziffernmäßig** bestimmten Anspruchs **benötigt** (insbesondere für die Identifikation von Zeitpunkt und Gegenstand einer Schenkung, der daran beteiligten Personen sowie für die Qualifikation der Schenkung als hinzurechnungspflichtig). Er kann daher frühestens nach dem Eintritt des Erbfalls geltend gemacht werden.²⁰ Das prozessuale Instrument bleibt die **Manifestationsklage** nach Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO, die einen gesetzlich verankerten materiellrechtlichen Auskunftsanspruch voraussetzt.²¹ Bis zum ErbRÄG 2015 wurde dieser aus den §§ 784, 804 ABGB aF abgeleitet. Für Auskünfte gegen Geschenknehmer schafft die neue Bestimmung eine ausdrückliche Grundlage. Sie umschreibt den **Kreis** der zum Anspruch **legitimierten Personen** durch das Anknüpfen an die Berechtigung, die „Hinzurechnung bestimmter Schenkungen“ zu verlangen. Der Auskunftsanspruch leitet sich sohin vom Bestehen des Hinzurechnungsrechts ab. Ist ein mögliches Recht auf Hinzurechnung von vornherein zu verneinen, entfällt der Auskunftsanspruch.²² Insofern

ließe sich von einer **Akzessorietät des Auskunftsanspruchs zum Hinzurechnungsrecht** sprechen. Ein Hinzurechnungstatbestand muss aber nicht tatsächlich erfüllt sein, um den Auskunftsanspruch auszulösen.²³ Schon gar nicht muss der Auskunfts berechtigte eine Schenkung beweisen, um etwas über sie zu erfahren.²⁴ In der Regel hat der Anspruchswerber vom Hinzurechnungsfall keine näheren Kenntnisse. Oft wird erst die begehrte **Auskunft Klarheit** darüber bringen, **ob** ein bestimmter **Sachverhalt**, der einen **Hinzurechnungstatbestand erfüllen** würde (zB das erforderliche Verwandtschaftsverhältnis),²⁵ vorliegt oder nicht.²⁶ Es ist der Fall denkbar, dass sich erst infolge der Auskunft ergibt, dass gar kein Recht auf eine Hinzurechnung besteht. Der Auskunftsanspruch muss daher schon insofern zuerkannt werden, als er nur dazu dient, die strittigen Voraussetzungen eines möglichen Hinzurechnungstatbestands zu klären.²⁷

b) Besondere Voraussetzung eines „rechtlichen Interesses“?

In der Literatur wird intensiv darüber diskutiert, ob der Anspruch von der Behauptung oder Bescheinigung eines begründeten Interesses abhängt und welche Anforderungen daran zu stellen wären.

i) Stand der Lehre

*Rucker*²⁸ stellt zutreffend fest, dass die neue Bestimmung ein **rechtliches Interesse nicht verlange**, jedenfalls nicht ausdrücklich.

*Barth/Pesendorfer*²⁹ fordern ohne nähere Begründung, dass ein **rechtliches Interesse bescheinigt** werden müsse.

*Rabl*³⁰ gesteht einerseits zu, dass das Erfordernis eines rechtlichen Interesses nicht normiert sei und beim

¹⁷ RIS-Justiz RS0121988. Um die Öffnung von Konten zu erreichen, müssen konkrete und plausible Anhaltspunkte für weiteres Nachlassvermögen (dh zum Todestag noch vorhandenes Vermögen) vorgebracht werden oder indiziert sein (stRsp OGH 24. 6. 2019, 2 Ob 102/19t).

¹⁸ *Welser*, Die Reform des österreichischen Erbrechts, Gutachten, 17. ÖJT, II/1 (2009) 32; zustimmend *Umlauf*, Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht (Teil 1), in Die Reform des österreichischen Erbrechts – Referate und Diskussionsbeiträge, 17. ÖJT, II/2 (2010) 153.

¹⁹ „§ 786. Wer berechtigt ist, die Hinzurechnung bestimmter Schenkungen zu verlangen, hat in Bezug auf diese einen Auskunftsanspruch gegen die Verlassenschaft, die Erben und den Geschenknehmer.“

²⁰ *Zankl*, Durchsetzung der Anrechnung und Auskunftsanspruch, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht 117; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 786 Rz 3.

²¹ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 786 ABGB Rz 3.

²² Noch zum alten Recht: OGH 30. 1. 2018, 2 Ob 213/17p; 30. 10. 2018, 2 Ob 85/18s – keine Auskunft über hinzurechnungsfreie Schenkungen.

²³ *Eccher*, Die österreichische Erbrechtsreform (2017) Rz 185; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 786 Rz 2; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 333f; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 786 Rz 1.

²⁴ *Musger*, KBB⁵ § 786 Rz 2; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 786 Rz 1; aA *Rabl*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 342.

²⁵ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 334.

²⁶ Auch ob ein Befreiungstatbestand (§ 785 ABGB) gegeben ist, kann ungewiss sein.

²⁷ *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 786 Rz 2; *Arnold*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, GesRZ 2015, 354; ähnlich OGH 15. 12. 2004, 6 Ob 180/04w GeS 2005, 154 (*Arnold*) – zum Recht auf Einsicht in die Stiftungsurkunde zur Feststellung der den Auskunftsanspruch nach § 30 PSG begründenden Begünstigtenstellung; aA *Zankl* in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht 117; und *Krausler*, Die Schenkungsanrechnung (2019) 223.

²⁸ NZ 2016, 89.

²⁹ In Erbrechtsreform 2015 (2015) 127.

³⁰ NZ 2015, 342. Im Ergebnis stützt *Rabl* diese Position darauf, dass § 786 ABGB nicht an die unzureichende Deckung des Pflichtteils im Nachlass anknüpfe. Der Geschenknehmer laufe so Gefahr, in einen Pflichtteilsstreit gezogen zu werden, an dem er nicht beteiligt sei. *Rabl* übergeht, dass sich die Schenk-

Pflichtteilsberechtigten stets als gegeben angenommen werden müsse. Andererseits fordert er, dass der die Auskunft Begehrende beweisen müsse, dass der Anspruchsgegner tatsächlich eine anrechenbare Schenkung iSd § 781 ABGB erhalten habe; im Wesentlichen mit der Begründung, dass § 786 ABGB nicht zu einem „Schnüffelparagrafen“ ausarten dürfe.

Auch Schauer³¹ hegt die Befürchtung, dass der Auskunftsanspruch ohne Eingrenzung ausufernd sein könnte und die Gefahr schaffe, dass Personen, die mit dem Erbfall nichts zu tun hätten, in den Streit verstrickt würden. Der Hinzurechnungsberechtigte müsse, so Schauer, **objektive Umstände zur Schenkung** des Verstorbenen an den Anspruchsgegner zumindest **glaubhaft** machen.

Zankl³² räumt ein, dass die verba legalia des § 786 ABGB dem Berechtigten keine **Beweislast** dahingehend auferlegen, dass er die Informationen für die Geltendmachung seines Rechts benötigen würde. Er will aus einer **Analogie zu anderen Auskunftsansprüchen** die Notwendigkeit der **Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses** an der Auskunft ableiten und verweist beispielhaft auf **§ 18 Abs 4 ECG**.³³

Till³⁴ weist zutreffend darauf hin, dass weder das Gesetz noch die Materialien die Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses fordern, folgt jedoch dem Analogie-Argument von Zankl mit Hinweis auf andere Auskunftsansprüche.

Nach Musger,³⁵ dem Welser³⁶ und Nemeth/Niedermay³⁷ folgen, seien zur erfolgreichen Geltendmachung **Umstände zu behaupten** und zu **bescheinigen**, die auf pflichtteilsrelevante **Zuwendungen schließen lassen**. Werde der Anspruch gegen die Verlassenschaft geltend gemacht, müsse eine auffällige Vermögensminderung als Indiz genügen; beim Vorgehen gegen einen mutmaßlichen Geschenknehmer seien darüber hinaus Anhaltspunkte ins Treffen zu führen, dass gerade dieser Schenkungen erhalten habe. Bittner/Hawe³⁸ dürften dieser Sicht anhängen.

Umlauf³⁹ verlangt ebenfalls das Vorliegen eines rechtlichen Interesses im Sinne von **Glaubhaftmachung**, dass die **Information** zur Anspruchsverfolgung **benötigt**

kung auf die Höhe auswirkt und mittelbar auf die Nachlassdeckung. So betrachtet, kann kein (möglicher) Geschenknehmer bei einer Pflichtteilsauseinandersetzung außen vor bleiben. Im Grunde wird damit das Problem angesprochen, ob der Anspruch auf Auskunft gegenüber Geschenknehmern subsidiär ist (siehe Abschnitt C.2.e).

³¹ Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 222.

³² In Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht 117.

³³ E-Commerce-Gesetz BGBl I 2001/152.

³⁴ iFamZ 2017, 275.

³⁵ In KBB⁵ § 786 Rz 2.

³⁶ In Erbrechts-Kommentar § 786 ABGB Rz 4.

³⁷ In Schwimann/Kodek⁵ § 786 Rz 4.

³⁸ In Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,05} § 786 Rz 1.

³⁹ Hinzu- und Anrechnung² 332.

wird. Unter Berufung auf Musger konkretisiert er das dahingehend, dass Umstände zu **bescheinigen** seien, die das Vorliegen einer **Schenkungs** als zumindest **nicht unwahrscheinlich** erscheinen lassen. Umlauf erkennt, dass eine **Überspannung** dieser Anforderung den **Anspruch zu entwerten** droht. Insbesondere **Schenkungen in der Familie** seien **üblich** und als **wahrscheinlich** anzunehmen. An die Vermutungsgründe, die für sie sprechen, seien **geringere Anforderungen** zu stellen.

ii) Kritik und eigener Standpunkt

Das Erfordernis eines besonderen Informationsbedarfs ist der Formulierung des § 786 ABGB nicht zu entnehmen.⁴⁰ Das Mittel der Auskunftsklage (Art XLII EGZPO) verlangt ein Klagsinteresse (rechtliches Interesse), um den Kreis der zur Klageführung legitimierten Personen abzustecken. Im Rahmen des Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO wird das Privatrechtsinteresse und die Abgrenzung der Anspruchsberechtigten durch den verwiesenen materiell-rechtlichen Anspruch vorgegeben.⁴¹ § 786 ABGB umschreibt die Personen, die Aufklärung über Geschenke verlangen können. **Weder Wortinterpretation** noch **systematische Erwägungen** sprechen dafür, ein besonderes weiterreichendes **rechtliches Interesse** als (ungeschriebene) Anspruchsvoraussetzung anzunehmen.

Die hL ist sich zumindest darin einig, dass die **Schenkungs nicht bewiesen** werden muss, um über sie Auskunft zu erhalten.⁴² Würde man Rabl, der das zu vertreten scheint, beim Wort nehmen, wäre der Auskunftsanspruch eine Farce.⁴³

Teleologische Erwägungen stützen die Annahme der Anspruchsvoraussetzung eines besonderen **rechtlichen Interesses** nicht. Jene, die sich dafür aussprechen, eint die Sorge, dass ein uneingeschränkter Auskunftsanspruch zu weitgehend wäre. Diese Befürchtung ist nicht nachvollziehbar. Der überwiegende Teil hinzurechnungspflichtiger Transaktionen betrifft Pflichtteilsberechtigte und spielt sich unter nahen Angehörigen ab, worauf schon Umlauf hinweist. Unbedingte Auskunftspflichten, die nicht über den **engsten Familienkreis** hinausgehen, können **nicht unbillig** sein. **Nicht pflichtteilsberechtigter Empfänger** von Schenkungen müssen für die Dauer von **zwei Jahren** damit rechnen, dass ihre Schenkung im **Erbfall thematisiert** und gegebenenfalls zurückgefordert wird (§ 792 ABGB). **Warum** sollte man ihnen ein **schutzwürdiges Interesse** daran zubilligen, sie von Auskunftsverlangen für diesen Zeitraum, mögen

⁴⁰ Rucker, NZ 2016, 89; Till, iFamZ 2017, 275.

⁴¹ Konecny in Fasching/Konecny II/1³ EGZPO Art XLII Rz 108.

⁴² Musger, KBB⁵ § 786 Rz 2; Till, iFamZ 2017, 275.

⁴³ Aus prozessualer Sicht würde ein umfassender Informationsstand das rechtliche Interesse an der Manifestationsklage zum Wegfall bringen. Der Kläger könnte gleich ein Leistungsbegehren erheben (Konecny in Fasching/Konecny II/1³ EGZPO Art XLII Rz 108).

diese auch weniger substantiiert ausgeführt sein, **abzuschirmen**?⁴⁴ Dass der Hinzurechnungsberechtigte völlig unbeteiligte Personen mit Auskunftsbegehren behelligt, steht kaum zu erwarten. Ohne einen zumindest vagen Verdacht wird kein potentiell Hinzurechnungsberechtigter einen Aufklärungsbedarf für sich sehen und in Rechtsberatungskosten investieren. Andererseits ist eine Person, die vom Verstorbenen keine Schenkungen erhalten hat und auch sonst keine Verbindungen zum Erbfall aufweist, mit einem „ins Leere“ gehenden Auskunftsanspruch nicht ungebührlich belastet. Hat es keine Schenkungen gegeben, kann sich der Anspruchsgegner mit einer **einfachen Negativauskunft** entpflichten. Bei **sofortiger Anerkennung** zieht eine Klage **keine Kostenfolgen** nach sich (§ 45 ZPO). Wird § 786 ABGB missbraucht, ist das **Schikaneverbot** (§ 1295 Abs 2 ABGB) zur Hand.

Die von **Zankl** vorgeschlagene **Gesetzesanalogie zu § 18 Abs 4 ECG** überzeugt nicht. Der Tatbestand dieser Bestimmung unterscheidet sich von § 786 ABGB fundamental. § 18 Abs 4 ECG regelt die **Übermittlung von Daten eines Dritten** (Name und Adresse eines Nutzers) durch Host-Provider (Diensteanbieter iS des ECG). Um Auskunft zu bekommen, muss der Anspruchswerber glaubhaft machen, dass er ein **überwiegendes Interesse** an der **Aufklärung** eines **rechtswidrigen Sachverhalts** und an einer darauf gegründeten **Rechtsverfolgung** hat, wofür die Information essentiell ist. Dass das ECG für Auskünfte über Nutzerdaten die schlüssige Darlegung der rechtlichen Gründe verlangt, leuchtet ein. **Personenbezogene Nutzerdaten** genießen **besonderen Geheimhaltungsschutz** (§ 1 Abs 1 und 2 Datenschutzgesetz). Das **Interesse** an der anvisierten Rechtsverfolgung muss **überwiegen**. Selbst wenn diese Voraussetzung gegeben ist, kann die Geheimhaltung aus anderen Gründen dennoch geboten sein (zB wegen des Redaktionsgeheimnisses).⁴⁵ Schließlich kann die Auskunft daran scheitern, dass sich die Information nicht beschaffen lässt⁴⁶ oder zur Rechtsdurchsetzung ungeeignet wäre.⁴⁷ Auskünfte in **ECG-Fällen** können auf die Verfolgung ganz **unterschiedlicher Rechtsverstöße** abzielen, an die sich verschiedene Rechtsschutzwege knüpfen (zB Verstoß gegen das UrhG, MedienG, UWG, zivilrechtliche Kreditschädigung, Betrug oder strafrechtliche Tatbestände wie üble Nachrede, Beleidigung etc). Ob an der Auskunft ein überwiegendes Inte-

resse besteht, ob sie rechtlich oder faktisch erteilt werden kann und ob sie für die intendierte Rechtsverfolgung letztendlich brauchbar ist, variiert von Fall zu Fall. Die Zulässigkeitsprüfung muss im Vorhinein stattfinden und dazu braucht es die Offenlegung des konkreten Informationsinteresses an den Provider. Schließlich sollen Nutzerdaten nicht zur Befriedigung bloßer Neugierde oder aus anderen verpönten Motiven angefordert werden können.

§ 786 ABGB ist anders gelagert. Im Unterschied zu § 18 Abs 4 ECG geht es bei § 786 ABGB **nicht** um **Daten Dritter**, sondern um Informationen, die den Auskunftspflichtigen selbst angehen und Ansprüche gegen ihn zu begründen vermögen. **Inhalt** und **rechtliche Funktion** des **Auskunftsverlangens** stehen aufgrund seiner Einbettung in die §§ 781–792 ABGB **fest**. Die Anerkennung des durchschlagenden Informationsinteresses ist ex lege **vorgegeben**. Von vornherein ist klar, dass die Verwertung der Auskunft im Rahmen einer zulässigen Rechtsverfolgung ansteht. **Schutzwürdige widerstreitende Interessen**, die den Anspruch ausschließen oder einschränken könnten, sind **nicht normiert**. Für eine **Interessenabwägung** oder die Bescheinigung eines besonderen rechtlichen Interesses besteht **kein Grund**. Dass ein Hinzurechnungsberechtigter ohne die Auskunft seine Ansprüche entweder überhaupt nicht oder nur schwer beziffern könnte, ist evident. Beim Kreis der Auskunftspflichtigen (Verlassenschaft, Erbe oder Geschenknehmer) ist auch davon auszugehen, dass die Belangten über die Information entweder verfügen oder sie sich unschwer beschaffen können. Die **Wertungen des § 18 Abs 4 ECG** lassen sich sohin **nicht auf § 786 ABGB übertragen**.⁴⁸

Es erscheint daher nicht gerechtfertigt, vom Anspruchswerber zu verlangen, eine Art „Anfangsverdacht“ vorzutragen, der auf einen Hinzurechnungsfall schließen lässt.⁴⁹ In der Prozessrealität würde das bedeuten, dass Zuwendungen und deren Hinzurechenbarkeit mit mehr oder weniger konkreten Behauptungen anvisiert werden müssten und der mit Unwissen belastete Kläger stets zu befürchten hätte, er habe seiner Behauptungs- und Bescheinigungspflicht nicht ausreichend entspro-

⁴⁴ So schon die zutreffende Kritik von *Raber* (JBl 1988, 220) zur alten Rechtslage.

⁴⁵ Im Zusammenhang mit der journalistischen Tätigkeit eines Medienmitarbeiters (RIS-Justiz RS0129334).

⁴⁶ OGH 14. 7. 2009, 4 Ob 41/09 x SZ 2009/92 – rechtliche Unmöglichkeit, weil die Auskunft eine unzulässige Verarbeitung von Verkehrsdaten erfordern würde.

⁴⁷ OGH 22. 6. 2012, 6 Ob 119/11 k – fehlende Möglichkeit, mit Hilfe der begehrten Information (IP-Adresse) die benötigten Daten (Name und Adresse des Posters) auf legalem Weg auszuforschen.

⁴⁸ Was der Rechtsanalogie, die *Zankl* in Betrachtung zieht, entgegensteht (*Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ [2018] Rz 112). Gleiches gilt für die von *Till* (iFamZ 2017, 275) verwiesene Auskunftsregelung des § 14 a UWG. Bei § 14 a UWG geht es – ganz ähnlich wie in § 18 Abs 4 ECG – um die Preisgabe von Nutzerdaten durch Telekom- und Postdienstleister zur Verfolgung unlauterer Geschäftspraktiken. Die von *Till* ebenfalls referierten Informationsansprüche nach § 1345 ABGB (des Bürgen gegenüber dem Gläubiger) und § 30 PSG (des Begünstigten gegenüber der Privatstiftung) finden ihre Schranke im Schikaneverbot und im Rechtsmissbrauch, die der Auskunftspartner einwenden muss (RIS-Justiz RS0066038; *Arnold*³ PSG § 30 Rz 7). Ein vergleichender Blick auf diese Bestimmungen stützt eher die hier vertretene, gegenteilige Auffassung.

⁴⁹ *AA Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 332; und *Musger* in *KBB*⁵ § 786 Rz 2.

chen. Dass ein Auskunftspflichtiger von der Verantwortung für die Offenlegung von Schenkungen im Rahmen des § 786 ABGB schlechthin enthoben wird, nur weil der Hinzurechnungsberechtigte davon nichts weiß oder keine Hinweise darauf hat, wäre nicht fair. Der Hinzurechnungsberechtigte bliebe für die Anspruchsverfolgung darauf angewiesen, dass er von einer Schenkung zufällig weiß oder erfährt. Bankauskünfte im Verlassenschaftsverfahren können wohl Verdachtsmomente für eine Schenkung liefern.⁵⁰ Der Pflichtteilsberechtigte kann die Kontoöffnung aber nicht aus diesem Grund erwirken. Die Praxis lehrt, dass Erblasser und Geschenknehmer nicht selten zusammenwirken, dem Schenkungspflichtteil (auch durch Verheimlichen) auszuweichen. Eine rigide Handhabung des Auskunftsanspruchs würde solchen Bemühungen zupasskommen.

Zusammenfassend ist zu resümieren, dass **weder Wortinterpretation noch systematische oder teleologische Überlegungen** dafürsprechen, für den Auskunftsanspruch die **Glaubhaftmachung oder Bescheinigung** eines besonderen **rechtlichen Interesses** oder von **Anhaltspunkten** für eine Schenkung zu verlangen.

c) Kreis der aktiv anspruchsberechtigten Personen

Der Kreis der Informationsberechtigten entspricht grundsätzlich dem der potentiell Hinzurechnungsberechtigten im jeweiligen Erbfall (§ 782 oder § 783 ABGB). Folgende Personen kommen in Betracht:

i) Pflichtteilsberechtigte

Ein essentielles Informationsbedürfnis haben **konkret Pflichtteilsberechtigte**. Das sind jene Personen, die im Erbfall **tatsächlich** einen **Anspruch** auf den Pflichtteil haben.⁵¹ Sie können aus der Hinzurechnung von Schenkungen sowohl an Pflichtteilsberechtigte (§ 783 Abs 1 ABGB) als auch – unter den Voraussetzungen des § 782 Abs 1 ABGB (zweijährige Frist) – an nicht Pflichtteilsberechtigte einen Pflichtteilsanspruch oder dessen Erhöhung ableiten.

Ist das Hinzurechnungsrecht aus rechtlicher Sicht strittig, wird auch der Auskunftsanspruch davon abhängen. Zum Beispiel wird ein Ehegatte bzw eingetragener Partner über Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte, die vor dem Eingehen der Ehe bzw eingetragenen Partnerschaft gemacht wurden, dann keine Auskunft erhalten können, wenn man für die analoge oder sinngemäße

Anwendung des § 782 Abs 2 ABGB auf den Hinzurechnungsfall des § 783 Abs 1 ABGB plädiert.⁵²

Pflichtteilsberechtigten, die wegen eines **Verzichtes** oder **Ausschlagung der Erbschaft** keinen konkreten Pflichtteilsanspruch haben, stehen dieselben Informationsrechte zu, weil sie hinzurechnungsberechtigt bleiben (vgl § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB). Sie werden die Informationen benötigen, wenn sie Geschenknehmer sind und bei unzureichender Verlassenschaft einen Herausgabeanspruch (§ 789 Abs 1, § 791 Abs 1 ABGB) abwehren müssen.⁵³ Die Hinzurechnung beim Gläubiger mindert den haftungskausalen Anspruch (§ 789 Abs 1 ABGB).⁵⁴ **Nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmern** steht mE mangels eines Hinzurechnungsrechts **kein Auskunftsanspruch** zu.⁵⁵ Mit einem Haftungsanspruch iSd § 789 ABGB konfrontiert, können sie durchaus in eine schlechtere Beweissituation als pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer geraten. Eine planwidrige Lücke, die durch analoge Anwendung der den Auskunftsanspruch vermittelnden Regelungen auf nicht pflichtteilsberechtigte Geschenknehmer zu schließen wäre, ist nicht zu erkennen. Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte werden aufgrund des typisierenden Verkürzungsverdachts in die Hinzurechnung einbezogen. Geschenknehmer aus diesem Kreis sind gefordert, sich bei der Vorbereitung und Abwicklung der Schenkung durch ausreichende Informationen von Seiten des Erblassers gegen drohende Haftungen gegenüber Noterben zu wappnen. Unerwünschten Vorteilen, die ein selbst beschenkter Pflichtteilsberechtigter daraus zieht, dass dem nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer das Relevieren einer Zuwendung an den Hinzurechnungsgegner verwehrt bleibt, muss der Erblasser durch geeignete Planungsschritte verbauen. Ein **schutzwürdiges Interesse** an der **Erkundung familien-**

⁵² Bejahend *Musger* in KBB⁵ §§ 782–783 Rz 12; *Apathy*, Zur Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016, 808; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 783 ABGB Rz 20; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 783 Rz 3; ablehnend *Rabl*, FS Bittner 478 ff (492 f); *ders*, NZ 2015, 340; *Rucker*, NZ 2016, 87; *Schauer*, Das neue Erbrecht, ÖJZ 2017, 58 f; *Umlauf*, Hinzurechnung und Anrechnung² 101. Meines Erachtens ist die analoge Anwendung abzulehnen. Der Gesetzgeber beabsichtigte, Schenkungen schlechthin wie Vorempfänge und Vorschüsse nach altem Recht zu behandeln, für die das Hinzurechnungsbegehren auch uneingeschränkt zustand; zumal nach der Ratio des § 783 ABGB der Ausgleichsgedanke und nicht (so wie in § 782 ABGB bzw § 785 Abs 2 ABGB aF) der Gedanke des Verkürzungsverdachts im Vordergrund steht.

⁵³ Der Beschenkte, der schon zum Zeitpunkt der Schenkung zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten (§ 757 ABGB) gehörte, bleibt dem Haftungsrisiko unbefristet ausgesetzt (§ 792 ABGB). Einer von mehreren Geschenknehmern muss über die Zuwendungen an andere Bescheid wissen, um eine anteilige Haftung substantiiert einwenden zu können (§ 789 Abs 2 ABGB).

⁵⁴ Ist der Geschenknehmer konkret pflichtteilsberechtigt, erhöht die Hinzurechnung seinen eigenen Pflichtteil und insoweit seine Haftungsbefreiung nach § 791 ABGB.

⁵⁵ AA *Rabl* in FS Bittner 477 f; und *Umlauf*, Hinzurechnung und Anrechnung² 331 unter Berufung auf *Musger* in KBB⁵ § 786 Rz 1.

⁵⁰ *Till*, iFamZ 2017, 275 FN 27.

⁵¹ *Welser*, Erbrecht (2019) 170. Pflichtteilsberechtigt sind Nachkommen sowie der Ehegatte oder eingetragene Partner (§ 757 ABGB). Erbunwürdigkeit, Enterbung oder ein Verzicht schließen den Anspruch aus (§ 758 Abs 1 ABGB). Ein Nachkomme, der die Voraussetzungen des § 758 Abs 1 ABGB erfüllt, tritt grundsätzlich an die Stelle des Weggefallenen. Verzicht oder Ausschlagung schließen Repräsentation im Zweifel aus (§ 758 Abs 2 ABGB).

interner Transaktionen ist dem nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer **nicht zuzubilligen**.

ii) Erben und Verlassenschaft

Erben können **nur für Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte** die Hinzurechnung begehren (§ 783 Abs 1 ABGB). Nur solche Schenkungen enden in einer Anrechnung und mindern den Pflichtteilsanspruch, der primär die Verlassenschaft belastet (§ 789 Abs 1 ABGB). Der Erbe muss über die Schenkung Bescheid wissen, damit er den Einwand erheben kann. Das Gesetz spricht nur vom Erben, was nach der Ratio nicht einschränkend zu verstehen ist. **Bis zur Einantwortung** steht der Hinzurechnungsanspruch und der daran geknüpfte Auskunftsanspruch der **Verlassenschaft** zu.⁵⁶

In Bezug auf **Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte** steht der Verlassenschaft bzw dem Erben (sofern dieser nicht pflichtteilsberechtigt ist) kein Hinzurechnungsrecht und daher auch **kein Informationsanspruch** zu.⁵⁷ Sind die **Voraussetzungen des Hinzurechnungsfalls strittig**, wird zumindest verlässliche **Aufklärung darüber** begehrt werden können.

Die Bestimmung über den Auskunftsanspruch ist zwar in das 14. Hauptstück des ABGB (über den Pflichtteil und die Anrechnung auf denselben) eingebettet. Dennoch müsste der Anspruch auch zur **Durchsetzung der Anrechnung bei gesetzlicher Erbfolge unter Kindern** (§ 753 ABGB) zur Verfügung stehen. Dafür sprechen mE Wortinterpretation und systematische Überlegungen. § 786 ABGB spricht nur von der Hinzurechnung und deutet keine Einschränkung auf das Pflichtteilsregime an. Die Methode der Hinzu- und Anrechnung beim gesetzlichen Erbteil (§ 755 ABGB) läuft gleich wie die Hinzurechnung im Pflichtteilsrecht (§ 787 ABGB). Schließlich übernimmt § 753 ABGB durch ausdrücklichen Verweis den Schenkungsbegriff des § 781 ABGB.⁵⁸

iii) Legatäre

Soweit ein **Pflichtteil nicht** durch Zuwendungen unter Lebenden oder von Todes wegen vollständig **gedeckt** ist, haben **Vermächtnisnehmer** zum Fehlbetrag verhältnismäßig **beizutragen** (§ 764 Abs 2 ABGB). Im Rahmen des § 783 Abs 1 ABGB kann der Legatar die Hinzurech-

nung von Schenkungen verlangen (§ 783 Abs 2 ABGB).⁵⁹ Die Kürzung seiner Begünstigung fällt umso geringer aus, je mehr sich der Pflichtteilsberechtigte anrechnen lassen muss. Das ist im Legatsprozess mit dem Erben vorzubringen und begründet das Informationsinteresse.⁶⁰ Insofern ist dem **Legatar das Recht zuzubilligen, Auskunft über Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte** zu begehren.⁶¹ Auch sofern es zu klären gilt, ob überhaupt eine anrechnungsrelevante Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten vorliegt, kann er Auskunft verlangen.

2. Passivlegitimation

Als Anspruchsgegner kommen folgende Personen in Betracht:

a) Verlassenschaft und Erben

Die Auskunftspflicht der **Verlassenschaft** zu Schenkungen hat die Rsp schon zum alten Recht im Rahmen des Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO aus den erbrechtlichen Teilhabeansprüchen des Pflichtteilsberechtigten abgeleitet. Mit **§ 786 ABGB** wurde für die **Stufenklage** und den von ihr vorausgesetzten Rechnungslegungsanspruch eine **ausdrückliche Rechtsgrundlage** geschaffen. Das Gesetz verhält neben der Verlassenschaft auch den **Erben** zur Auskunft. Wäre damit nur der eingantwortete Erbe gemeint, würde der Nennung des Erben keine eigenständige Bedeutung zukommen. Daher wird – im Unterschied zum alten Recht – entgegen der hL der Erbe schon **vor der Einantwortung** persönlich geklagt werden können.⁶² Das kann sich dann als sinnvoll erweisen, wenn weiterführende Auskünfte von der Verlassenschaft bzw ihrem Vertreter nicht zu erhoffen sind, oder wenn die Verjährungslage schon kritisch ist und eine rasche Klage gegen den Erben indiziert. Entgegen der Meinung von *Zankl* und *Eccher* wird dieses Risiko durch die Einführung der kenntnisabhängigen Verjährung des § 1487 a ABGB nicht völlig entschärft. In Anlehnung an die Rsp zu § 1489 ABGB (Verjährung von Schadenersatzansprüchen) wird wegen ähnlicher Interessenlage zu § 1487 a ABGB die Ansicht vertreten, dass schon bei Vorliegen von Indizien eine Erkundungsobliegen-

⁵⁶ *Rabl* in FS Bittner 476; *Musger* in KBB⁵ §§ 782–783 Rz 14; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 331 f.

⁵⁷ Die Hinzurechnung der Schenkung an einen nicht Pflichtteilsberechtigten würde den Erben mangels Anrechnung nicht entlasten (*Welser*, Erbrechts-Kommentar § 782 ABGB Rz 33).

⁵⁸ AA *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 331 in FN 951. *Umlauf* will Auskunftsansprüche der gesetzlichen Erben auf Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO iVm §§ 830, 837 ABGB stützen. Er betrachtet die Miterben offenbar als Teilhaber der hinzuzurechnenden Schenkungen. Dies ist insofern nicht ganz stimmig, als die Hinzu- und Anrechnung nach § 753 ABGB nur zwischen Kindern stattfindet und ein Ehegatte als gesetzlicher Miterbe davon ausgeschlossen bleibt.

⁵⁹ Zur Erkundung von Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte (§ 782 ABGB) ist der Legatar nicht legitimiert. Die Beitragspflicht wird zwar auch in diesem Hinzurechnungsfall schlagend. Mangels Anrechenbarkeit beim Beschenkten (keine Pflichtteilsberechtigung) könnte der Legatar aus der Hinzurechnung keinen Vorteil ziehen und keine Erleichterung seiner Beitragspflicht erwirken.

⁶⁰ *Musger* in KBB⁵ §§ 782–783 Rz 14.

⁶¹ *Neumayr/Webhofer*, Beweislastregeln und Zweifelsregeln im Erbrecht, in FS *Eccher* (2017) 781; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 331; *Zankl* in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht 116; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 786 ABGB Rz 2; *Musger* in KBB⁵ § 786 Rz 1.

⁶² AA *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 786 Rz 3; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 186; *Zankl* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 116.

heit besteht, die die Frist auslösen kann.⁶³ Es ist daher durchaus der Fall denkbar, dass der Anspruch verjährt, wenn der Erbe nicht früher geklagt wird. Mit **Abgabe der Erbantrittserklärung** erlangt der Erbe die **Passivlegitimation**.

b) Geschenknnehmer

Die Schaffung einer zivilrechtlichen **Verpflichtung** des **Geschenknnehmers** zur Erteilung von hinzurechnungsrechtlich relevanten **Auskünften** zählt zu den **wichtigen Neuerungen des ErbRÄG 2015**. Wegen der Akzessorietät des Auskunftsanspruchs zum Hinzurechnungsrecht bestimmt sich der Kreis der **passiv legitimierten Geschenknnehmer** danach, ob die ihnen gemachte Schenkung überhaupt einer **Hinzurechnung** unterliegt. **Abstrakt pflichtteilsberechtigter** Geschenknnehmer (**§ 757 ABGB**)⁶⁴ fallen unter die **unbefristete Anrechnung**. Sie haben alle Schenkungen zu beauskunften, gleich wie lange sie zurückliegen. Für **andere Geschenknnehmer** gilt die **Zweijahresfrist**.

In den Diskussionen über das ErbRÄG 2015 sind zur Hinzurechnungspflicht diverse **Streitfragen** aufgeflammt. Uneinigkeit besteht etwa darüber, **zu welchen Zeitpunkten** der Geschenknnehmer dem Personenkreis des § 757 ABGB angehören muss, um die befristete Hinzurechnung nach § 782 ABGB von der unbefristeten nach § 783 ABGB abzugrenzen.⁶⁵ Die Frage ist nur in den Fällen wirklich relevant, in denen die Pflichtteilsberechtigung zwischen beiden Zeitpunkten durch familienrechtliche Akte (**Eheschließung/Verpartnerung, Scheidung oder Adoption**) begründet werden oder wegfallen kann. ME ist es nicht sachgerecht, diese spezifischen Konstellationen mit Sachverhalten natürlicher Nachkommen über denselben Kamm zu scheren. Die **Vor- bzw Nachteile**, die sich aus dem **Hinzutreten** oder **Wegfallen** der Pflichtteilsberechtigung beim **Geschenknnehmer** ergeben, werden Vor- bzw Nachteilen gegenüberzustellen sein, die daraus für die **sonstigen Pflichtteilsberechtigten** oder den **Nachlass** folgen. Der **Ausgleichsgedanke**, der dem § 783 ABGB innewohnt, gebietet es, bei **familienrechtlich bedingten**

Veränderungen der Personengruppe des § 757 ABGB auf den **Zeitpunkt des Todes zu fokussieren**. Die nachträgliche Aufnahme eines Geschenknehmers in den Kreis der Pflichtteilsberechtigten führt zur Kürzung der Pflichtteilsquote anderer Pflichtteilsberechtigter oder zur Belastung des Nachlasses mit einer ansonsten nicht bestehenden Erbgangsschuld. Wer die **Vorteile** aus der (gewillkürt) erworbenen **Stellung als Pflichtteilsberechtigter** erlangt, soll im Gegenzug mit seinem Geschenk auch am Ausgleich durch die **Hinzu- und Anrechnung teilnehmen**. Folgt man dieser Sichtweise, so mag § 792 ABGB den guten Glauben des ursprünglich nicht pflichtteilsberechtigten Geschenknehmers auf den Bestand der ihm gemachten Schenkung nach Ablauf von 2 Jahren schützen, aber kein Argument für die Ausnahme des Geschenks von der Hinzu- und Anrechnung schlechthin liefern.⁶⁶ Umgekehrt erschiene es nach den Wertungen des Gesetzes nicht fair, länger als zwei Jahre zurückliegende Schenkungen auch über den Wegfall der Pflichtteilsberechtigung des Geschenknehmers hinaus nicht aus der Hinzurechnung zu entlassen. Mit dem **Wegfall des Pflichtteilsberechtigten** ergeben sich für die **anderen Pflichtteilsberechtigten** oder den **Nachlass** schließlich die **Vorteile** einer höheren Quote oder der Befreiung von der Last eines Pflichtteils. Sie **wiegen den Nachteil auf**, der darin liegt, dass die länger als zwei Jahre zurückliegende Schenkung von der **Hinzurechnung ausgenommen wird**.⁶⁷

Kogler hat die kontroversielle These aufgestellt, dass nur ein **zum Todestag konkret pflichtteilsberechtigter** Geschenknnehmer⁶⁸ für länger als zwei Jahre zurückliegende Schenkungen der Hinzurechnung unterliege. Würde man ihm uneingeschränkt folgen, so wäre die Schenkung an einen Enkel, der durch seinen die Abkunft vermittelnden Elternteil vom Pflichtteilsrecht verdrängt wird, nicht hinzurechnungspflichtig. Diese Schlussfolgerung ist abzulehnen, weil sie sich vom Wortlaut des § 783 Abs 1 ABGB entfernt und dem Ziel

⁶³ Dehn in KBB⁵ § 1487 a Rz 2.

⁶⁴ Auf die konkrete Pflichtteilsberechtigung kommt es nicht an. Auskunftspflichtig ist daher auch ein Geschenknnehmer, der auf den Pflichtteil verzichtet (§ 551 ABGB) hat (*Musger* in KBB⁵ §§ 782–783 Rz 1), oder der beschenkte Nachkomme eines den Erblasser überlebenden Kindes (*Musger* in KBB⁵ §§ 782–783 Rz 2; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 783 ABGB Rz 12; aA *Kogler*, Befristete oder unbefristete Schenkungsanrechnung: Wer ist pflichtteilsberechtigter iS der §§ 782, 783 ABGB nF? JBl 2016, 220).

⁶⁵ Für das Erfordernis der abstrakten Pflichtteilsberechtigung zum Zeitpunkt der Schenkung: *Apathy*, ÖJZ 2016, 807; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht² (2016) 626; *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung 89 ff; *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch 218 f; jedenfalls beim Tod des Erblassers: *Rabl*, NZ 2015, 340; zu beiden Zeitpunkten: *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 123; *Musger* in KBB⁵ §§ 782–783 Rz 2; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 173; *Rucker*, NZ 2016, 88.

⁶⁶ Die Regelung hätte so in den beschriebenen Fällen nicht bloß klarstellende Bedeutung (aA *Musger* in KBB⁵ § 792 Rz 1).

⁶⁷ AA *Umlauf* (Hinzu- und Anrechnung² 90 f), der aus aufteilungsrechtlicher Sicht unterstellt, dass die Zuwendung im Scheidungsfall (wirtschaftlich) an den Geschenkgeber zurückfällt. Seine Überlegungen setzen allerdings voraus, dass die Zuwendung in die naheheliche Aufteilungsmasse gehört.

⁶⁸ *Kogler* argumentiert unter anderem damit, dass dem System des § 783 ABGB eine Hinzurechnung ohne Anrechnung fremd sei. Nach § 783 Abs 1 Satz 2 ABGB bleibt jedoch Geschenknehmern, die auf den Pflichtteil verzichtet haben, und bei denen eine Anrechnung daher nicht schlagend werden kann, das Hinzurechnungsrecht erhalten. *Kogler* versucht, diesen Widerspruch dadurch aufzulösen, dass er den Begriff „konkret pflichtteilsberechtigter“ anders definiert. Aus seiner Sicht falle darunter, wer bei der Ausmessung der Pflichtteile mitzuzählen ist. Auf das „tatsächliche Verlangen-Können eines Pflichtteils“ komme es nicht an. Theoretisch, so *Kogler*, wäre auch beim Verzichtenden eine Anrechnung möglich, die aber „rein formal“ sei und „wirkungslos“ bliebe (JBl 2016, 220 [224] [231]); siehe dazu die ausführliche Kritik von *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 91 ff.

des ErbRÄG 2015 widerspricht, Gestaltungen zur Aushebelung des Pflichtteils (zB durch die Abgabe von Pflichtteilsverzichten) zu unterbinden.

Gleich wie man zu diesen Streifragen steht, die **Passivlegitimation** für den Auskunftsanspruch wird davon abhängen, ob man die **Hinzurechnungspflichtigkeit** der in Rede stehenden Schenkung bejaht oder verneint. Gleichwohl wird ein vorgelagerter Auskunftsanspruch insoweit bestehen, als es gilt, die **relevanten familienrechtlichen Umstände und Sachverhaltsvoraussetzungen**⁶⁹ für eine zumindest denkmögliche Hinzurechnung zu **erkunden und zu klären** (siehe Abschnitt C.1.a)).

c) Repräsentanten von Geschenknehmern?

Zuwendungen an **vorverstorbene, enterbte** oder **erbunwürdige** Geschenknehmer bleiben der **Hinzurechnung erhalten**, soweit die Hinzurechnung im Rahmen des § 783 ABGB stattfindet und der **Geschenknehmer** von anderen Pflichtteilsberechtigten nach allgemeinem Erbrecht **repräsentiert** wird (§ 783 Abs 1 Satz 1 ABGB). Ist der Geschenknehmer Nachkomme des Erblassers, treten in seinen Pflichtteil vorhandene Deszendenten (nach Stämmen und innerhalb eines Stamms nach Köpfen) ein. Fehlen Deszendenten, so fällt der Anteil an einen Ehegatten/eingetragenen Partner. Ist der wegfallende Geschenknehmer Ehegatte/eingetragener Partner, teilt sich sein Pflichtteil unter Deszendenten im Verhältnis ihrer Quoten auf (§§ 733, 734, 760 Abs 2 ABGB).⁷⁰ Die **Verpflichtung** des Repräsentierten **zur Anrechnung** geht auf den **Repräsentanten** über, soweit sich dessen Pflichtteil durch die Anwachsung erhöht.⁷¹ Das muss bedeuten, dass der **Repräsentant** in die **auskunftsrechtliche Passivlegitimation** des repräsentierten Geschenknehmers **eintritt**. Die subsidiäre **Haftung** nach § 789 ABGB trifft ihn nur im Falle der **Gesamtrechtsnachfolge**.⁷²

d) Andere Personen

i) Dritte (Banken, Versicherungen)

Zuwendungen unter **Lebenden** werden häufig über eine Bank abgewickelt. Auch die Begünstigung in Form einer **Lebensversicherung** (Nennung als **bezugsberechtigter Dritter** iSd § 166 VersVG) ist ein beliebtes und verbreitetes Gestaltungsinstrument in der Nachlassplanung, das eine Hinzurechnungspflicht nach **§ 781 Abs 2 Z 6 ABGB** auslösen kann. Werden Schenkungen über **Finanzdienstleister** vorgenommen, kann es sich für den Pflichtteilsberechtigten als besonders beschwerlich erweisen, an Informationen über die

Transaktion des Verstorbenen heranzukommen. Banken und Versicherungen sind im Verlassenschaftsverfahren dem **Gerichtskommissär** zur Errichtung des Inventars zwar **auskunftspflichtig**.⁷³ Lebzeitige **Schenkungen** oder **Leistungen** aufgrund drittbegünstigender **Versicherungsverträge** betreffen aber nicht das nachlasszugehörige Vermögen und können deshalb nicht im Visier abhandlungsbehördlicher Ermittlungen stehen.⁷⁴

Dennoch soll § 786 ABGB nach hL⁷⁵ keine Grundlage für die Auskunftspflicht **Dritter** (wie zB **Banken** oder **Versicherungen**) bieten. Diese Sichtweise ist zu überdenken. Würde sie uneingeschränkt zutreffen, müsste sich der Pflichtteilsberechtigte an den Erben halten, um den Namen des Zuwendungsempfängers oder Begünstigten zu erfahren.⁷⁶ Die Durchsetzung des Anspruchs könnte dann daran scheitern, dass selbst dem Erben die Informationsbeschaffung nicht möglich oder nicht zumutbar ist,⁷⁷ oder dass es (zB wegen unzureichendem Nachlass oder Überschuldung) nicht zur Einantwortung an einen Gesamtrechtsnachfolger kommt. Das stünde im Widerspruch zur Wertung des § 786 ABGB, wonach demjenigen, dem Rechte eingeräumt sind, von der Rechtsordnung auch die Möglichkeit ihrer Durchsetzung zu stellen ist.⁷⁸

Gegen eine Auskunftspflicht ließe sich einwenden, dass der Hinzurechnungsberechtigte in keiner unmittelbaren sonderrechtlichen Beziehung zum Dritten steht. Dieses Argument greift dann zu kurz, wenn der Dritte nicht nur dem Geschenkgeber (Deckungsverhältnis), sondern auch dem Geschenknehmer (**Einlösungsverhältnis**) **vertraglich verpflichtet** ist (**drittbegünstigender Vertrag**), oder wenn etwa bei der schenkungsweisen **Begründung von Rechten** (als **Mitinhhaber eines Kontos** oder

⁷³ Das Bankgeheimnis (§ 38 BWG) ist im Verlassenschaftsverfahren durchbrochen (RIS-Justiz RS0121988). Für Informationen über die Geschäftsbeziehungen zu Versicherungen gelten im Verlassenschaftsverfahren ähnliche Grundsätze (*Schilchegger/Gruber*, Verschwiegenheitspflichten gegenüber Erben [2013] 128).

⁷⁴ RIS-Justiz RS0007845.

⁷⁵ *Musger* in KBB⁵ § 786 Rz 1; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 786 ABGB Rz 2; *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg.), Praxishandbuch 222; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*⁵ § 786 Rz 3; *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 127; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 186; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 786 Rz 1; ebenso *Till* (iFamZ 2017, 276), der jedoch die zu knappe Formulierung des Gesetzes beklagt.

⁷⁶ Siehe dazu *Riss*, die Auskunftspflicht des Kreditinstituts nach dem Tod des Kunden und ihre prozessuale Durchsetzung, ÖBA 2011, 166.

⁷⁷ OGH 13. 2. 2001, 4 Ob 307/00a. *Schilchegger/Gruber* meinen, dass ein Versicherungsunternehmen dem eingantworteten Erben auch die Daten des aus einer Lebensversicherung begünstigten Dritten zu beauskunften habe (Verschwiegenheitspflichten 128). Sie berufen sich auf die Entscheidung OGH 16. 12. 1992, 2 Ob 567/92. In diesem Fall wurde jedoch nicht die Versicherung zur Auskunft gehalten, sondern die Bank, um den Kreditsaldo nach Gutschriften aus einer vinkulierten Lebensversicherung festzustellen.

⁷⁸ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 335.

⁶⁹ Zu denken ist an alle Elemente und Faktoren, von deren Beurteilung es abhängt, ob und zu welchem Zeitpunkt man das Vermögensopfer als erbracht ansieht.

⁷⁰ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 783 ABGB Rz 8.

⁷¹ *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 783 ABGB Rz 8.

⁷² RIS-Justiz RS0015412; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 789 ABGB Rz 1.

Depots⁷⁹ ein dauerhaftes Rechtsverhältnis zum Dritten begründet wird. Ist der Dritte in Form einer **dreipersonalen Vereinbarung** vertraglich eingebunden, so rechtfertigt die funktionale Nähe zu der damit bezweckten Schenkung seine Einbeziehung in die **Auskunftspflicht**.⁸⁰ Aus ähnlichen Überlegungen werden Personen, die der Erfüllung eines Vertrags nahestehen, aber selbst nicht Vertragspartner sind, von dessen Schutzwirkung erfasst.⁸¹ Hier wie dort gilt es, Verpflichtungen auszuweiten, die sich ansonsten zum Schutz gleichgelagerter Interessen als unzulänglich erweisen würden. In einem Fall wird der Kreis der Schutzberechtigten aus dem Vertrag ausgedehnt, im anderen der Kreis der von Gesetzes wegen auskunftspflichtigen Personen erweitert.

Allfällige Interessenwahrungspflichten des Dritten (zB zur Verschwiegenheit) gegenüber dem verstorbenen Kunden (und Geschenkgeber) stehen dieser Sicht nicht im Weg.⁸² Überwiegende gegenläufige Informationsinteressen durchbrechen gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflichten, zB das Bankgeheimnis.⁸³ In der ersten Entscheidung zu § 786 ABGB vom **25. 4. 2018, 2 Ob 52/18 p** hat sich der **OGH** zum Verhältnis der neuen Norm zum Datenschutz geäußert. Zu erkennen war über das Begehren einer Pflichtteilsberechtigten auf **Einsicht** in einen **Verlassenschaftsakt**, um den Schenkungscharakter der von ihrem nachverstorbenen Vater im Nachlass abgegebenen Entschlagungserklärung zu prüfen. Das Höchstgericht billigte der Antragstellerin ein rechtliches Interesse an der Einsicht in die relevanten Aktenteile mit der Begründung zu, dass § 786 ABGB ein Informationsinteresse des Hinzurechnungsberechtigten anerkenne, das gegenläufige Interessen eines anderen am Schutz der Daten überwiegen könne. Diese Wertung lässt sich auf die vorliegende Konstellation mit der Konsequenz übertragen, dass das über den Tod fortwirkende Interesse des Kunden, den Geschäftsfall vertraulich zu halten, dem rechtlich anerkannten Interesse des Hinzurechnungsberechtigten an der Auskunft nachgeht.

Zusammenfassend erscheint es daher sachgerecht, dem in die Abwicklung der Zuwendung eingebundenen Dritten auf Basis des § 786 ABGB zumindest die Verpflichtung aufzuerlegen, dem Hinzurechnungsberechtigten die **Person des Begünstigten bekanntzugeben**.

⁷⁹ OGH 3. 5. 2018, 2 Ob 122/17 f JBl 2018, 713.

⁸⁰ So *Cohen* in *Kodek/Neumayr*, Zak Spezial – Das neue Erbrecht (2017) 44.

⁸¹ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 645.

⁸² Siehe dazu *Cohen* in *Kodek/Neumayr*, Zak Spezial – Das neue Erbrecht 44.

⁸³ OGH 4. 7. 2018, 7 Ob 20/18 v *ecolx* 2019, 507; so ausdrücklich zum Auskunftsanspruch des Drittpfandbestellers gegenüber dem Gläubiger OGH 19. 6. 2018, 1 Ob 33/18 m *ecolx* 2018, 1075.

ii) Privatstiftung

aa) Privatstiftung als (unmittelbarer) Geschenknehmer nach § 782 ABGB

Zu Lebzeiten **gestiftetes Vermögen** scheidet aus dem Vermögen des Stifters aus.⁸⁴ Die **Stiftung** wird auch **nicht** wie eine **pflichtteilsberechtigzte Person** behandelt, wenn sie zu dem Zweck errichtet wurde, das ihr gewidmete Vermögen an einen Pflichtteilsberechtigten weiterzureichen.⁸⁵ Verstreichen nach Erbringung des Vermögensopfers hinsichtlich des gestifteten Vermögens (Verzicht auf den Vorbehalt von Rechten, die eine „verlängerte“ Eigentümerposition vermitteln,⁸⁶ oder deren Aufgabe) mehr als zwei Jahre, verliert die Stiftung die Passivlegitimation als hinzurechnungspflichtiger „Geschenknehmer“. Das ErbRÄG 2015 hat daran nichts geändert. Kodifiziert wurden Konzepte der Lehre zum alten Recht⁸⁷ dahingehend, dass sowohl die **Vermögenswidmung an eine Privatstiftung**⁸⁸ (§ 781 Abs 2 Z 4 ABGB) als auch die **Einräumung einer Begünstigtenstellung** in der Stiftung (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB) als hinzurechnungsverfängene **Schenkung** gelten. **Bis zur Erbringung des Vermögensopfers und für zwei Jahre danach** ist die **Stiftung** hinsichtlich des **gestifteten Vermögens** iS des § 782 ABGB hinzurechnungs- und **auskunftspflichtig**.⁸⁹ Gleichzeitig kann Hinzurechnung und **Auskunft auch von den Begünstigten** in Bezug auf den Wert einer ihnen zugedachten **Begünstigtenstellung** begehrt werden. Es besteht ein Wahlrecht.⁹⁰ Eine doppelte Berücksichtigung bei der Berechnung des Pflichtteils ist ausgeschlossen.⁹¹ Nach Ablauf der Frist des § 782 ABGB für die Hinzurechnung bei der Stiftung steht die Hinzurechnung von Begünstigtenstellungen mit deren Wert und deren Beauskunftung durch die Be-

⁸⁴ Noch zur alten Rechtslage OGH 30. 5. 2012, 8 Ob 115/11 m EF-Z 2012, 233. Was ein Begünstigter aus Anlass des Ablebens (auf den Todesfall) aus einer vom Verstorbenen errichteten Privatstiftung erhält, wird dennoch nach § 780 Abs 1 ABGB für Zwecke der Anrechnung als nachlasszugehörig fingiert.

⁸⁵ OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a NZ 2018, 184 (*Hofmann*).

⁸⁶ Widerrufsrecht, umfassendes Änderungsrecht etc; siehe dazu *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 158 ff; *Arnold*, GesRZ 2015, 347 (350).

⁸⁷ *Schauer*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 251; *Jud*, Privatstiftung und Pflichtteilsdeckung, in FS *Welser* (2004) 369.

⁸⁸ Das Verständnis dieses Begriffs ist nicht auf Privatstiftungen iS des österreichischen PSG einzuschränken. Aus § 780 Abs 1 ABGB und der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (vgl § 781 Abs 2 Z 6 ABGB) folgt, dass darunter alle funktionsäquivalenten Vermögensmassen (zB ausländische Stiftungen, aber auch die Vermögen von Trusts oder trustähnlichen Konstruktionen) fallen (vgl *Arnold*, GesRZ 2015, 349 f).

⁸⁹ Ob die Stiftung auch die Begünstigten und die ihnen gemachten Ausschüttungen beauskunftet muss, ist strittig (ablehnend *Zollner/Pitscheider*, Pflichtteilsrechtliche Aspekte einer Begünstigtenstellung – Eine erste Einschätzung der Änderungen durch das ErbRÄG 2015, PSR 2016, 20). Solange ohnehin die Zuwendungen an die Stiftung offenzulegen sind, bleibt diese Frage ohne praktische Bedeutung.

⁹⁰ *Umlauf*, Hinzu- und Anrechnung² 171 f.

⁹¹ *Arnold*, GesRZ 2015, 352.

günstigen offen.⁹² Das **Zwischenschalten** einer **Stiftung** für den Vermögenstransfer sollte nicht dazu führen, dass das Vermögen aus der Hinzurechnung herausfällt. Ob und inwiefern eine Stiftungskonstruktion die **Durchsetzung des Auskunftsanspruchs** dennoch erschwert, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

Zollner/Pitscheider⁹³ sehen in der Option zur Errichtung einer Stiftungszusatzurkunde, die dem Firmenbuch nicht vorgelegt werden muss, die Anerkennung eines spezifischen Geheimhaltungsinteresses durch das Stiftungsrecht. Dieses könne selbst den **Informationsanspruch** des § 786 ABGB **gegenüber der Stiftung** als der **unmittelbar Beschenkten** (§ 781 Abs 2 Z 4 ABGB) **umfangmäßig** (Einsicht nur in relevante Teile der Dokumentation) und **prozedural** (Einsichtnahme ausschließlich durch neutrale Sachverständige) **einschränken**. Diese Meinung ist **abzulehnen**. Nur weil das Privatstiftungsrecht Gestaltungsmöglichkeiten bietet, die faktisch eine erhöhte Diskretion verschaffen, ist damit noch kein rechtserheblicher Vertraulichkeitsschutz verbürgt, der den gesetzlichen Auskunftsanspruch verwässern würde oder dagegen abzuwägen wäre. Solange die **Stiftung als Geschenknehmer** anzusehen ist, besteht der **Auskunftsanspruch** ihr gegenüber zur Erkundung gestifteter Zuwendungen **uneingeschränkt**.

bb) Auskunft gegenüber der Privatstiftung hinsichtlich der Begünstigten nach dem Erbringen des Vermögensopfers und Ablauf der Zweijahresfrist?

Schwieriger ist das Szenario zu lösen, in dem die Stiftung (zwei Jahre nach erbrachtem Vermögensopfer) als auskunftspflichtiger Geschenknehmer für die Hinzurechnung ausscheidet und bloß ein **Auskunftsanspruch gegenüber Begünstigten** (zur Ausforschung des Werts einer ihnen eingeräumten Begünstigtenstellung) übrigbleiben würde. **Wer die Begünstigten** sind und wie ihre Rechtsstellung ausgestaltet ist, kann der Auskunftsberechtigte nur **von der Stiftung erfahren**, wenn deren nähere Bestimmung der Errichtung einer geheimen Stiftungszusatzurkunde vorbehalten blieb (§ 10 Abs 2 PSG).⁹⁴ Selbst wenn der Auskunftsberechtigte über die Begünstigten Bescheid weiß, ist nicht gesagt, dass diese sich alle für die Bewertung ihrer Rechtsposition

notwendigen Informationen im Wege des § 30 PSG von der Stiftung beschaffen könnten, um ihrerseits einem an sie gestellten Informationsbegehren vollständig zu entsprechen.⁹⁵

In der Literatur gehen die Meinungen dazu auseinander. **Zollner/Pitscheider**⁹⁶ lehnen einen direkten Anspruch gegenüber der Stiftung ab. Sie verweisen den Auskunftswerber an die Begünstigten, die sich die angeforderten Informationen erforderlichenfalls im Wege des § 30 PSG von der Stiftung zu beschaffen hätten. Das setzt jedoch voraus, dass die Begünstigten überhaupt bekannt sind, was nicht der Fall sein muss. **Arnold**⁹⁷ bejaht für diesen Fall zumindest einen eingeschränkten Anspruch gegenüber der Stiftung auf Nennung der Personen, denen eine zur Hinzurechnung taugende Begünstigtenstellung zukommt. Inwieweit die Stiftung darüber hinaus zur Preisgabe aller für die Bewertung der Begünstigtenstellung relevanten Elemente verhalten werden kann, lässt **Arnold** offen. Einerseits stellt er in Frage, ob sich die Begünstigten diese Informationen in vollem Umfang im Rahmen des § 30 PSG beschaffen können. Andererseits spricht er von einem ungelösten Wertungswiderspruch zwischen den Geheimhaltungsinteressen der Stiftung und dem Informationsanspruch nach § 786 ABGB. Auch **Bittner/Hawe**⁹⁸ räumen gegenüber der Stiftung einen Anspruch auf Beauskunftung der Begünstigten ein. **Zöchling-Jud/Zollner**⁹⁹ dürften auf das Bestehen eines – einzelfallbezogen zu prüfenden – rechtlichen Interesses an der Auskunft abstellen. **Umlauf**¹⁰⁰ bejaht einen umfassenden Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten gegenüber der Stiftung, nicht nur was die Begünstigtenregelung betrifft, sondern auch in Bezug auf Umstände, deren Offenlegung über den Auskunftsanspruch eines Begünstigten nach § 30 PSG hinausgehen würde. **Umlauf** begründet das mit verfahrensökonomischen Überlegungen. Die Stiftung bilde einen „verlängerten Arm“ des Stifters. Solange die Durchreichung des Vermögens an den Begünstigten nicht abgeschlossen sei, müsse die Stiftung nach der Teleologie des § 786 ABGB als Geschenknehmer iS dieser Bestimmung behandelt werden. Die Bejahung eines direkten Auskunftsanspruchs gegenüber der Stiftung sei daher sachgerecht. **Umlauf** führt für seine Ansicht allerdings auch das Wahlrecht des Auskunftsberechtigten ins Treffen, entweder von der Stiftung die Hinzurechnung des gestifteten Vermögens oder vom Begünstigten die Hinzurechnung seiner Begünstigtenstellung zu begehren. Das könnte so zu verstehen sein, dass die Stiftung nach dem Ausscheiden

⁹² Wenn der Begünstigte nicht abstrakt pflichtteilsberechtigt ist, unterliegt auch die Zuwendung an ihn der befristeten Anrechnung des § 782 ABGB.

⁹³ PSR 2016, 20; siehe auch **Zöchling-Jud/Zollner**, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – erste Überlegungen zum ErbRÄG 2015, in **Artmann/Rüffler/Torggler** (Hrsg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 61.

⁹⁴ Begünstigte, die im Kalenderjahr Zuwendungen im Wert von mehr als € 2.000,- erhalten, sind im Wirtschaftliche Eigentümer Register zu erfassen (§§ 2 Z 3 a) bb), 5 WiEReG). Ein berechtigtes Interesse zur Einsicht in dieses Register besteht nur im Zusammenhang mit der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung (§ 10 Abs 1 WiEReG).

⁹⁵ **Arnold**, GesRZ 2015, 354.

⁹⁶ PSR 2016, 20.

⁹⁷ GesRZ 2015, 353 f.

⁹⁸ In **Kletečka/Schauer**, ABGB ON^{1.05} § 786 Rz 2.

⁹⁹ In **Artmann/Rüffler/Torggler**, Gesellschaftsrecht und Erbrecht 62.

¹⁰⁰ Hinz- und Anrechnung² 336 ff.

ihres Vermögens aus der Hinzurechnungspflicht die Begünstigten nicht mehr zu beauskunften habe. Damit wäre zur Lösung des eigentlichen Dilemmas des Auskunftsberechtigten in diesem Fall nichts gewonnen. Ein Interesse am Anpeilen der Begünstigtenstellungen besteht nur insofern, als das Stiftungsvermögen nicht mehr greifbar ist.

Die Situation liegt hier für den Auskunftsberechtigten ähnlich wie in dem oben unter Abschnitt C.2.d)i) beschriebenen Szenario, in dem Banken oder Versicherungen dem Verstorbenen als verlängerter Arm für eine Zuwendung dienen. *Umlauf* ist darin zu folgen, dass sich die von *Cohen*¹⁰¹ zur Auskunftspflicht bei drittbegünstigten Verträgen geäußerte Ansicht auf den Fall der vom Stifter wirtschaftlich abgelösten Privatstiftung übertragen lässt. Das führt zu dem Schluss, die **Stiftung** in die **Auskunftspflicht** zu nehmen, zumindest was die Identifikation des Begünstigten betrifft. Wenn der Auskunftsanspruch sogar den für Kreditinstitute ausdrücklich normierten Geheimnisschutz (vgl. § 38 BWG) zu durchbrechen vermag, muss er sich umso mehr **gegenüber Geheimhaltungsinteressen** der Privatstiftung **durchsetzen**,¹⁰² für die es keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gibt.¹⁰³

Für eine **umfassende Auskunftspflicht** spricht, dass sich der **Wert der Begünstigtenstellung**, zwar nicht ausschließlich aber immerhin zu einem wesentlichen Teil,¹⁰⁴ aus dem Wert des Stiftungsvermögens ableitet. Gerade wenn es um Betriebsvermögen geht, ist die Bewertung **zukunftsorientiert**, dh sie hängt von der Einschätzung zukünftiger Verhältnisse ab.¹⁰⁵ Der Gutachter wird für seine Prognose auf **Daten und Planrechnungen** angewiesen sein, die sich aus den **Informationen**, auf die ein Begünstigter im Rahmen des **§ 30 PSG** zugreifen kann (**Jahresabschluss, Lagebericht, Prüfungsbericht, Bücher und Stiftungserklärung**), **nicht herauslesen** lassen. Sie werden nur von der Stiftung zu bekommen sein. Der Auskunftsanspruch würde ins Leere laufen, wenn man den Auskunftspflichtigen an den Begünstigten verweisen würde. Neben **prozessökonomischen Gründen** spricht für die umfassende Passivlegitimation der Stiftung daher insbesondere auch die von *Umlauf* stets hervorgehobene **grundsätzliche Wertung**, dass demjenigen, dem ein **Recht eingeräumt**

ist, von der Rechtsordnung die **Mittel zu seiner Durchsetzung zur Verfügung zu stellen** sind.¹⁰⁶

Wenn *Umlauf* in der **Privatstiftung** den **verlängerten Arm** des Stifters erkennt, so schärft das schließlich den Blick auf die Treuhandfunktion, die die Stiftung im Auftrag des Stifters für den begünstigten Geschenknahmer erfüllt, und die über die Erbringung des Vermögensopfers hinaus fortdauert. Die **Interessenlage des Auskunftsberechtigten gegenüber dem Verwalter oder Erben des Nachlasses** ist mit jener gegenüber dem **Vorstand** einer vom Verstorbenen errichteten **Stiftung vergleichbar**. Die Stiftung stellt ein Funktionsäquivalent zum Testament dar. Sie trägt **Züge einer letztwilligen Verfügung**.¹⁰⁷

Parallelen bestehen auch aus der Sicht widerstreitender **Interessen des Hinzurechnungsberechtigten**. Sein Begehren kann mit dem in einem **Testament** niedergelegten **Erblasserwillen** ebenso **kollidieren** wie mit dem in einer **Stiftungserklärung** verewigten **Stifterwillen**. Ohne Rücksicht auf den Wunsch des Stifters wird für die letztwillig eingeräumte Stiftungsbegünstigung (das ist eine Zuwendung, die der Begünstigte nach dem Tod bzw auf den Todesfall erhält)¹⁰⁸ die Zuordnung zum Nachlass fingiert und gleich einem Vermächtnis deren Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet (§ 780 Abs 1 ABGB).¹⁰⁹ Gewöhnliche, nicht über die Zwischenschaltung einer Stiftung vorgenommene Zuwendungen unter Lebenden (§ 781 ABGB) sind ungeachtet eines gegenteiligen Erblasserwunsches vom Nachlassverwalter oder Erben zu beauskunften (siehe Abschnitt C.2.a)). Es ist sachgerecht, wenn für die zu Lebzeiten eingeräumte Begünstigtenstellung (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB) die Auskunftspflicht sinngemäß für den auf den Stifterwillen verpflichteten Stiftungsvorstand gilt.

Die **Mediatisierung der Zuwendung** über die Stiftung rechtfertigt es, diese, zumindest aus der Sicht des Auskunftsanspruchs und nach dessen Sinn und Zweck, dem Nachlass des Stifters zuzurechnen,¹¹⁰ und die für den Nachlass geltende **Auskunftspflicht** vollumfänglich auf die Stiftung zu **erstrecken**. Ansonsten hätte es der Erblasser in der Hand, durch Auslagerung der Verteilung des Nachlasses an den Rechtsträger Privatstiftung die

¹⁰¹ In *Kodek/Neumayr, Zak Spezial – Das neue Erbrecht* 44.

¹⁰² Siehe dazu *Müller/Melzer, Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht, in Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Erbrecht NEU (2015) 94.*

¹⁰³ Zur Verschwiegenheitspflicht des Stiftungsvorstands in Analogie zum AktG siehe *Arnold, PSG*³ § 17 Rz 86.

¹⁰⁴ Eine Rolle spielt, ob die Begünstigtenstellung klagbare Ansprüche verleiht und welchen Einfluss der Begünstigte auf Zuwendungsentscheidungen nehmen kann. Ein Begünstigter, dem überhaupt keine Einflussmöglichkeiten zustehen, wird sich nur bei klagbarem Anspruch einen Wert anrechnen lassen müssen.

¹⁰⁵ *Hügel/Aschauer, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch 266 ff.*

¹⁰⁶ *Umlauf, Hinzu- und Anrechnung*² 335.

¹⁰⁷ *Rizzi, ecolex* 2019, 525.

¹⁰⁸ Die Handhabung und Abgrenzung des § 780 Abs 1 ABGB von der Einräumung einer Begünstigtenstellung als Schenkung unter Lebenden nach § 781 Abs 2 Z 5 ist unklar (siehe *Musger, KBB*⁵ Nach § 788 Rz 4 f mwN).

¹⁰⁹ Das bedeutet, dass ein Erblasser, der im Testament alle Kinder auf den Pflichtteil setzt, nicht einem Kind über die Stiftung eine geheime Mehrzuwendung gewähren kann. Wenn das eine Kind bevorzugt werden soll, müsste letztwillig verfügt werden, dass die Zuwendung aus der Stiftung ohne Anrechnung auf den Pflichtteil gebührt.

¹¹⁰ Vgl *Limberg, Privatstiftung und Erbrecht (2006) 58 ff.* Ob die Begünstigung unter § 780 Abs 1 ABGB oder § 781 Abs 2 Z 5 ABGB gereiht wird, sollte in diesem Zusammenhang keinen Unterschied machen.

Durchsetzung unliebsamer Pflichtteilsansprüche zu erschweren.

e) Subsidiarität?

Eine bestimmte Rangfolge, in der mehrere Auskunftspflichtige in Anspruch zu nehmen seien (etwa die Verlassenschaft bzw der Erbe vor Beschenkten), schreibt das Gesetz nicht vor. Der Anspruch kann gegen mehrere Auskunftspflichtige gleichzeitig durchgesetzt werden (**keine Subsidiarität**).¹¹¹ Der Zweck der Auskunft ist nicht darauf beschränkt, das Ausmaß der subsidiären Haftung des Geschenknehmers nach § 789 Abs 1 ABGB festzustellen. Er zielt auf die Ausmittlung der Höhe des gesamten Pflichtteils ab, selbst wenn er im Nachlass zur Gänze Deckung findet.¹¹² Auch besteht kein sachlicher Grund, das Gesetz mit *Zankl*¹¹³ teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass der Beschenkte nur bei begründeten Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit einer zuvor von der Verlassenschaft oder vom Erben gegebenen Auskunft belangt werden könne. Der Anrechnungsberechtigte findet sich von vornherein in der schwächeren Ausgangslage. Der Geschenknehmer selbst wird über erhaltene Zuwendung am besten informiert sein. Die Rechtsdurchsetzungsfunktion des Anspruchs wäre entwertet, wenn er von der vorgeschalteten Auskunft einer anderen, schlechter informierten Person und der Würdigung ihrer Angaben abhängen würde.

D. Inhalt

Für die **Hinzurechnung** von Schenkungen war dem **Pflichtteilsberechtigten** von der noch zum alten Recht ergangenen Rsp eine **harte Beweislast** auferlegt. In non-liquet Situationen ging der Hinzurechnungsberechtigte leer aus.¹¹⁴ Der mit dem ErbRÄG 2015 eingeräumte **Auskunftsanspruch schafft** dafür einen **Ausgleich**.¹¹⁵ Nach diesem Ziel richten sich Inhalt und Umfang des Anspruchs.¹¹⁶ Auskunft kann auch über Ge-

schenke verlangt werden, die vor dem In-Kraft-Treten des ErbRÄG 2015 am 1. 1. 2017 (dafür maßgeblich ist das Ableben nach dem 31. 12. 2016 – § 1503 Abs 7 Z 1 und 2 ABGB) gemacht wurden. Auch sie unterliegen der Hinzurechnung nach neuem Recht.¹¹⁷

Der Berechtigte kann **alle Informationen** verlangen, die er für die **gesetzmäßige Hinzurechnung zur Ausmittlung seiner Ansprüche** oder zur **Abwehr** belastender Pflichtteilsansprüche **benötigt**.¹¹⁸ Vom Anspruchsgegner offenzulegen ist auch, ob überhaupt eine Schenkung gemacht wurde. Die Verlassenschaft bzw der Erbe muss auch Schenkungen an Dritte beauskunften, ein Geschenknehmer nur die ihm gemachte Zuwendung. Bejahendenfalls sind **alle bewertungsrelevanten Details zu Zeitpunkt und Gegenstand** anzugeben bzw zu konkretisieren.¹¹⁹ Auf Umstände und Entwicklungen nach dem Tod wird sich die Auskunft nur insoweit erstrecken können, als sich solche Informationen auf die Bewertung zum maßgeblichen Stichtag (§ 788 ABGB) auswirken.¹²⁰

In der Literatur wird einhellig die Ansicht vertreten, dass der Anspruch auch Informationen zum **Wert** der Schenkung erfasse.¹²¹ Dem kann nicht uneingeschränkt gefolgt werden. Jede **Bewertung** hängt von **subjektiven Einschätzungen** (zB Annahmen betreffend Marktlage, Abschläge für vermindertes Verwertungsrisiko, Risikoprämie, Renditeerwartung, Zinsentwicklung und Währungsrisiken etc) ab, die im Rahmen des auf Fakten bezogenen Auskunftsanspruchs **nicht intersubjektiv überprüfbar** sind. Der Auskunftspartner kann nicht dazu verpflichtet werden, eine von solchen Einschätzungen abhängige Bewertung der Schenkung oder Zuwendung zu liefern.¹²² Von ihm kann nur verlangt werden, alle tatsächlichen (persönlichen sowie sachlichen) Umstände und objektivierten Sachverhaltselemente mitzuteilen, die der Berechtigte für eine fachmännische Bewertung¹²³ benötigt.¹²⁴ Sind hinzurechnungsrelevante

¹¹¹ *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 786 Rz 3; *Eccher*, *Erbrechtsreform Rz 186*; *Zollner/Pitscheider*, *PSR 2016*, 20.

¹¹² *Zollner/Pitscheider*, *PSR 2016*, 20f; siehe dazu auch *Till*, *iFamZ 2017*, 275.

¹¹³ In *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Das neue Erbrecht 116 f*.

¹¹⁴ Ein aktuelles Beispiel bietet die E OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a NZ 2018, 184. Darin ging es um die schwierige Bewertung von Stifterrechten an einer Unternehmensträgerstiftung zu einem länger zurückliegenden Stichtag. Der OGH wies auf die Notwendigkeit der Einholung eines betriebswirtschaftlichen Gutachtens sowie darauf hin, dass das Vorliegen von Schenkungsabsicht in Bezug auf die Zuwendung der Rechtsstellung zu prüfen sei, was bei Fehlen einer Gegenleistung indiziert wäre. Die für den Kläger wenig ermutigende Botschaft des OGH in der Aufhebungsentscheidung für den zweiten Rechtsgang lautete: „Da den Kläger die Beweislast für eine Schenkung trifft, fielen verbleibende Unklarheiten oder auch die Unmöglichkeit einer Bewertung der Rechtsstellung des Viertbelegten ihm zur Last.“

¹¹⁵ *Neumayr/Webhofer* in *FS Eccher 778 f*; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 786 Rz 5.

¹¹⁶ *Eccher*, *Erbrechtsreform Rz 185*.

¹¹⁷ *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimmann/Kodek*⁵ § 786 Rz 6; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.05} § 786 Rz 3.

¹¹⁸ *Barth/Pesendorfer*, *Erbrechtsreform 128*; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.05} § 786 Rz 2.

¹¹⁹ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), *Praxishandbuch 222*; *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*² 334; *Till*, *iFamZ 2017*, 275.

¹²⁰ Zu weitgehend *Zankl* in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Das neue Erbrecht 117*; *Eccher*, *Erbrechtsreform Rz 186*.

¹²¹ *Barth/Pesendorfer*, *Erbrechtsreform 128*; *Umlauf*, *Hinzu- und Anrechnung*² 334. *Welsch*, *Erbrechts-Kommentar § 786 ABGB Rz 4*; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.05} § 786 Rz 2.

¹²² So ausdrücklich zur Stufenklage wegen Schenkungspflichtteils OLG Wien 17. 7. 2013, 13 R 130/13b; vgl auch RIS-Justiz RS0034949 – Unzulässigkeit der Manifestationsklage zur Vorbereitung einer Schadenersatzklage und zur Bezifferung des Schadens; siehe auch *Konecny* in *Fasching/Konecny II/1*³ EGZPO Art XLII Rz 108.

¹²³ Abzustellen ist auf den Verkehrswert (fair market value), auf den Preis, den ein potentieller Käufer oder Investor bieten würde – siehe *Musger* in *KBB*⁵ § 788 Rz 2; *Hügel/Aschauer* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), *Praxishandbuch 266 ff*.

¹²⁴ *Till*, *iFamZ 2017*, 275.

Informationen nur aus **Dokumenten** zu erschließen (Verträge, Stiftungserklärung, Bankunterlagen, Korrespondenz, Jahresabschlüsse, Managementreports, Mieterlisten etc), umfasst der Anspruch deren **Einsicht oder Vorlage**. Ohne begleitende Einsichts- und Vorlagerechte würde der Anspruch zu einem „leeren Ritual“ (Rassi)¹²⁵ verkommen. Sofern es für eine sachgerechte Werteschätzung unerlässlich ist, wird im Rahmen des Auskunftsanspruchs eine **Befundaufnahme und Besichtigung** des Objekts der Schenkung zu ermöglichen und **zuzulassen** sein.

Im Sinne eines **vorgelagerten Informationsanspruchs** kann der Anspruch schon auf die Aufklärung **relevanter Vorfragen** gerichtet sein, von denen die Hinzurechnung dem Grunde nach abhängt. Sie können die Person des Beschenkten¹²⁶ und sein **Verwandtschaftsverhältnis** zum Erblasser (Zugehörigkeit zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen) betreffen, den Zeitpunkt der **Erbringung oder Modalitäten des Aufschiebs des Vermögensopfers** (zB Vorbehalt eines Rücktritts-, Widerrufs- oder Fruchtgenussrechts¹²⁷ etc) oder **Befreiungstatbestände** wie einen **gemeinnützigen Zweck**, die **sittliche Pflicht** oder die angebliche **Herkunft aus laufendem Einkommen** (siehe Abschnitte C.1.a) und C.2.b)).¹²⁸ Die gegenteilige Ansicht von Zankl¹²⁹ ist abzulehnen. Sie würde darauf hinauslaufen, kontroverielle Fragen der Hinzurechnung der vorgreifenden Beurteilung des Auskunftsgegners zu überlassen, was den Anspruch und seine Hilfsfunktion für die Rechtsdurchsetzung ad absurdum führen könnte.

E. Verjährung

Die Akzessorietät des Anspruchs zum Hinzurechnungsrecht lässt ihn **mit dem Tod entstehen**.

Unter dem **neuen Verjährungsregime** des § 1487 a ABGB, wonach die Frist erst mit Kenntnis der maßgebenden anspruchsbegründenden Tatsachen zu laufen beginnt, verschafft das Zusammenspiel von Auskunft und Verjährung **besseren Rechtsschutz**. Durch die Manifestationsklage wird die Verjährung hinsichtlich der auf Grund der eidlichen Angabe begehrten Leistungen unterbrochen.¹³⁰ Nach altem Recht war die Manifestations-

klage unabhängig vom Informationsstand des Klägers innerhalb von 3 Jahren einzubringen. Die Frist lief ab dem Tod bzw ab Errichtung des Protokolls über die Übernahme eines Testaments, selbst wenn der Berechtigte davon keine Kenntnis hatte.¹³¹ Die **kenntnisabhängige Frist entlastet den Kläger vom Zeitdruck einer starren Frist**. Über den Auskunftsanspruch gelangt er an jene Informationen, die den Lauf der Verjährung erst in Gang setzten.¹³² Zielt die Auskunft auf die vorgelagerte Abklärung der Voraussetzungen eines möglichen Hinzurechnungsfalls ab, liegt unter Umständen gar kein Leistungsanspruch vor, der verjähren könnte. Insofern ist die Aussage, dass der Auskunftsanspruch mit dem bezogenen Pflichtteilsanspruch verjähren würde,¹³³ verkürzt. **Verjährungsunterbrechende** Wirkung kommt der **Auskunftsklage nur dann** zu, wenn der Kläger **nicht** bereits über alle **Informationen verfügt**, die ihn zur **Bezifferung** des Anspruchs **befähigen**. Der **Auskunftsanspruch** dient **nicht** dazu, dem Kläger eine **Bewertung** zu **liefern**, die er aufgrund ihm vorliegender Informationen selbst vornehmen kann. Wer trotzdem (zB aus Kostengründen) nur eine Auskunftsklage einbringt, riskiert die Verjährung.¹³⁴ Eingedenk dessen erweist sich die herrschende Meinung, die für den Auskunftsanspruch die Glaubhaftmachung oder Bescheinigung von Hinzurechnungstatbeständen fordert,¹³⁵ auch aus der Sicht des Verjährungsrechts als problematisch. Sie könnte den Kläger in eine Gratwanderung zwischen Skylla und Charybdis führen. Er dürfte die Klage nicht zu früh, auf „zu dünner“ Faktenbasis einbringen, aber auch nicht zu spät.

F. Klagebegehren, Erfüllung und Eidesleistung

Prozessual wird der Auskunftsanspruch mit Klage nach **Art XLII EGZPO** durchgesetzt (siehe Abschnitt C.1.a)). Aus exekutionsrechtlicher Sicht handelt es sich bei der zugesprochenen Auskunftsleistung um eine **unvertretbare Handlung**, die nach **§ 354 EO** vollstreckt wird.¹³⁶ Eine auf § 786 ABGB gegründete Klage wird im **Regelfall** darauf zu richten sein, **Zeitpunkt, Gegenstand und Bedingungen aller** (dem Beklagten) vom Verstorbenen **gemachten Schenkungen** zu beauskunften. **Darüber hinaus** steht es dem Kläger frei, das Begehren **konkreter** zu fassen und **Einzelinformationen**, die ihm für die **Bewertung relevant** erscheinen, ausdrücklich aufzunehmen.¹³⁷ Nach seinem Zweck umfasst der Informa-

¹²⁵ Verfahrensrechtliche Fragen der Bucheinsicht, ÖJZ 1997, 891; vgl OGH 29. 10. 2001, 7 Ob 186/01 f eolex 2002, 247 – aus der Rechnungslegungspflicht beim Wertpapierkommissionsgeschäft folgt die Pflicht zur Vorlage von Belegen.

¹²⁶ Nach der hier vertretenen Auffassung besteht auch eine Auskunftspflicht der Stiftung auf Bekanntgabe ihrer Begünstigten als Geschenknehmer iS des § 781 Abs 2 Z 5 ABGB (siehe Abschnitt C.2.d)ii)(bb)).

¹²⁷ Siehe OGH 11. 9. 2014, 2 Ob 39/14 w; abw zum neuen Recht Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 70 ff.

¹²⁸ Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 786 Rz 1; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung² 334; Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek⁵ § 786 Rz 5.

¹²⁹ In Rabl/Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht 117; diesem folgend Krausler, Die Schenkungsanrechnung 223.

¹³⁰ RIS-Justiz RS0034809.

¹³¹ Welser in Rummel/Lukas⁴ § 785 Rz 30.

¹³² Rucker, NZ 2016, 89.

¹³³ Nemeth/Niedermayr in Schwimann/Kodek⁵ § 786 Rz 6; Till, iFamZ 2017, 275 f.

¹³⁴ Siehe FN 122.

¹³⁵ Siehe Abschnitt C.1.a).

¹³⁶ Siehe dazu Konecny in Fasching/Konecny II/1³ EGZPO Art XLII Rz 125.

¹³⁷ Konecny in Fasching/Konecny II/1³ EGZPO Art XLII Rz 27.

tionsanspruch das Recht auf Vorlage und Einsicht in alle Urkunden und Dokumente, die für eine Bewertung de lege artis benötigt werden (siehe Abschnitt D.). Entsprechend konkret wird der angestrebte Urteilsspruch formuliert werden können. Aus der Sicht der Praxis empfiehlt es sich, den **Bezug spezifischer Informationen** zum anvisierten **Hinzurechnungsbegehren** und der **Bestimmung seines Werts** im Vorbringen möglichst **genau** zu erklären und zu **begründen**.¹³⁸

Wenn die begehrten Informationen erteilt sind oder faktisch vorliegen, ist der Anspruch erfüllt und erlischt. Geschieht dies erst im Laufe des Prozesses, muss der Kläger das Begehren auf den Ersatz von Kosten einschränken.¹³⁹ Vollständig befriedigt wird das Auskunftsinteresse erst dann sein, wenn der relevante Sachverhalt durch unbedenkliche oder unbestrittene Beweismittel oder Urkunden erwiesen ist oder sonst wie außer Streit steht (zB aufgrund eines rk Urteils mit Bindungswirkung für den Auskunftspflichtigen). **Könnte** die gegebene **Auskunft falsch oder unvollständig sein**,¹⁴⁰ muss der Anspruchswerber auf die **Eidesleistungspflicht** zurückgreifen.¹⁴¹ Sie wird (fakultativ) im Rahmen der Manifestationsklage begehrt.¹⁴²

Die außergerichtliche Erfüllung des Auskunftsanspruchs ist möglich.¹⁴³ Die **Eidesablegung** hat dennoch dem **Prozedere des Art XL EGZPO** zu folgen (siehe Abschnitt G.).¹⁴⁴ Eine bloße „eidesstattliche Erklärung“ wäre als einfache Privaturkunde¹⁴⁵ nicht nach § 288 Abs 2 StGB strafbewehrt.

¹³⁸ Im Verfahren OGH 30. 10. 2018, 2 Ob 85/18s beehrte der Pflichtteilskläger gegen die Verlassenschaft (nach alter Rechtslage gestützt auf Art XLII Fall 1 EGZPO iVm §§ 784, 804 ABGB aF) sehr detaillierte Auskünfte, und zwar über: Ertragslage der vom Erblasser in die mitbeklagte Stiftung eingebrachten Unternehmensgruppe bzw Kommanditbeteiligungen (einschließlich Jahresabschlüsse, Kennzahlen, interner Managementreports der letzten fünf Jahre, interner Planrechnungen und Prognosen für die kommenden drei Jahre, jeweils konsolidiert und nicht konsolidiert), aktuelle und historische Fassungen der Stiftungszusatzurkunde, von den Stiftern, dem Beirat und dem Vorstand der Stiftung seit deren Bestehen gefasste Beschlüsse, Gesellschaftsverträge und Gesellschafterbeschlüsse der Kommanditgesellschaften sowie Zuwendungen bzw (verdeckte) Gewinnausschüttungen der Stiftung und der Kommanditgesellschaften an Geschwister des Klägers und die Ehegattin des Verstorbenen. Dem Einwand der Beklagten, diese Teile des Begehrens a priori als zu weitgehend abzuweisen, ist der OGH nicht gefolgt. Vielmehr trug er dem Kläger für den zweiten Rechtsgang auf, sein privatrechtliches Interesse an den Auskünften genauer darzulegen sowie darzustellen, inwiefern Zuwendungen der Stiftung oder Ausschüttungen aus den Kommanditgesellschaften dem Erblasser zugerechnet werden könnten.

¹³⁹ OGH 19. 6. 2018, 1 Ob 33/18m eclex 2018, 1075.

¹⁴⁰ Als Grund für eine nachweisliche Zahlung des Erblassers wird die Tilgung einer Schuld behauptet.

¹⁴¹ Nur die Strafdrohung des § 288 Abs 2 StGB kann eine gewisse Richtigkeitsgewähr bieten.

¹⁴² Konecny in Fasching/Konecny II/1³ EGZPO Art XLII Rz 98.

¹⁴³ Konecny in Fasching/Konecny II/1³ EGZPO Art XLII Rz 97.

¹⁴⁴ Kodek in Fasching/Konecny II/1³ EGZPO Art XL Rz 1 ff.

¹⁴⁵ RIS-Justiz RS0040297.

G. Straf- und zivilrechtliche Sanktionen

Im Rahmen des Art XLII Abs 1 EGZPO kann die eidliche Bekräftigung der Auskunft verlangt werden. Ein unrichtiger Eid erfüllt das Verbrechen der falschen Beweisaussage mit der Qualifikation des § 288 Abs 2 StGB und ist mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bedroht.

Eine wirkungsvolle zivilrechtliche Sanktion für Verstöße gegen § 786 ABGB folgt aus der Einführung der kenntnisabhängigen Verjährung (§ 1487 a ABGB). Ist die Auskunft falsch oder unvollständig, bleibt der Beginn der Verjährung von Ansprüchen aus dem verschwiegenen Sachverhalt aufgeschoben.

Dennoch sind Konstellationen denkbar, in denen eine unzureichende Auskunft dazu führt, dass ein für die Hinzurechnung tragendes Argument unausgeführt bleibt. Der dem Auskunftswerber daraus entstehende Nachteil kann darin liegen, dass die ihm zustehende bzw ihn belastende Pflichtteilsforderung zu gering bzw zu hoch ausgemessen wird. Aus schadenersatzrechtlicher Sicht stellt **§ 786 ABGB** eine **rechtliche Sonderbeziehung** zum Auskunftspflichtigen her. Das führt zur **Ersatzfähigkeit** des Vermögensnachteils, auch wenn es sich um einen **reinen Vermögensschaden** handelt.¹⁴⁶ Außerdem trifft den Auskunftspflichtigen die **Beweislastumkehr für sein Verschulden (§ 1298 ABGB)**.¹⁴⁷ Fallweise wird sich im Pflichtteilsprozess die Streitverkündigung an den empfehlen, der eine strittige Auskunft erteilt.¹⁴⁸

H. Ergebnisse

Das ErbRÄG 2015 hat mit **§ 786 ABGB** eine **bedeutungsvolle Rechtsschutzlücke geschlossen**. Wer berechtigt ist, im Rahmen der Regulierung von Pflichtteilsansprüchen die Hinzurechnung von Schenkungen zu verlangen, kann darüber nicht nur von der Verlassenschaft und vom Erben, sondern auch **direkt vom Geschenknahmer Auskunft verlangen**. Die Durchsetzung der Hinzurechnung von Schenkungen bei der Geltendmachung oder Abwehr von Pflichtteilsansprüchen wurde wesentlich verbessert.

Grundsätzlich ist der Anspruch an das bezogene Hinzurechnungsrecht gebunden. Der Anspruch bleibt aber **nicht auf Umstände beschränkt**, die einen **unmittelbaren Bezug zur Schenkung** haben. Es besteht ein **vorgelegter Anspruch auf Aufklärung** aller **relevanten Vorfragen**, von deren Lösung es abhängt, ob ein mögliches Recht auf Hinzurechnung besteht. Ist ein Recht auf Hinzurechnung von vornherein zu verneinen, besteht kein Auskunftsanspruch.

¹⁴⁶ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1398.

¹⁴⁷ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1423.

¹⁴⁸ Siehe allgemein Zankl, Erbrechtliche Informations- und Schadenersatzpflichten, in Seminarunterlagen für Jahrestagung Erbrecht 2018 der Rechtsakademie Manz.

Der Informationsanspruch zielt auf die **Offenlegung** aller **Sachverhaltselemente** ab, die für die abschließende **Feststellung und Beurteilung** von **Zeitpunkt, Empfänger, Gegenstand und Bewertung** der Zuwendung **benötigt** werden. Soweit dies für eine fachgerechte Bewertung erforderlich und möglich ist, hat der Auskunftspflichtige **Einsicht** in relevante **Urkunden und Dokumente** zu gewähren und eine **Befundaufnahme** zu **ermöglichen**. Zu bewerten hat der Auskunftspflichtige die Schenkung nicht.

Entgegen der herrschenden Lehre bildet das **Bescheinigen oder Glaubhaftmachen** von **Hinweisen auf eine Schenkung keine besondere Voraussetzung** für den Anspruch. Der Geltendmachung des Auskunftsanspruchs sind **nur** durch das **Schikaneverbot Grenzen** gesetzt.

Der Auskunftsanspruch muss nicht mehr bemüht werden, um die Unterbrechung der Verjährung zu wahren. Die durch ihn erlangten Informationen werden die

kenntnisabhängige Verjährung (§ 1487 a ABGB) erst in Gang setzen.

Werden Dritte (Banken, Versicherungen oder Privatstiftungen) durch **dreipersonale Vereinbarungen** oder durch das **Einräumen einer Begünstigtenstellung** in die Abwicklung der Zuwendung **eingebunden, erstreckt** sich die **Auskunftspflicht** auf sie. Das in **§ 786 ABGB** angelegte **rechtliche Interesse** an der Auskunft **überwiegt** mögliche gegenläufige **Geheimhaltungsverpflichtungen**.

Wenn die **straf- und zivilrechtlichen Sanktionen**, die sich bieten, geschickt genützt werden, wird der neue Auskunftsanspruch **nicht zahlos** bleiben.

Über den Autor:

Dr. Alexander Hofmann, LL. M., TEP, ist Rechtsanwalt in Wien.

E-Mail: a.hofmann@hofmannlaw.at