

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

152. JAHRGANG

03
2020



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

BEITRAG

Uwe Neumayr:

Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis

Seite 81

RECHTSPRECHUNG

Eintragung von Sanktionen im Grundbuch oder Firmenbuch (*Ludwig Bittner*)

Seite 94

Beweis des Todeszeitpunkts durch Sterbeurkunde? (*Anna Krenmayr*)

Seite 97

Formungültiges fremdhändiges Testament (*Christian Rabl*)

Seite 102

Scheitern einer Beschlussanfechtung am Bestandschutz bei
einer Umwandlung (*Elke Napokoj/Heinrich Foglar-Deinhardstein*)

Seite 108

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

NZ 2020/26

Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis

Rangfolge und Berechnung

Dieser Beitrag untersucht das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis der §§ 233, 747 ABGB und dessen in der Lehre umstrittenes Verhältnis zu den Pflichtteilsansprüchen. Zudem werden die Berechnung der Unterhaltsansprüche sowie die Anrechnung von Zuwendungen an den Unterhaltsberechtigten näher beleuchtet.

Von Uwe Neumayr

Inhaltsübersicht:

- A. Allgemeines
 - 1. Einleitung
 - 2. Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis der Kinder
 - 3. Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis des Ehegatten
 - 4. Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten gegen die Erben
 - 5. Der Anspruch auf notwendigen Unterhalt
 - 6. Auswirkungen des ErbRÄG 2015
- B. Rechtsnatur des Anspruchs nach §§ 233, 747 ABGB
 - 1. Unterhalt als Erbgang- bzw Erbfallschuld
 - 2. Unterhalt als gesetzliches Vermächtnis
- C. Verhältnis zwischen Pflichtteil und gesetzlichem Unterhaltsvermächtnis
 - 1. Vorrang der Pflichtteilsansprüche
 - a) Der Pflichtteil als Mindestgarantie für die Familienerbfolge
 - b) Streichung des § 796 a ABGB
 - c) Pflichtteilsrecht des Ehegatten
 - d) Anrechnungsanordnung setzt Pflichtteil voraus
 - e) Historische Interpretation
 - f) Pflichtteil als stabile Größe
 - 2. Vorrang des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses
 - a) Haftung bis zum Wert der Verlassenschaft
 - b) Vorrang des notwendigen Unterhalts
 - c) Vorrang des Unterhaltsanspruchs geschiedener Ehegatten
 - d) Bevorzugung von Zuwendungen mit Unterhaltscharakter
 - e) Vorrang als Legalvermächtnis
 - f) Bedarfsabhängigkeit des Unterhaltslegats
 - 3. Ehegattenunterhalt – Pflichtteil – Kindesunterhalt?
- D. Verhältnis zwischen Unterhalt und Vermächtnissen
- E. Berechnung der Unterhalts- und Pflichtteilsansprüche
 - 1. Höhe des Unterhaltsanspruchs
 - a) Höhe des erbrechtlichen Kindesunterhalts
 - b) Höhe des erbrechtlichen Ehegattenunterhalts
 - 2. Anrechnung von Zuwendungen
 - a) Minderung des Unterhaltsanspruchs
 - b) Anzurechnende Zuwendungen
 - c) Reihenfolge der Anrechnung
 - 3. Berechnung bei Vorrang der Unterhaltsansprüche
 - a) Beispiel 1

- b) Beispiel 2
 - c) Beispiel 3
 - 4. Berechnung bei Vorrang der Pflichtteile
 - a) Beispiel 1 a
 - 5. Nachträgliche Änderung des Unterhaltsanspruchs
- F. Haftung der Erben und Pflichtteilsberechtigten
 - 1. Haftungsbeschränkung
 - 2. Beitragspflicht der Pflichtteilsberechtigten
 - 3. Haftung mehrerer Erben
- G. Zusammenfassung

A. Allgemeines

1. Einleitung

Neben dem Pflichtteil (§§ 756 ff ABGB¹) und dem gesetzlichen Vorausvermächtnis (§ 745 ABGB) kennt das österreichische Erbrecht weitere bedeutende Instrumente zur Versorgung der Hinterbliebenen, wie etwa das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis. §§ 233 und 747 ABGB gewähren den Kindern und dem Ehegatten des Verstorbenen einen Anspruch auf Unterhalt gegen die Verlassenschaft bzw nach Einantwortung gegen die Erben. Der Berechtigte muss sich aber alle Zuwendungen, die er nach dem Verstorbenen erhält, also zB den Pflichtteil, auf seinen Unterhaltsanspruch anrechnen lassen.

Vom gesetzlichen Unterhaltsvermächtnis nach §§ 233, 747 ABGB ist das bloß letztwillig eingeräumte Unterhaltslegat abzugrenzen (vgl § 672 ABGB). Ebenso ist der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten nach dem Tod des Unterhaltspflichtigen (§ 78 EheG) nicht vom Begriff des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses umfasst.²

Grundsätzlich bestehen erbrechtliche Unterhalts- und Pflichtteilsansprüche problemlos nebeneinander. In der Regel ist auch jeder Unterhaltsberechtigte zugleich Pflichtteilsberechtigter (vgl §§ 747, 757 ABGB). Ungeheimtheiten ergeben sich aber dann, wenn der Nachlass nicht ausreicht, um alle Ansprüche vollständig zu decken. Es stellt sich also die Frage, wessen Ansprüche in ihrer Gesamtheit erhalten bleiben und wer Kürzungen hinnehmen muss, wenn die Summe aller Unterhalts- und Pflichtteilsansprüche den Wert der Verlassenschaft übersteigt.

¹ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB idF BGBl I 2015/87.

² Siehe dazu A.4.

schaft, und damit den Umfang der Haftpflicht der Erben, übersteigt.³

2. Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis der Kinder

Gem § 233 ABGB geht die Schuld eines Elternteils, seinem Kind Unterhalt zu leisten, bis zum Wert der Verlassenschaft auf dessen Erben über. Das Kind muss sich auf seinen Unterhaltsanspruch aber alles anrechnen lassen, was es nach dem Erblasser durch eine vertragliche oder letztwillige Zuwendung, als gesetzlichen Erbteil, als Pflichtteil oder durch eine öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Leistung erhält. Reicht der Wert der Verlassenschaft hingegen nicht aus, um den Unterhalt des Kindes bis zum voraussichtlichen Eintritt der Selbsterhaltungsfähigkeit zu sichern, so mindert sich der Anspruch des Kindes entsprechend.

§ 233 ABGB umfasst auch ruhende Unterhaltsschulden, die bei Verlust der Selbsterhaltungsfähigkeit wieder aufleben.⁴ Die Unterhaltsschuld der Großeltern ist nach hA hingegen nicht vererblich.⁵ Demjenigen, dem durch Enterbung oder Erbunwürdigkeit rechtmäßig der Pflichtteil entzogen wurde, gebührt auch kein Unterhalt nach § 233 ABGB.⁶

3. Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis des Ehegatten

§ 747 ABGB bildet für den erbrechtlichen Ehegattenunterhalt⁷ das nahezu wortgleiche Gegenstück zu § 233 ABGB. Der überlebende Ehegatte hat demnach einen Anspruch auf Unterhalt gegen die Verlassenschaft und – nach Einantwortung – gegen die Erben bis zum Wert der Verlassenschaft. Dabei sind die Grundsätze des § 94 ABGB⁸ anzuwenden. Der Anspruch nach § 747 ABGB besteht nicht, wenn der Ehegatte rechtmäßig enterbt wurde oder erbunwürdig ist (§ 777 ABGB) oder

der Ehegatte nach dem Tod des Erblassers eine neue Ehe eingeht. Ebenso steht dem Ehegatten der Unterhalt nicht in den Fällen des § 746 ABGB zu.

Wie beim erbrechtlichen Kindesunterhalt muss sich auch der Ehegatte alles auf seinen Unterhaltsanspruch anrechnen lassen, was er nach dem Erblasser durch vertragliche oder letztwillige Zuwendung, als gesetzlichen Erbteil, Pflichtteil oder durch öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Leistung erhält. Zudem umfasst der Wortlaut des § 747 ABGB auch die Anrechnung des eigenen Vermögens des Ehegatten sowie die Erträge einer tatsächlich ausgeübten oder solchen Erwerbstätigkeit, die von ihm nach den Umständen erwartet werden kann.

§§ 233, 747 ABGB werden in der hL aufgrund ihres nahezu identischen Wortlauts weitestgehend gleichbehandelt und inhaltlich als derselbe Anspruch ausgelegt.⁹ Die beiden Ansprüche werden deshalb in diesem Beitrag gemeinsam unter dem Begriff des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses behandelt.

4. Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten gegen die Erben

Vom gesetzlichen Unterhaltsvermächtnis ist der Anspruch des geschiedenen Ehegatten gegen die Erben des Verstorbenen auf Unterhalt abzugrenzen. Dieser richtet sich nämlich nicht nach § 747 ABGB, sondern nach § 78 EheG. Der Anspruch des geschiedenen Ehegatten wird aber nach hA in analoger Anwendung des § 747 ABGB durch den Wert der Verlassenschaft begrenzt. Es würde nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprechen, wenn der geschiedene Ehegatte besser gestellt wird als der in aufrechter Ehe lebende Ehegatte. Die Erben schulden also, unabhängig von ihrer Erbantrittserklärung, niemals mehr als den reinen Nachlass.¹⁰ Ebenso ist nach hA die Anrechnungsvorschrift des § 747 ABGB analog auf den Anspruch nach § 78 EheG anzuwenden. Der geschiedene Ehegatte muss sich also alle Zuwendungen nach dem Erblasser sowie sämtliche öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Leistungen anrechnen lassen.¹¹ Der Anspruch kann unter Berücksichtigung der Verhältnisse der Erben und der Ertragsfähigkeit des Nachlasses herabgesetzt werden.¹²

³ Siehe zur Problematik auch *Gitschthaler*, Unterhaltsansprüche im Verlassenschaftsverfahren – schlafendes Recht? EF-Z 2017, 145.

⁴ *Kostner*, Die Unterhaltsschuld des Erben, NZ 1978, 171 (172); OGH 6 Ob 53/97f ÖA 1997, 205; 6 Ob 131/01k EFSlg 100.183; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 233 Rz 1.

⁵ *Zdesar*, Die Vererblichkeit des Unterhaltes der Kinder und ihre Behandlung im Verlassenschaftsverfahren, NZ 1979, 23; *Barth/Neumayr* in *Klang*³ § 142 Rz 1; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 233 Rz 1; *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 233 Rz 1.

⁶ Dies ergibt sich aus § 777 ABGB. Vgl *Ent*, Die Eherechtsreform 1978, NZ 1979, 117 (120); *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 1.

⁷ § 747 ABGB gilt in vollem Umfang auch für eingetragene Partner. Im Hinblick auf das Urteil des VfGH, G 258/2017, mit dem die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare eröffnet wurde, wird hier nur der Begriff der Ehe und des Ehegatten verwendet. Alle diesbezüglichen Ausführungen gelten aber selbstverständlich uneingeschränkt auch für den eingetragene Partner und die eingetragene Partnerschaft.

⁸ Für die eingetragene Partnerschaft siehe § 12 EPG.

⁹ Vgl *Kostner*, Die Unterhaltsschuld des Erben, NZ 1978, 171; *Zdesar*, Die Vererblichkeit des Unterhalts der Kinder und ihre Behandlung im Verlassenschaftsverfahren, NZ 1979, 49; *Ostheim*, Zur Unterhaltsschuld des Erben, NZ 1979, 49; *Ent*, Die Eherechtsreform 1978, NZ 1979, 121; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 2 ff; *Zemen*, Unterhaltsschuld des Erben und Pflichtteilsansprüche, JBl 1984, 337.

¹⁰ Siehe etwa *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 78 EheG Rz 1; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 78 EheG Rz 2; OGH 8 Ob 38/08h SZ 2008/69.

¹¹ Siehe etwa *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 78 EheG Rz 3; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 78 EheG Rz 3; OGH 1 Ob 592/82 EvBl 1982, 549; 3 Ob 160/10s.

¹² Dazu näher *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 78 EheG Rz 1; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 78 EheG Rz 4f.

Der Anspruch des geschiedenen Ehegatten nach § 78 EheG geht ex lege als Nachlassverbindlichkeit auf die Erben über. Der Unterhalt des geschiedenen Ehegatten geht den Pflichtteilen schon allein deshalb vor, weil er als Nachlassverbindlichkeit vor der Berechnung der Pflichtteile vom Nachlass abgezogen wird (vgl. § 779 ABGB).¹³ Die Frage nach der Rangfolge stellt sich hier also nicht, weshalb der Anspruch des geschiedenen Ehegatten in weiterer Folge nicht näher behandelt wird.

5. Der Anspruch auf notwendigen Unterhalt

Nach § 777 ABGB steht jedem Pflichtteilsberechtigten,¹⁴ der rechtmäßig enterbt wurde oder erbunwürdig ist, dennoch stets der notwendige Unterhalt zu. Erhalten die Nachkommen des Enterbten oder Erbunfähigen dessen Pflichtteil, so mindert sich dieser um den zu leistenden Unterhalt.¹⁵

Der Anspruch nach § 777 ABGB besteht nur, soweit der Unterhalt nicht anders gedeckt werden kann. Er gebührt also nur, wenn der Berechtigte nicht fähig ist, sich selbst zu erhalten, weshalb auch die Anrechnungsanordnung der §§ 233 und 747 ABGB analog auf den notwendigen Unterhalt anzuwenden ist.¹⁶

Die konkrete Höhe des Anspruchs ist unklar. Nach einem Teil der Lehre umfasst der notwendige Unterhalt lediglich das Existenzminimum iSd § 291 a EO.¹⁷ Bittner/Hawel erscheint es hingegen angemessener, an die tatsächlichen Bedürfnisse des Berechtigten anzuknüpfen.¹⁸ Nach hA ist der Anspruch aber jedenfalls mit dem hypothetischen Pflichtteil des Berechtigten begrenzt.¹⁹

6. Auswirkungen des ErbRÄG 2015

Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis wurde durch das ErbRÄG 2015²⁰ kaum berührt. Der Anspruch ist nunmehr in §§ 233, 747 ABGB geregelt (zuvor §§ 142,

796 ABGB idF vor dem ErbRÄG 2015). Der Anspruch auf den notwendigen Unterhalt findet sich in § 777 ABGB (zuvor § 795 ABGB idF vor dem ErbRÄG 2015).

Die Normen wurden durch das ErbRÄG lediglich sprachlich an die Diktion des neuen Erbrechts angepasst: Der Begriff des *Erblassers* wurde durch jenen des *Verstorbenen* ersetzt. Weiters sind die Leistungen, die der Berechtigte nach dem Verstorbenen erhält, nicht mehr in den Unterhaltsanspruch *einzurechnen*, sondern auf diesen *anzurechnen*. Inhaltlich bringen diese Anpassungen nach der hA aber keine Änderungen mit sich,²¹ weshalb die zur alten Rechtslage ergangene Judikatur sowie Beiträge der Lehre weiterhin herangezogen werden können.

B. Rechtsnatur des Anspruchs nach §§ 233, 747 ABGB

1. Unterhalt als Erbgang- bzw Erbfallschuld

Nach hA ist das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis²² – im Gegensatz zum Anspruch der geschiedenen Ehegatten – eine *Erbgang- bzw Erbfallschuld*.²³ Zwar besteht bereits zu Lebzeiten des Verstorbenen ein Anspruch, man kann aber nicht von einer Identität der Ansprüche sprechen.²⁴ Die erbrechtliche Unterhaltsschuld ist daher keine Schuld des Erblassers, sondern entsteht ohne Rücksicht auf die Art der Erbfolge neu. Der Anspruch geht daher nur im untechnischen Sinn auf die Erben über.²⁵

2. Unterhalt als gesetzliches Vermächtnis

Nach Zemen ist der Unterhaltsanspruch gegen den Erben als *Legalvermächtnis des Unterhalts* oder gesetzli-

¹³ Apathy/Musger, KBB⁵ § 747 Rz 5.

¹⁴ Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 777 Rz 1, schlagen vor, den Wirkungsbereich des § 777 ABGB zudem auch auf Unterhaltsgläubiger zu erstrecken, die nicht pflichtteilsberechtigt sind. Der Begriff des Pflichtteilsberechtigten sei deshalb teleologisch so zu reduzieren, dass §§ 777, 539 ff und 769 ff sinngemäß auf alle Unterhaltsberechtigten angewendet werden können, deren Anspruch nicht verwirkt ist.

¹⁵ Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 795 Rz 1; aA Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II, 2. Hälfte: Familien- und Erbrecht² (1924) 585.

¹⁶ Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 795 Rz 4; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 777 Rz 4.

¹⁷ Musger in KBB⁵ § 777 Rz 2; vgl auch Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 795 Rz 4.

¹⁸ Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 777 Rz 4.

¹⁹ Ehrenzweig, Familien- und Erbrecht² 585; Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 795 Rz 4; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 795 Rz 3; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 777 Rz 4. AA Weiß in Klang III² 959; Samek, Das österreichische Pflichtteilsrecht samt Anrechnungsrecht (2004) 91 f.

²⁰ Erbrechtsänderungsgesetz 2015 – ErbRÄG 2015 BGBl I 2015/87.

²¹ Siehe etwa Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 233 Rz 1; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 233 Rz 5; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 10; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 777 Rz 6; ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 22.

²² Nicht so jedoch der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten nach § 78 EheG, der ex lege eine Nachlassverbindlichkeit darstellt (siehe A.4).

²³ Ostheim, Zur Unterhaltsschuld des Erben, NZ 1979, 49 f; Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 796 Rz 2; Welser, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 3; Schwimann, Kindesunterhalt und elterliche Gewalt, in Floretta (Hrsg), Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (1979) 159; Kralik, Erbrecht³ (1983) 347; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht² (1984) 70, 105; Schauer, Rechtsprobleme bei der Anrechnung im Erbrecht, JBl 1980, 449 (459); Zemen, Unterhaltsschuld des Erben und Pflichtteilsansprüche, JBl 1984, 337 (343); Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 796 Rz 1; Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 233 Rz 2; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 1; Hopf in KBB⁵ § 233 Rz 1; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 233 Rz 3; Samek, Pflichtteilsrecht 80 ff; OGH 7 Ob 290/00y SZ 73/191; 10 Ob 46/08z SZ 2008/135; 2 Ob 128/16m Zak 2017, 172. AA Kostner, NZ 1978, 171; Zdesar, NZ 1979, 23; Meyer, Der überschuldete Nachlass, NZ 1979, 94, die den erbrechtlichen Unterhaltsanspruch als Erblasserschuld ansehen. Für die Einordnung als *Erbenschuld*: Ent, NZ 1979, 120 f.

²⁴ Ostheim, NZ 1979, 49 f.

²⁵ So Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 796 Rz 2; ähnlich auch Zemen, JBl 1984, 343.

ches Unterhaltsvermächtnis einzuordnen.²⁶ Barth/Neumayr²⁷ und Stabentheiner/Reiter²⁸ bezeichnen den erbrechtlichen Unterhaltsanspruch als ein *privilegiertes Legatsvermächtnis*.²⁹ Auch Gruber/Palma³⁰ unterscheiden zutreffend zwischen dem *gewillkürten* und dem *gesetzlichen Unterhaltslegat*.

Fraglich ist aber, wie sich diese Einordnung des Unterhaltsanspruchs neben dem gesetzlichen Vorausvermächtnis und dem Pflegevermächtnis als gesetzliches Vermächtnis auf dessen Verhältnis zu anderen erbrechtlichen Forderungen auswirkt.

C. Verhältnis zwischen Pflichtteil und gesetzlichem Unterhaltsvermächtnis

1. Vorrang der Pflichtteilsansprüche

Das Verhältnis zwischen dem gesetzlichen Unterhaltsvermächtnis und den Pflichtteilsansprüchen ist strittig.³¹ Eine konkrete Rangfolge der Ansprüche der Unterhalts- und Pflichtteilsberechtigten lässt sich §§ 233, 747 ABGB nicht entnehmen.³² Es handelt sich also primär um eine *Wertungsfrage*.³³ Diese Wertung spricht nach einem Teil der Lehre³⁴ und der jüngeren Rsp³⁵ für die Unantastbarkeit der Pflichtteile.³⁶

a) Der Pflichtteil als Mindestgarantie für die Familienerbfolge

Zemen argumentiert für den Vorrang der Pflichtteile, dass das Pflichtteilsrecht den Zweck verfolgt, ein Mindestmaß der Familienerbfolge zu sichern, das nicht durch die Testierfreiheit geschmälert werden dürfe.³⁷ Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis habe hingegen seinen Zweck weitestgehend verloren, weil ohnehin jedem Unterhaltsberechtigten ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht zukomme. Zudem führe der Unterhaltsanspruch zu einer Belastung des Nachlasses, die nach dem objektiven Zweck des Erbrechts und der Absicht des Gesetzgebers nicht die Pflichtteilsberechtigten treffen soll.³⁸ Für den Vorrang der Pflichtteile spreche daher der vorrangig zu verwirklichende *Schutz der Familie* in der nicht zu beschneidenden Gestalt des Pflichtteils, der die *Mindestgarantie für den Bestand der Familienerbfolge* darstelle.³⁹

b) Streichung des § 796 a ABGB

Welser und, diesem folgend, Zemen weisen darauf hin, dass die RV⁴⁰ zur Neufassung des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses noch einen § 796 a ABGB vorgesehen hat, in dem der Vorrang der Pflichtteile gegenüber dem Unterhalt ausdrücklich angeordnet wurde.⁴¹ Der Justizausschuss verwarf den enthaltenen § 796 a ABGB mit der Begründung, dass eine ausdrückliche Absicherung des Pflichtteils nicht erforderlich erscheine.⁴² Daraus schließt Welser, dass der Gesetzgeber ohnehin den Vorrang der Pflichtteile als selbstverständlich angesehen habe. Ostheim hält dieser Schlussfolgerung entgegen, dass die Ausführungen des JA anders zu deuten sind: Der Gesetzgeber habe mit der Streichung dem Unterhaltsberechtigten vielmehr in jenen Notstandsfällen, in denen das Unterhaltslegat trotz der Anrechnung aller Zuwendungen überhaupt noch besteht, den Vorrang vor den Pflichtteilsberechtigten einräumen wollen.⁴³

c) Pflichtteilsrecht des Ehegatten

Besonders in Bezug auf den Anspruch des Ehegatten spreche laut Welser für den Vorrang der Pflichtteile, dass dem Ehegatten selbst auch ein Pflichtteil zukommt (§ 757 ABGB). Der Anspruch des Ehegatten ist außerdem seit der Eherechtsreform 1978⁴⁴ nicht mehr auf

²⁶ Zemen, JBl 1984, 348. Vgl bereits Schiffner, Die sogenannten gesetzlichen Vermächtnisse (1895) 52f, der den erbrechtlichen Unterhaltsanspruch des Ehegatten als *gesetzliches Alimentenvermächtnis* bezeichnet.

²⁷ Barth/Neumayr in Klang³ § 142 Rz 6.

²⁸ Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 233 Rz 4.

²⁹ Wie Gruber/Palma, Das Pflegevermächtnis, in FS Bittner (2018) 219 FN 95, zutreffend anmerken, ist anstelle des Pleonasmus *Legatsvermächtnis* offenbar *Legalvermächtnis* gemeint.

³⁰ Gruber/Palma in FS Bittner 219.

³¹ Vorrang der Pflichtteilsansprüche: Welser in Rummel, ABGB I § 796 Rz 10; Zemen, JBl 1984, 343 ff; Schauer, JBl 1980, 449 f; Samek, Pflichtteilsrecht 112; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 796 Rz 5; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 796 ABGB Rz 7; Barth/Neumayr in Klang³ § 142 Rz 6; Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 233 Rz 5; Hopf in KBB⁵ § 233 Rz 1; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 233 Rz 4; Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 233 Rz 2. Vorrang der Unterhaltsansprüche: Ostheim, NZ 1979, 49 ff; Ostheim, Das neue österreichische Ehegattenerbrecht, FamRZ 1980, 311 (316 f); Ostheim, Schwerpunkte 71; Schwimann in Floretta, Ehe- und Kindschaftsrecht 159; Kralik, Erbrecht³ 347; Gschnitzer/Faistenberger, Erbrecht² 105; Apathy/Musger in KBB⁵ § 747 Rz 5.

³² Welser in Rummel, ABGB I § 796 Rz 7.

³³ Welser in Rummel, ABGB I § 796 Rz 10.

³⁴ Welser in Rummel, ABGB I § 796 Rz 10; Zemen, JBl 1984, 343 ff; Schauer, JBl 1980, 449 f; Samek, Pflichtteilsrecht 112; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 796 Rz 5; Hopf/Kathrein, Eherecht³ § 796 ABGB Rz 7; Barth/Neumayr in Klang³ § 142 Rz 6; Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 233 Rz 5; Hopf in KBB⁵ § 233 Rz 1; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 233 Rz 4; Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} 233 Rz 2.

³⁵ OGH 2 Ob 128/16m Zak 2017, 172; 7 Ob 290/00y JBl 2001, 511.

³⁶ Welser in Rummel, ABGB I § 796 Rz 10.

³⁷ Zemen, JBl 1984, 344.

³⁸ Zemen, JBl 1984, 344.

³⁹ Zemen, JBl 1984, 344.

⁴⁰ RV 136 BlgNR 14. GP 2.

⁴¹ Welser, Erbrechtliche Probleme, Vortrag beim Hochschulkurs des Instituts für Zivilrecht der Universität Wien in Altmünster, September 1979, zitiert nach Ostheim, FamRZ 1980, 316; Zemen, JBl 1984, 345.

⁴² JAB 916 BlgNR 14. GP 6.

⁴³ Ostheim, FamRZ 1980, 317.

⁴⁴ Bundesgesetz vom 15. 6. 1978 über Änderungen des Ehegattenerbrechts, des Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts BGBl 1978/280.

den notwendigen Unterhalt (§ 796 ABGB idF JGS 1811/946), sondern auf den Unterhalt nach § 94 ABGB gerichtet, der nicht auf Kosten der Pflichtteilsberechtigten geleistet werden soll.⁴⁵ Aus der RV⁴⁶ gehe zudem hervor, dass der Gesetzgeber das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis der Ehegatten tendenziell eher abschwächen wollte.⁴⁷

d) Anrechnungsanordnung setzt Pflichtteil voraus

Zemen führt für den Vorrang der Pflichtteilsansprüche ins Treffen, dass der Pflichtteil nach §§ 233 und 747 ABGB auf den Unterhalt anzurechnen ist. Die Bestimmungen gehen daher davon aus, dass der Pflichtteil dem Unterhalt vorgereicht und ohne Rücksicht auf dessen Höhe an die Berechtigten entrichtet wird.⁴⁸ Ginge der Unterhalt nun aber den Pflichtteilen vor, so könnte dieser die Pflichtteile schmälern oder auch ganz aufzehren. Zemen nimmt daher an, dass der Gesetzgeber mit der Anrechnungsanordnung den Bestand der Pflichtteile vorausgesetzt hat,⁴⁹ weshalb der Pflichtteil keinesfalls vom Umfang der Unterhaltsschuld abhängig gemacht werden dürfe.⁵⁰

Wie Zankl zeigt, kann die Anrechnungsanordnung aber auch anders verstanden werden: Die Anrechnung auf den Unterhalt soll nicht die Rangordnung zwischen Unterhalt und Pflichtteil regeln, sondern die Doppelbegünstigung ein und desselben Pflichtteilsberechtigten verhindern. Daraus folge, dass das Unterhaltslegat nur besteht, soweit es den Pflichtteilsanspruch ein und desselben Berechtigten übersteigt, aber nicht, dass der Unterhalt gekürzt werden oder entfallen muss, um den Pflichtteil eines anderen Pflichtteilsberechtigten zu sichern.⁵¹

e) Historische Interpretation

Für den Vorrang der Pflichtteile wird auch vorgebracht, dass sich bereits Zeiller für den Vorrang gegenüber dem Unterhaltsanspruch des Ehegatten ausgesprochen habe.⁵² Nach diesem soll bei der Berechnung des Unterhaltsanspruchs zum Schutz der Erben auf den Stand der Verlassenschaft Rücksicht genommen werden. Der Unterhalt soll dabei nicht höher sein als ein angemessener Erb- oder Pflichtteil.⁵³

Dagegen wendet Zankl ein, dass den Ausführungen Zeillers zu § 796 ABGB idF JGS 1811/946⁵⁴ keine Rangfolge zwischen Pflichtteils- und Unterhaltsansprüchen entnommen werden kann, sondern lediglich eine Beschränkung des Unterhaltsanspruchs, den die Urfassung des ABGB noch nicht ausdrücklich beinhaltet hat.⁵⁵ Zeiller habe mit der Bedachtnahme auf den Stand der Verlassenschaft nur gemeint, dass sich der Unterhaltsanspruch nicht nach dem Vermögen der Erben, sondern nach jenem der Verlassenschaft richtet. Der Erbe soll nicht einerseits nur einen unbedeutend geringen Nachlass erhalten, andererseits aber dem Unterhaltsberechtigten als persönlicher Schuldner für den gesamten Unterhalt haften, der den Nachlass womöglich übersteigt.⁵⁶

f) Pflichtteil als stabile Größe

Der Vorrang der Pflichtteile verhindert laut Zemen, dass durch die Kapitalisierung des Unterhaltsanspruchs unlösbare Probleme bei der Durchsetzung der Ansprüche entstehen, weil der Pflichtteil im Verlassenschaftsverfahren endgültig ermittelt wird.⁵⁷ Der *Pflichtteil als stabile Größe*, die durch den Unterhalt nicht verändert werden kann, spreche allein deshalb schon für den Vorrang der Pflichtteile.⁵⁸

Diese Ansicht beruht auf der laut Zankl keineswegs selbstverständlichen Annahme,⁵⁹ dass die Pflichtteile bei einer nachträglichen Änderung der Unterhaltsansprüche neu zu berechnen sind.⁶⁰ Eine Anpassung der Pflichtteilsansprüche wäre dann aber in nahezu jedem Erbfall erforderlich und würde zu einer Vielzahl an Nachzahlungs- und Nachforderungsansprüchen führen. Dadurch käme es nach Zankl zu einer rechtspolitisch unerträglichen Belastung der Praxis. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sich die Chance auf Erhöhung und das Risiko auf Minderung der Ansprüche gegenseitig aufheben. Die Tatsache, dass solche Entwicklungen stets unsicher und nur bedingt vorhersehbar sind,

⁴⁵ Welser in Rummel, ABGB I § 796 Rz 10; ebenso Welser, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 11.

⁴⁶ RV 136 BlgNR 14. GP 11 f.

⁴⁷ Welser in Rummel, ABGB I § 796 Rz 10; Welser, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 11.

⁴⁸ Zemen, JBl 1984, 344.

⁴⁹ Zemen, JBl 1984, 345.

⁵⁰ Zemen, JBl 1984, 344 f.

⁵¹ Zankl, Das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten (1996) 141.

⁵² Zemen, JBl 1984, 345.

⁵³ Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie II/2 (1812) 826 f.

⁵⁴ Zeiller, Commentar II/2 826 f: „In der Ausmessung des Betrages muß man zugleich auf den Stand der Verlassenschaft gerechten Bedacht nehmen, damit den Rechten der Erben, vorzüglich der Kinder, nicht zu nahe getreten, und dem überlebenden Ehegatten nicht noch ein größerer Betrag zuerkannt wird, als ein angemessener Pflicht- oder Erbtheil (§§ 757 u. 758) ausmachen würde.“

⁵⁵ Zankl, Vorausvermächtnis 143.

⁵⁶ Zankl, Vorausvermächtnis 143.

⁵⁷ Zemen, JBl 1984, 345.

⁵⁸ Zemen, JBl 1984, 345.

⁵⁹ Zankl, Vorausvermächtnis 142.

⁶⁰ So etwa Kostner, NZ 1978, 172; Ostheim, NZ 1979, 54; Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 796 Rz 14: Nachträgliche Änderungen in den Anrechnungsposten oder im Bedarf können den Anspruch beeinflussen, woraus sich bei zunächst vorgenommenen Kürzungen Ansprüche der Vermächtnisnehmer ergeben können. AA aber Ostheim, Schwerpunkte 71: Die Gefahr, aber auch die Chancen dieser Unsicherheitsfaktoren treffen diejenigen, die durch den Unterhaltsanspruch in ihren erbrechtlichen Ansprüchen beeinträchtigt werden.

werde zudem bereits durch die Berechnung der Ansprüche nach versicherungsmathematischen Methoden berücksichtigt. Die erneute Berechnung der Ansprüche, und damit erneute Berücksichtigung der geänderten Umstände, sei daher entbehrlich.⁶¹ Die stabile Größe des Pflichtteils lässt sich aber ohnehin nicht verwirklichen, sobald sich im Nachlass Passiva befinden, deren Umfang im Zeitpunkt der Pflichtteilsberechnung noch nicht endgültig feststeht, wie etwa Leibrenten oder Fruchtgenussrechte. Da solche zu kapitalisierende Schulden aber den Pflichtteilen vorgehen, kann die Unsicherheit des Unterhaltsanspruchs nur schwer für den Vorrang der Pflichtteilsansprüche sprechen.⁶²

2. Vorrang des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses

Die Autoren der Gegenmeinung⁶³ sowie die ältere Rsp⁶⁴ vertreten die Ansicht, dass der erbrechtliche Unterhaltsanspruch den Pflichtteilsansprüchen im Rang vorgeht. Für diese Meinung sprechen die folgenden Argumente:

a) Haftung bis zum Wert der Verlassenschaft

Für *Ostheim* ergibt sich der Vorrang der Unterhaltsansprüche bereits aus dem Wortlaut der Bestimmungen. Nach §§ 233, 747 ABGB besteht der Unterhalt nur bis zum Wert der Verlassenschaft. Unter diesem sei der reine Nachlass zu verstehen.⁶⁵ Erreicht der Unterhalt nun genau den Wert der Verlassenschaft oder übersteigt ihn, so sei eben die gesamte Verlassenschaft zur Deckung des Unterhalts heranzuziehen. Für Pflichtteilsansprüche sei dann im reinen Nachlass kein Platz mehr.⁶⁶

b) Vorrang des notwendigen Unterhalts

Für den Vorrang des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses und gegen die Unantastbarkeit der Pflichtteile spricht die Wertung des § 777 ABGB.⁶⁷ Dieser gewährt selbst dem Enterbten oder Erbunwürdigen stets den notwendigen Unterhalt. Der Anspruch auf den notwendigen Unterhalt kann dem Berechtigten also – im Ge-

gensatz zum Pflichtteilsanspruch – nicht entzogen werden, gleichgültig welche schwerwiegenden Enterbungs- oder Erbunwürdigkeitsgründe er auch gesetzt haben mag. Im Hinblick darauf spricht Zankl zumindest im Umfang des notwendigen Unterhalts von einer Unantastbarkeit der Unterhaltsansprüche.⁶⁸ Nach *Apathy/Musger* spricht diese Wertung nicht nur für den Vorrang des notwendigen Unterhalts, sondern generell für den Vorrang aller erbrechtlichen Unterhaltsansprüche.⁶⁹

Hervorzuheben ist hier mE auch das Verhältnis des notwendigen Unterhalts zu dem Pflichtteil der Nachkommen des Enterbten oder Erbunwürdigen. Der notwendige Unterhaltsanspruch mindert nämlich den Umfang des Pflichtteils, den die Nachkommen des Enterbten oder Erbunwürdigen an dessen Stelle erhalten.⁷⁰ Erreicht der notwendige Unterhalt die Höhe des Pflichtteils, so erlischt der Anspruch der Nachkommen. Der Unterhalt geht dem Pflichtteil in diesem Fall also vor. Für sich genommen rechtfertigt dieses Argument aber noch keinen Vorrang des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses, weil in erster Linie die interne Aufteilung der Summe auf den Enterbten bzw Erbunwürdigen und dessen Nachkommen geregelt wird. Es soll eine Doppelbegünstigung der Linie des Enterbten bzw Erbunwürdigen vermieden werden. Dennoch kann dieser Regelung die Wertung entnommen werden, dass bei einer begrenzten Haftsumme der Deckung eines Unterhaltsbedarfs Vorrang vor der bloßen Vermögensvermehrung zukommen soll.

c) Vorrang des Unterhaltsanspruchs geschiedener Ehegatten

Ein weiteres Argument für die Wertung, dass das gesetzliche Unterhaltslegat den Pflichtteilen vorgehen soll, liefert nach *Apathy* § 78 EheG.⁷¹ Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten geht nach dem Tod des Unterhaltsschuldners auf dessen Erben als Nachlassverbindlichkeit über⁷² und hat demnach Vorrang vor den Pflichtteilen,⁷³ obwohl der geschiedene Ehegatte nicht pflichtteilsberechtigt ist.⁷⁴

⁶¹ Zankl, Vorausvermächtnis 133, mit Verweis auf Bartsch/Pollak, Konkurs-, Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz II³ (1937), und OGH 5 Ob 115/75 SZ 48/92.

⁶² Zankl, Vorausvermächtnis 142.

⁶³ *Ostheim*, NZ 1979, 49 ff; *Ostheim*, FamRZ 1980, 316 f; *Ostheim*, Schwerpunkte 71; *Schwimann in Floretta*, Ehe- und Kindschaftsrecht 159; *Kralik*, Erbrecht³ 347; *Gschnitzer/Faistenberger*, Erbrecht² 105; *Apathy/Musger*, KBB⁵ § 747 Rz 5; zust *Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 7.

⁶⁴ OGH 1 Ob 372/26 SZ 8/165; 8 Ob 346/67 JBl 1968, 623. Siehe auch OGH 2 Ob 128/16 m NZ 2017, 266.

⁶⁵ Siehe etwa *Ostheim*, NZ 1979, 50; *Ostheim*, Schwerpunkte 70; *Schwimann in Floretta*, Ehe- und Kindschaftsrecht 159; *Gschnitzer/Faistenberger*, Erbrecht² 70; *Pichler in Rummel*, ABGB I § 142 Rz 2.

⁶⁶ *Ostheim*, FamRZ 1980, 316; *Ostheim*, Schwerpunkte 71.

⁶⁷ *Apathy/Musger*, KBB⁵ § 747 Rz 5. Vgl Zankl, Vorausvermächtnis 140 FN 247 zu § 795 ABGB aF.

⁶⁸ Zankl, Vorausvermächtnis 140 FN 247 zu § 795 ABGB aF.

⁶⁹ *Apathy/Musger*, KBB⁵ § 747 Rz 5.

⁷⁰ *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 795 Rz 1; aA *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II 2. Hälfte: Familien- und Erbrecht² (1924) 585.

⁷¹ *Apathy*, KBB⁴ § 796 Rz 5; aA *Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 7.

⁷² Siehe auch OGH 8 Ob 532/92.

⁷³ Vgl *Kostner*, NZ 1978, 171; *Zdesar*, NZ 1979, 24; dazu auch *Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 779 Rz 1 ff; *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 784 Rz 6; *Eccher in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 784 Rz 8 f.

⁷⁴ *Apathy/Musger*, KBB⁵ § 747 Rz 5; *Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 757 Rz 1.

d) Bevorzugung von Zuwendungen mit Unterhaltscharakter

Von Apathy/Musger wird als weiteres Argument für den Vorrang des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses vorgebracht, dass § 691 ABGB eine Bevorzugung von Zuwendungen mit Unterhaltscharakter im Erbrecht rechtfertigt. Nach § 691 ABGB werden letztwillige Unterhaltsvermächtnisse an erster Stelle entrichtet, wenn nicht alle Vermächtnisnehmer aus der Verlassenschaft befriedigt werden können. Diese Wertung bestätigt auch § 764 Abs 2 ABGB, wonach der Ehegatte mit dem gesetzlichen Vorausvermächtnis, dem ebenfalls Unterhaltscharakter beigemessen wird,⁷⁵ nicht zur Entrichtung der verkürzten Pflichtteile beizutragen hat.⁷⁶

e) Vorrang als Legalvermächtnis

Gem § 764 Abs 2 ABGB gehen sowohl das gesetzliche Vorausvermächtnis als auch das gesetzliche Pflegevermächtnis den Pflichtteilen im Rang vor. Die jeweils Berechtigten müssen mit ihrem Legalvermächtnis also nicht zur Deckung des Pflichtteils beitragen.⁷⁷ Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis wird in dieser Bestimmung nicht erwähnt. Daraus lässt sich mE aber keineswegs schließen, dass das gesetzliche Unterhaltslegat den Pflichtteilen im Rang nachgehen soll. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Wertung des § 764 Abs 2 ABGB nicht auf das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis ausgedehnt werden muss.

So wie das gesetzliche Vorausvermächtnis und das gesetzliche Pflegevermächtnis⁷⁸ beruht auch das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis nicht auf dem Willen des Erblassers, sondern auf dem Gesetz (§§ 233, 747 ABGB). Zudem wird dem gesetzlichen Vorausvermächtnis – ausgenommen jenem des Lebensgefährten – und dem gesetzlichen Unterhaltsvermächtnis ein pflichtteilsähnlicher Charakter zugeschrieben.⁷⁹ Nach Welser beruht das gesetzliche Vorausvermächtnis des § 745 ABGB *auf dem Gedanken, dass dem überlebenden Ehegatten, dem eingetragenen Partner oder Lebensgefährten seine bisherigen Lebensverhältnisse erhalten bleiben sollen.*⁸⁰ Diesen Gedanken verfolgt auch das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis. So richtet sich der Unterhalt nach § 233 ABGB nach den letzten Lebens-

verhältnissen des Erblassers⁸¹ und den aktuellen Bedürfnissen des Kindes.⁸² Auch der Anspruch nach § 747 ABGB soll nach hA den bisherigen Lebensverhältnissen des Erblassers und des überlebenden Ehegatten entsprechen.⁸³ Sowohl Vorausvermächtnis als auch Unterhalt verfolgen also den Zweck, die Versorgung des Berechtigten sicherzustellen. Dies äußert sich auch im Unterhaltscharakter des gesetzlichen Vorausvermächtnisses.⁸⁴

Bereits diese Ähnlichkeiten sprechen mE für die Wertung, dass erbrechtliche Unterhaltsansprüche ebenso wie das gesetzliche Vorausvermächtnis und das gesetzliche Pflegevermächtnis den Pflichtteilen im Rang vorgehen. Wenn man nun Zemen⁸⁵ folgend davon ausgeht, dass der erbrechtliche Unterhaltsanspruch als *gesetzliches Vermächtnis* einzustufen ist, so spricht diese Einordnung mE umso mehr dafür, dass auch dieses *gesetzliche Unterhaltsvermächtnis* in der Rangfolge ebenso behandelt wird wie das *gesetzliche Vorausvermächtnis* und das *gesetzliche Pflegevermächtnis*.

f) Bedarfsabhängigkeit des Unterhaltslegats

Für den Vorrang des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses spricht weiters, dass der Unterhalt aufgrund der umfassenden Anrechnungsanordnung ohnehin nur in Fällen der Bedürftigkeit gewährt wird.⁸⁶ Die Anrechnungsanordnung verfolgt ja gerade den Zweck, dass der Unterhaltsanspruch nur besteht, soweit der Bedarf nicht anders gedeckt werden kann. Die Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten sind im Gegensatz dazu vollkommen bedarfsunabhängig.⁸⁷

Wie Zankl zutreffend aufzeigt, erscheint die Ansicht von Zemen, dass die Pflichtteilsansprüche die Mindestgarantie für den Bestand der Familienerbfolge⁸⁸ darstellen, als Argument für die Unantastbarkeit der Pflichtteile vor diesem Hintergrund durchaus fragwürdig.⁸⁹ Sowohl dem Pflichtteilsrecht als auch dem Unterhaltsrecht liegt der Gedanke der familiären Verbundenheit zu Grunde. Mit diesem Gedanken ist nur schwer vereinbar, dass das Pflichtteilsinteresse, das lediglich auf eine Vermehrung des Vermögens des Berechtigten gerichtet ist,

⁷⁵ Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 758 Rz 7; siehe auch Zankl, Vorausvermächtnis 109ff mwN.

⁷⁶ Apathy/Musger, KBB⁵ § 747 Rz 5.

⁷⁷ Dazu etwa Zankl, Vorausvermächtnis 125ff; Welser in Rummel/Lukas⁴ § 758 Rz 2; Welser, Erbrechts-Kommentar § 745 Rz 4; Apathy/Musger in KBB⁵ § 764 Rz 4.

⁷⁸ Siehe etwa Welser, Erbrechts-Kommentar § 647 Rz 3; Kolmasch in Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKomm⁴ § 678 Rz 2.

⁷⁹ Zum gesetzlichen Vorausvermächtnis etwa Welser, Erbrechts-Kommentar § 745 Rz 4; Scheuba in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 745 Rz 3, je mwN. Zum gesetzlichen Unterhaltsvermächtnis: Zemen, JBI 1984, 348.

⁸⁰ Welser, Erbrechts-Kommentar § 745 Rz 1.

⁸¹ Zdesar, NZ 1979, 23; Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 233 Rz 7; Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 4; 7 Ob 290/00y JBI 2001, 511; 6 Ob 131/01k EFSlg 100.183f.

⁸² Barth/Neumayr in Klang³ § 142 Rz 6; Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 4; 7 Ob 290/00y JBI 2001, 511.

⁸³ Samek, Pflichtteilsrecht 88f; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 3; OGH 7 Ob 560/85 NZ 1986, 161.

⁸⁴ Dazu etwa Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 758 Rz 7; siehe auch Zankl, Vorausvermächtnis 109ff mwN.

⁸⁵ Zemen, JBI 1984, 348; so auch Barth/Neumayr in Klang³ § 142 Rz 6; Stabenheimer/Reiter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 233 Rz 4; Gruber/Palma in FS Bittner 219.

⁸⁶ So Ostheim, FamRZ 1980, 316.

⁸⁷ Vgl Zankl, Vorausvermächtnis 140.

⁸⁸ Zemen, JBI 1984, 343f.

⁸⁹ Zankl, Vorausvermächtnis 140.

völlig bedarfsunabhängig vor die Befriedigung der Lebensbedürfnisse von Familienangehörigen gestellt wird, die nicht selbsterhaltungsfähig sind.⁹⁰ Es kann deshalb mE auch nicht Zweck des Pflichtteilsrechts sein, dem selbsterhaltungsfähigen Pflichtteilsberechtigten einen Vermögensvorteil auf Kosten des Unterhaltsberechtigten zu gewähren, der auf den Unterhaltsanspruch angewiesen ist. Denn besteht seitens des Pflichtteilsberechtigten ebenfalls ein ungedeckter Bedarf, so hat er ohnehin auch selbst einen Unterhaltsanspruch gegen die Erben.

3. Ehegattenunterhalt – Pflichtteil – Kindesunterhalt?

Die Rsp zum Verhältnis zwischen Unterhalts- und Pflichtteilsansprüchen ist uneinheitlich. In der E 7 Ob 290/00y⁹¹ hat der OGH ausgesprochen, dass das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis den Pflichtteilsansprüchen im Rang nachgehe. In einem späteren Urteil wurde die Frage nach der Rangfolge jedoch offengelassen.⁹² In der E 2 Ob 128/16 m zum Unterhaltslegat der Kinder nach § 233 ABGB hat sich der OGH nun ausdrücklich der Ansicht angeschlossen, dass der *Pflichtteil als nicht zu beschneidende Mindestgarantie der Familienerbfolge* anzusehen ist und deshalb den Unterhaltsansprüchen im Rang vorgeht.⁹³ An einer anderen Stelle derselben E führt der OGH aber aus, dass der Unterhaltsanspruch des Ehegatten nach § 747 ABGB *auf dem ganzen reinen Nachlass haftet und nach der Rsp den Ansprüchen aller Legatäre und Erben, auch der versorgten Noterben, vorgeht*.⁹⁴ Der OGH legt die nahezu gleichlautenden Bestimmungen der §§ 233 und 747 ABGB also offenbar unterschiedlich aus. Dies verwundert umso mehr, wenn man bedenkt, dass das für den Senat ausschlaggebende Argument, nämlich die Mindestgarantie der Familienerbfolge, von *Zemen* stammt, dessen Ausführungen sich ausdrücklich auch auf den Unterhaltsanspruch der Ehegatten beziehen.⁹⁵ Zudem werden die Ansprüche nach den nahezu gleichlautenden §§ 233 und 747 ABGB in der Lehre weitestgehend gleichbehandelt und nahezu identisch ausgelegt.⁹⁶ Ein Auslegungsergebnis, das den erbrechtlichen Kindes-

und Ehegattenunterhalt unterschiedlich behandelt, ist daher mE abzulehnen.

Kimla geht davon aus, dass die unterschiedliche Behandlung der Unterhaltsansprüche, die sich aus dieser Entscheidung ergibt, auf ein Versehen zurückzuführen ist. Er vermutet deshalb, dass der OGH seine Judikatur bei nächster Gelegenheit wieder angleichen wird.⁹⁷

D. Verhältnis zwischen Unterhalt und Vermächtnissen

Nach hA geht das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis den letztwilligen Vermächtnissen im Rang vor.⁹⁸ Für *Welser* ergibt sich dieser Vorrang aus § 692 ABGB, weil nach diesem die Legatsgläubiger allen anderen Gläubigern nachgehen.⁹⁹ Zu demselben Ergebnis kommt *Zemen* aufgrund des pflichtteilsähnlichen oder pflichtteils-ergänzenden Zwecks des Unterhaltsanspruchs, der nicht durch letztwillige Verfügungen beeinträchtigt werden dürfe.¹⁰⁰ Für diese Ansicht spricht mE zudem, dass nach hA auch dem gesetzlichen Vorausvermächtnis, dem ebenso Pflichtteils- und Unterhaltscharakter zugesprochen wird, Vorrang vor den Vermächtnissen zukommt (§ 764 Abs 2 ABGB).¹⁰¹

E. Berechnung der Unterhalts- und Pflichtteilsansprüche

1. Höhe des Unterhaltsanspruchs

Die Höhe des Unterhalts ist durch Kapitalisierung zu ermitteln.¹⁰² Von der Kapitalisierung könne nach *Ostheim* jedoch abgesehen werden, wenn der Unterhalt nach § 94 ABGB durch die laufenden eigenen Einkünfte gedeckt ist.¹⁰³ In diesem Fall bringt die Anrechnung dieser ebenfalls zu kapitalisierenden Einkünfte den Unterhaltsanspruch aber ohnehin zum Erlöschen.¹⁰⁴

⁹⁰ Zankl, Vorausvermächtnis 140 FN 247.

⁹¹ SZ 73/191.

⁹² OGH 4 Ob 153/06 p.

⁹³ OGH 2 Ob 128/16 m NZ 2017, 266.

⁹⁴ OGH 2 Ob 128/16 m NZ 2017, 266 unter Verweis auf die ältere Judikatur (RIS-Justiz RS0015444).

⁹⁵ Vgl *Zemen*, JBl 1984, 343 f.

⁹⁶ Vgl *Kostner*, Die Unterhaltsschuld des Erben, NZ 1978, 171; *Zdesar*, Die Vererblichkeit des Unterhalts der Kinder und ihre Behandlung im Verlassenschaftsverfahren, NZ 1979, 49; *Ostheim*, Zur Unterhaltsschuld des Erben, NZ 1979, 49; *Ent*, Die Eherechtsreform 1978, NZ 1979, 121; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 2 ff; *Zemen*, Unterhaltsschuld des Erben und Pflichtteilsansprüche, JBl 1984, 337.

⁹⁷ *Kimla*, EvBl 2017, 864, Anm zu OGH 2 Ob 128/16 m.

⁹⁸ *Ostheim*, Schwerpunkte 71; *Schauer*, JBl 1980, 458 f; *Zemen*, JBl 1984, 343; *Zemen*, Zur Kürzung der Vermächtnisse nach § 783 ABGB, ÖJZ 1985, 65 (66 ff); *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 9; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 10; *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 233 Rz 4; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 7; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 2. AA *Ent*, NZ 1979, 120 f.

⁹⁹ *Welser* in *Rummel*, ABGB I § 796 Rz 9.

¹⁰⁰ *Zemen*, JBl 1984, 343 f.

¹⁰¹ *Welser*, NZ 1978, 164; *Zankl*, Vorausvermächtnis 125 ff; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 758 Rz 2; *Apathy/Musger* in *KBB*⁵ § 764 Rz 4; *Scheuba* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 745 Rz 3.

¹⁰² *Kostner*, NZ 1978, 171; *Zdesar*, NZ 1979, 24; *Ostheim*, Schwerpunkte 71; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 5; *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 233 Rz 6; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 14; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 796 ABGB Rz 5; OGH 7 Ob 560/85 NZ 1986, 161.

¹⁰³ *Ostheim*, Schwerpunkte 71.

¹⁰⁴ *Ostheim*, Schwerpunkte 71.

a) Höhe des erbrechtlichen Kindesunterhalts

Die Höhe des Unterhaltslegats des Kindes nach § 233 ABGB richtet sich nicht nach der Leistungsfähigkeit des Nachlasses, sondern nach den letzten Lebensverhältnissen des verstorbenen Elternteils¹⁰⁵ und den aktuellen Bedürfnissen des Kindes.¹⁰⁶ Die Erben schulden daher höchstens den gesetzlichen Unterhalt. Ein höherer Anspruch, den der Erblasser dem Kind vertraglich zugesichert hat, geht daher nicht auf die Erben über.¹⁰⁷

b) Höhe des erbrechtlichen Ehegattenunterhalts

Bei der Ermittlung der Höhe des erbrechtlichen Ehegattenunterhalts nach § 747 ABGB sind die Grundsätze des § 94 ABGB¹⁰⁸ anzuwenden. Der Anspruch soll also auch hier den bisherigen Lebensverhältnissen des Erblassers und des überlebenden Ehegatten entsprechen.¹⁰⁹

Dennoch dürfe laut *Welser* nicht einfach der zuletzt gegen den Erblasser bestehende Unterhalt herangezogen werden.¹¹⁰ Stattdessen seien die angemessenen Bedürfnisse des Unterhaltsberechtigten und die Kräfte des Nachlasses zu berücksichtigen, weil diese eben nicht mit jenen des Erblassers identisch sind.¹¹¹ Aus diesem Grund sei der Unterhalt auch nicht durch die hypothetische Leistungsfähigkeit¹¹² oder voraussichtliche Lebensdauer beschränkt.¹¹³

2. Anrechnung von Zuwendungen

Nach §§ 233 und 747 ABGB sind alle Zuwendungen, die der Berechtigte nach dem Erblasser erhält, auf den Unterhaltsanspruch anzurechnen. Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis ist subsidiär und besteht nur, soweit

er nicht durch die Anrechnungsposten gedeckt werden kann.¹¹⁴ Der Anwendungsbereich der §§ 233 und 747 ABGB beschränkt sich laut *Ostheim* deshalb auf jene Fälle, in denen die Mittel des Berechtigten nicht zur Bestreitung seines Lebensunterhalts ausreichen.¹¹⁵

a) Minderung des Unterhaltsanspruchs

Nach hA mindern die anzurechnenden Leistungen den Unterhaltsanspruch.¹¹⁶ Die Anrechnungsvorschrift gehe laut *Ostheim* schon dem Wortlaut nach davon aus, dass der Unterhaltsberechtigte die anzurechnenden Leistungen auch tatsächlich erhält. Erb- und Pflichtteile müssen dem Unterhaltsberechtigten ebenso zukommen wie Renten oder Lebensversicherungssummen. Demnach könne dem Sinn des Gesetzes nur entsprochen werden, wenn dem Unterhaltsberechtigten alle einzurechnenden Zuwendungen einerseits normal ausgefolgt werden, andererseits aber den konkreten Unterhaltsanspruch entweder mindern oder, wenn die Summe den kapitalisierten Unterhalt übersteigt, erlöschen lassen.¹¹⁷ Dafür spricht mE zudem, dass auch bei der Anrechnung auf den Erbteil (§§ 752 ff ABGB) sowie der Anrechnung auf den Pflichtteil (§§ 780 ff ABGB) eine bereits erhaltene Zuwendung von einem Anspruch abgezogen wird und nicht umgekehrt.¹¹⁸

Nach der Gegenmeinung von *Zdesar* ist die Anrechnungsanordnung im Hinblick auf erbrechtliche Ansprüche hingegen nicht als Minderung des Unterhalts, sondern als eine Art der Begleichung des Anspruchs zu verstehen. Dadurch ergebe sich eine Kürzung der anderen Ansprüche, die nicht zusätzlich zum Unterhaltsanspruch geltend gemacht werden können.¹¹⁹ Der Unterhaltsberechtigte müsse sich demnach entscheiden, ob er den Unterhalt geltend macht oder aber seinen Erb- bzw Pflichtteil oder ein ihm zukommendes Vermächtnis einfordert. Auch *Kostner* nimmt an, dass die Anrechnungsanordnung so zu verstehen sei, dass der unterhaltsberechtigte Miterbe lediglich den Unterhalt erhält und dass mit diesem auch der Erbteil abgegolten ist. Wie *Kostner* selbst anmerkt, benachteiligt diese Ansicht aber den Unterhaltsberechtigten, weil der Erbteil im Gegensatz zum Unterhalt sofort in seiner Gesamtheit fällig wird und auch aus realen Bestandteilen des Nachlasses besteht.¹²⁰

¹⁰⁵ *Zdesar*, NZ 1979, 23; *Neuhauser* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 233 Rz 7; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 4; 7 Ob 290/00y JBl 2001, 511; 6 Ob 131/01k EFSlg 100.183f.

¹⁰⁶ *Barth/Neumayr* in *Klang*³ § 142 Rz 6; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 4; 7 Ob 290/00y JBl 2001, 511.

¹⁰⁷ *Tschugguel*, Die Vererblichkeit der (vertraglichen oder gesetzlichen?) Unterhaltsschuld der Eltern, iFamZ 2008, 218; zust *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 4.

¹⁰⁸ Für eingetragene Partnerschaften sind die Grundsätze des § 12 EPG heranzuziehen.

¹⁰⁹ *Samek*, Pflichtteilsrecht 88 f; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 3; OGH 7 Ob 560/85 NZ 1986, 161.

¹¹⁰ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 4; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 5; OGH 7 Ob 560/85 NZ 1986, 161.

¹¹¹ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 4; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 5.

¹¹² *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 4; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 5; OGH 6 Ob 211/13t; *Eccher* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 796 Rz 3; *Deixler-Hübner*, Erbrechtliche Absicherung des Ehegatten, eingetragenen Partners und Lebensgefährten, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 50f; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 796 ABGB Rz 2.

¹¹³ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 4; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 5; OGH 7 Ob 553/87 NZ 1988, 107; 8 Ob 346/67 JBl 1968, 623; 6 Ob 211/13t.

¹¹⁴ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 11; so auch *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 11; siehe auch OGH 7 Ob 560/85 NZ 1986, 161.

¹¹⁵ *Ostheim*, FamRZ 1980, 316.

¹¹⁶ *Ostheim*, NZ 1979, 52; zust etwa *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 233 Rz 5; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 11. AA *Zdesar*, NZ 1979, 23; *Kostner*, NZ 1978, 172.

¹¹⁷ *Ostheim*, NZ 1979, 52.

¹¹⁸ Vgl zur Terminologie der Anrechnung (ohne Bezugnahme auf den Unterhalt) *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 781 Rz 2.

¹¹⁹ *Zdesar*, NZ 1979, 24.

¹²⁰ *Kostner*, NZ 1978, 172.

b) Anzurechnende Zuwendungen

§§ 233, 747 ABGB nennen als auf den Unterhalt anzurechnende Zuwendungen *alles, was der Unterhaltsberechtigte nach dem Erblasser durch vertragliche oder letztwillige Zuwendung, als gesetzlichen Erbteil, als Pflichtteil und durch öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Leistung erhält*. Die Anrechnung umfasst damit auch Schenkungen auf den Todesfall¹²¹ sowie nach Welser das gesetzliche Vorausvermächtnis.¹²²

Aus der gesetzlichen Formulierung der Anrechnungsanordnung möchte Zdesar ableiten, dass Schenkungen an den Unterhaltsberechtigten zu Lebzeiten des Erblassers, die zum Todeszeitpunkt bereits vollzogen sind, nach §§ 233 und 747 ABGB nicht auf den Unterhalt anzurechnen sind.¹²³ Dem ist mE aus folgenden Gründen zu widersprechen: Nach § 783 ABGB muss sich der Pflichtteilsberechtigte auf Verlangen eines anderen Pflichtteilsberechtigten oder Erben Schenkungen unter Lebenden auf den Pflichtteil anrechnen lassen. Da nach §§ 233 und 747 ABGB wiederum der Pflichtteil auf den Unterhalt anzurechnen ist, muss die Schenkung unter Lebenden jedenfalls im Ergebnis bei der Ermittlung des Unterhalts berücksichtigt werden. Bei den Unterhaltsansprüchen nach §§ 233 und 747 ABGB ist die Schenkung daher mE anzurechnen, soweit sie nicht bereits auf den Pflichtteil angerechnet wurde. Im Regelfall sollte die Schenkung also bei der Anrechnung auf den Pflichtteil berücksichtigt werden. Die subsidiäre Berücksichtigung der Schenkung unter Lebenden bei der Berechnung des Unterhalts ist mE aber dennoch notwendig, nämlich dann, wenn diese den Wert des Pflichtteils übersteigt. Müsste sich der Unterhaltsberechtigte die Schenkung nämlich nur auf den Pflichtteil, nicht aber auch auf den Unterhalt anrechnen lassen, so erhält er aus dem Vermögen des Erblassers im Ergebnis mehr als den Unterhalt, obwohl unter Umständen bereits die übrigen Pflichtteilsberechtigten zu diesem beitragen müssen. Die subsidiäre Anrechnung von lebzeitigen Schenkungen auf den Unterhalt ist mE auch für den Anspruch auf den notwendigen Unterhalt nach § 777 ABGB von Bedeutung.¹²⁴ Hier kommt dem Berechtigten ja gerade kein Pflichtteil zu, auf den die Schenkung angerechnet werden kann.

Aus diesen Gründen ist bei der Anrechnung von Schenkungen auf den Unterhaltsanspruch mE auf den Schenkungsbegriff des § 781 ABGB zurückzugreifen. Demnach sind neben der Schenkung unter Lebenden und

der Schenkung auf den Todesfall auch die Ausstattung eines Kindes, ein Vorschuss auf den Pflichtteil, die Vermögenswidmung an eine Privatstiftung, die Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung sowie jede andere Leistung, die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommt, subsidiär auf den Unterhaltsanspruch anzurechnen.

Zu den anrechenbaren öffentlich-rechtlichen Leistungen zählen insbesondere Zahlungen aus einer Lebensversicherung oder Waisen- bzw. Witwenpension.¹²⁵ Sozialhilfeleistungen sind nur dann auf den Unterhaltsanspruch anzurechnen, wenn das jeweilige Sozialhilfe- bzw. Mindestsicherungsgesetz für den Unterhalt keine Rückzahlung oder Legalzession vorsieht.¹²⁶ Nach Ent sollen auch Ansprüche gegenüber hilfsweise Unterhaltspflichtigen angerechnet werden.¹²⁷

Auf den Unterhaltsanspruch des Ehegatten sind nach § 747 ABGB zudem eigenes Vermögen des Ehegatten sowie Erträge einer Erwerbstätigkeit einzurechnen, die den Umständen nach erwartet werden darf.

c) Reihenfolge der Anrechnung

Ostheim, und diesem folgend die hL, geht davon aus, dass die erbrechtlichen Ansprüche des Unterhaltsberechtigten erst dann anzurechnen sind, wenn die übrigen, nicht im Erbrecht begründeten Zuwendungen nicht ausreichen, um den Unterhalt zu decken.¹²⁸ Dafür spricht, dass, wenn es mehrere Unterhaltsberechtigte gibt, der unterhaltsberechtigte Erbe neben den übrigen Erben auch Schuldner der restlichen Unterhaltsberechtigten ist. Der unterhaltsberechtigte Erbe haftet in diesem Fall mit dem Wert des seinen Unterhalt übersteigenden Erbteils.¹²⁹ Decken also die nicht erbrechtlichen Zuwendungen bereits den gesamten Unterhaltsanspruch des Erben, so stehe den übrigen Unterhaltsberechtigten der gesamte Erbteil als Deckungsfonds zur Verfügung.¹³⁰ Werden hingegen zuerst die nicht erbrechtlichen Zuwendungen auf den Unterhalt angerechnet, so kann dies zu einer ungerechtfertigten Benach-

¹²¹ Zdesar, NZ 1979, 24; Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 796 Rz 11.

¹²² Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 796 Rz 11; Welser, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 12; aA Zankl, Vorausvermächtnis 138f.

¹²³ Zdesar, NZ 1979, 24.

¹²⁴ Die Anrechnungsanordnung der §§ 233, 747 ABGB sind nach hA analog auf § 777 ABGB anzuwenden. Vgl dazu Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 795 Rz 4; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 777 Rz 4.

¹²⁵ Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 233 Rz 6; Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 5; Barth/Neumayr in Klang³ § 142 Rz 16; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 233 Rz 5; OGH 3 Ob 160/10s; 7 Ob 290/00y JBl 2001, 511; 4 Ob 153/06p EFSlg 113.695; LG Wels 21 R 37/06z EFSlg 113.698.

¹²⁶ Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 5; OGH 4 Ob 153/06p eclex 2007/1. AA Ent, NZ 1979, 121, der Sozialleistungen unabhängig von etwaigen Rückzahlungsverpflichtungen oder Legalzessionen anrechnet.

¹²⁷ Ent, NZ 1979, 121.

¹²⁸ Ostheim, NZ 1979, 52 FN 16 a; Ostheim, Schwerpunkte 72; zust Neuhauser in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 233 Rz 6; Limberg in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 5; Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 233 Rz 5. Vgl auch Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 795 Rz 13.

¹²⁹ Ostheim, Schwerpunkte 72.

¹³⁰ Ostheim, Schwerpunkte 72.

teilung der übrigen Unterhaltsberechtigten führen, weil sich deren Haftungsfonds verringert.¹³¹

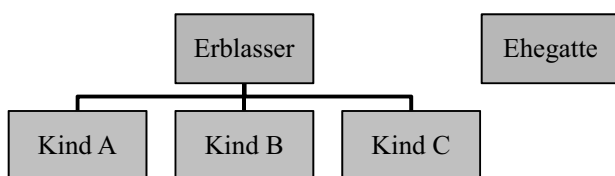
3. Berechnung bei Vorrang der Unterhaltsansprüche

Folgt man der Ansicht, dass das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis nach §§ 233 und 747 ABGB eine Erbfallschuld ist, die den Pflichtteilen im Rang vorgeht, so werden die Ansprüche der beteiligten Personen mit *Ostheim* folgendermaßen ermittelt:

Zunächst sind – wie bei der Pflichtteilsberechnung – der reine Nachlass und von diesem die vorläufigen Erb- und Pflichtteile zu ermitteln und den berechtigten Personen zuzuweisen. Gesondert davon wird der Umfang der Unterhaltsansprüche unter Anrechnung aller nicht erbrechtlichen Zuwendungen berechnet. Der Pflichtteil der Unterhaltsberechtigten ist vom jeweiligen Unterhalt abzuziehen. Zu den verbleibenden, ungedeckten Unterhaltsansprüchen müssen zunächst die Erben mit ihren den Pflichtteil übersteigenden Erbteilen beitragen. Reichen diese nicht zur vollständigen Deckung des Unterhaltsanspruchs aus, so werden die Pflichtteile aller Beteiligten, denen selbst kein Unterhalt zusteht, anteilig gekürzt. Können auch so nicht alle Unterhaltsansprüche gedeckt werden, weil die Summe der Unterhaltsansprüche den reinen Nachlass übersteigt, so werden die Unterhaltsansprüche anteilig gekürzt.¹³²

Darüber hinaus illustriert *Ostheim* die Methode zur Berechnung der Ansprüche mit folgenden Beispielen:¹³³

a) Beispiel 1



Abbildung

Der Erblasser hinterlässt die Kinder A, B und C sowie den Ehegatten E, der Alleinerbe ist. Der reine Nachlass beträgt 540.000, die Pflichtteile der Kinder 60.000 und der Pflichtteil des Ehegatten 90.000. C hat zudem einen Unterhaltsanspruch in Höhe von 450.000.

Reiner Nachlass	540.000
Erbteil Alleinerbe E (Ehegatte)	360.000
- davon Pflichtteil E	90.000
Pflichtteil A	60.000
Pflichtteil B	60.000
Pflichtteil C	60.000
Unterhaltsanspruch C (U_g)	450.000

Zunächst ist der Pflichtteil von C in Höhe von 60.000 auf den Unterhaltsanspruch anzurechnen. Für den verbleibenden Anspruch von 390.000 muss zuerst der Alleinerbe E mit seinem den Pflichtteil übersteigenden Erbteil in Höhe von 270.000 (360.000 – 90.000) aufkommen. Es verbleibt ein ungedeckter Unterhalt von 120.000.

Unterhalt C gekürzt ($U_g - Pt_C$)	390.000
Beitrag Erbteil E (Erbteil E – Pt_E)	270.000
verbleibender ungedeckter Unterhalt C	120.000

Zu diesem verbleibenden Unterhaltsanspruch in Höhe von 120.000 müssen die übrigen Pflichtteilsberechtigten im Verhältnis ihrer Pflichtteile (3 : 2 : 2) beitragen. E erhält daher nur einen verminderten Pflichtteil in Höhe von 38.570; A und B erhalten jeweils 25.715. C kommt in Summe der gesamte Unterhalt von 450.000 zu.

Beitrag Pt_E	51.426
Beitrag Pt_A	34.284
Beitrag Pt_B	34.284
verbleibender Pt_E	38.570
verbleibender Pt_A	25.715
verbleibender Pt_B	25.715

b) Beispiel 2

Modifiziert man dieses Beispiel dahingehend, dass nun auch dem Ehegatten E ein Unterhalt in Höhe von 90.000 zusteht, ist folgendermaßen vorzugehen: Zuerst ist wie zuvor der Pflichtteil von C auf dessen Unterhaltsanspruch anzurechnen. Der verbleibende Betrag (390.000) wird wiederum von E in der Höhe seines den Pflichtteil übersteigenden Erbteils (270.000) gedeckt. E muss sich auf seinen Unterhaltsanspruch (90.000) den verbleibenden Erbteil in Höhe von 90.000 anrechnen lassen. Der Anspruch von E ist also voll gedeckt. Der noch offene Unterhalt von C (120.000) wird nun nur mehr von A und B getragen (je 60.000). A und B müssen also mit ihren gesamten Pflichtteilen zum Unterhalt beitragen. E muss seinen eigenen Unterhalt hingegen nicht für den Unterhalt von C kürzen lassen.

Beitrag Pt_E	0
Beitrag Pt_A	60.000
Beitrag Pt_B	60.000
verbleibender Pt_E	90.000
verbleibender Pt_A	0
verbleibender Pt_B	0

c) Beispiel 3

Auch in diesem Beispiel wird von der obigen Situation ausgegangen, mit der Ausnahme, dass der Unterhaltsanspruch von E nun 180.000 beträgt. Die Summe der Unterhaltsansprüche (630.000) übersteigt also den reinen Nachlass.

¹³¹ *Ostheim*, Schwerpunkte 72.

¹³² *Ostheim*, NZ 1979, 53.

¹³³ *Ostheim*, NZ 1979, 53; dieselben Beispiele finden sich bei *Ostheim*, Schwerpunkte 71 FN 72.

Reiner Nachlass	540.000
Erbteil Alleinerbe E (Ehegatte)	360.000
- davon Pflichtteil E	90.000
Unterhalt E	180.000
Pflichtteil A, B, C	je 60.000
Unterhalt C	450.000
Summe Unterhaltsansprüche	630.000

Auch hier sind zunächst die Pflichtteile auf die Unterhaltsansprüche anzurechnen. Der offene Unterhalt von E beträgt also 90.000 (180.000 – 90.000), jener von C 390.000 (450.000 – 60.000). Der verbleibende Nachlass in Höhe von 390.000 (540.000 – 90.000 – 60.000) wird im Verhältnis der offenen Unterhaltsansprüche auf E und C aufgeteilt. E erhält daher in Summe 163.125. Die Ansprüche von C belaufen sich auf 376.875. A und B erhalten nichts.

Verhältnis $U_E : U_C$	3 : 13
Unterhalt E gekürzt (390.000 x 3/16)	73.125
Unterhalt C gekürzt (390.000 x 13/16)	316.875
Summe Ansprüche E	163.125
Summe Ansprüche C	376.875

4. Berechnung bei Vorrang der Pflichtteile

Folgt man der Ansicht, dass die Pflichtteile dem gesetzlichen Unterhaltslegat im Rang vorgehen, so ist zur Berechnung der einzelnen Ansprüche folgendermaßen vorzugehen:¹³⁴ Zunächst werden der reine Nachlass sowie die Erb- und Pflichtteile nach den allgemeinen Regeln ermittelt.¹³⁵ Der verbleibende reine Nachlass steht den Unterhaltsberechtigten zur Deckung ihrer Ansprüche zur Verfügung. Übersteigen die Unterhaltsansprüche den um den Wert der Pflichtteilsansprüche verringerten reinen Nachlass, so sind die Ansprüche anteilig im Verhältnis der offenen Beträge zu kürzen.¹³⁶

Wendet man diese Berechnungsmethode auf das obige Beispiel an, so kommt man zu folgenden Ergebnissen:

a) Beispiel 1 a

Die Ausgangslage ist ident mit Beispiel 1. Der Erblasser hinterlässt drei Kinder, A, B und C, sowie den Ehegatten und Alleinerben E. Der reine Nachlass beträgt 540.000. C hat einen Unterhaltsanspruch in Höhe von 450.000.

Reiner Nachlass	540.000
Erbteil Alleinerbe E (Ehegatte)	360.000
- davon Pflichtteil E	90.000
Pflichtteil A, B, C	je 60.000
Unterhaltsanspruch C	450.000

Zunächst sind die Pflichtteile zu berechnen und den jeweiligen Personen zuzuordnen. Der verbleibende Nachlass in Höhe von 270.000 steht dem Unterhaltsberechtigten zur Deckung seines Anspruchs zur Verfügung. Hierbei ist wiederum der Pflichtteil von C auf dessen Unterhalt anzurechnen, sodass ein Anspruch in Höhe von 390.000 verbleibt. Der restliche Nachlass (270.000) wird zur Deckung des Unterhalts aufgewendet. E, A und B erhalten im Ergebnis also ihren Pflichtteil von 90.000 bzw 60.000. C erhält in Summe 330.000. Der übrige Unterhalt in Höhe von 120.000 bleibt ungedeckt.

verbleibender Unterhalt C ($U - Pt_C$)	390.000
verbleibender reiner Nachlass ($rN - Pt_{E,A,B,C}$)	270.000
ungedeckter Unterhalt	120.000

5. Nachträgliche Änderung des Unterhaltsanspruchs

Nach hA sind nachträgliche Änderungen, die sich aus den anzurechnenden Leistungen oder dem Bedarf des Unterhaltsberechtigten ergeben, zu berücksichtigen. Sie können den Anspruch in beide Richtungen hin beeinflussen.¹³⁷

Stellt sich nachträglich heraus, dass der Unterhalt zu gering bemessen und der Nachlass dabei nicht aufgezehrt wurde, so haften die Erben nach *Ostheim* über den ursprünglich bemessenen Betrag hinaus bis zum Wert des Nachlasses.¹³⁸ Dies gelte auch, wenn der Unterhaltsanspruch zunächst aufgrund der Anrechnung von Zuwendungen erloschen ist.

Bei der nachträglichen Erhöhung des Unterhalts stellt sich aber die Frage, ob die Erben die Anrechnung solcher Zuwendungen verlangen können, die bei der ursprünglichen Berechnung nicht berücksichtigt wurden, weil der Anspruch bereits durch andere Zuwendungen gedeckt wurde. Dafür spricht, dass, wäre bereits bei der ursprünglichen Ermittlung des Unterhalts der höhere Anspruch angenommen worden, auch alle weiteren Zuwendungen anzurechnen wären.¹³⁹ Andererseits müsse man bedenken, dass der erbrechtliche Unterhaltsan-

¹³⁴ Vgl. *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 10 ff; *Zemen*, JBl 1984, 343 ff; *Schauer*, JBl 1980, 449 f; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 796 ABGB Rz 2 ff; *Barth/Neumayr in Klang*³ § 142 Rz 6; *Neuhauser in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 233 Rz 5; *Hopf in KBB*⁵ § 233 Rz 1 ff; *Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 233 Rz 4; *Limberg in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 233 Rz 2 f.

¹³⁵ *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 12; auch *Ostheim*, NZ 1979, 52 ff.

¹³⁶ Vgl. *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 12 f.

¹³⁷ *Ostheim*, *Schwerpunkte* 74; *Ostheim*, NZ 1979, 54; *Welser in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 14; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 796 ABGB Rz 2; *Barth/Neumayr in Klang*³ § 142 Rz 10; *Neuhauser in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 233 Rz 8; *Stabentheiner/Reiter in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 233 Rz 6; vgl. OGH 7 Ob 560/85 NZ 1986, 161.

¹³⁸ *Ostheim*, *Schwerpunkte* 74; *Ostheim*, NZ 1979, 54.

¹³⁹ Vgl. *Ostheim*, *Schwerpunkte* 74.

spruch auf dem Prinzip der Bedürftigkeit beruhe, weshalb es daher immer auf die konkreten Bedürfnisse des Berechtigten ankomme. *Ostheim* spricht sich daher dafür aus, bei der Neufestsetzung des Unterhalts nur die in diesem Zeitpunkt vorhandenen anrechenbaren Zuwendungen zu berücksichtigen, nicht aber jene, die nur bei der erstmaligen Berechnung des Unterhalts vorhanden waren.¹⁴⁰

Mindert sich der Unterhaltsanspruch im Nachhinein, so wird der Rest des ursprünglichen Unterhalts auf jene Personen verteilt, die durch den Vorrang des Unterhaltsanspruchs in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt wurden.¹⁴¹ Die Reihenfolge richtet sich dabei nach der Rangfolge der Ansprüche. Der Überschuss ist also zunächst den anderen Unterhaltsberechtigten, die ihrerseits eine Kürzung ihres Anspruchs hinnehmen mussten, danach den übrigen Pflichtteilsberechtigten, den Legataren und schließlich den Erben auszufolgen.¹⁴² Dasselbe gilt, wenn der Unterhaltsanspruch irrtümlich zu hoch berechnet wurde.¹⁴³

F. Haftung der Erben und Pflichtteilsberechtigten

1. Haftungsbeschränkung

Nach §§ 233 und 747 ABGB geht der Unterhaltsanspruch nur bis zum Wert der Verlassenschaft auf die Erben über. Sie haften – unabhängig von der Art ihrer Erbantrittserklärung – nur mit dem Wert des reinen Nachlasses.¹⁴⁴ Nach *Ostheim* trifft diese Beschränkung nicht nur die Haftung für den Unterhalt, sondern auch den Anspruch selbst.¹⁴⁵

Aufgrund dieser Beschränkung können Ansprüche nach §§ 233 und 747 ABGB auch keine Nachlassinsolvenz herbeiführen. Auch kommt ein Unterhaltsanspruch gegen einen überschuldeten Nachlass nicht in Frage.¹⁴⁶

2. Beitragspflicht der Pflichtteilsberechtigten

Nach Ansicht von *Ostheim* ist der Unterhaltsanspruch zwar eine Schuld des Erben, steht aber als Erbfallschuld

mit Legaten und Pflichtteilen auf einer Stufe. Der Unterhalt geht im Rang den Pflichtteilen und Vermächtnissen vor.¹⁴⁷ Daraus folge, dass bei Nichtzureichen der Verlassenschaft nur die übrigen Pflichtteilsberechtigten zum Unterhalt beitragen müssen. Der Pflichtteil des Unterhaltsberechtigten bleibe aber unberührt.¹⁴⁸ Dafür spricht mE auch, dass der Pflichtteil des Unterhaltsberechtigten auf den Unterhaltsanspruch angerechnet werden muss (§§ 233, 747 ABGB nF). Kürzt man nun aber auch den Unterhaltsanspruch des Unterhaltsberechtigten, so kann nur ein geringerer Pflichtteil auf den Unterhalt angerechnet werden, weshalb sich der restliche zu begleichende Unterhaltsanspruch im Vergleich zu vorher erhöhen müsste. In Summe verringert sich der Anspruch aber nicht, weshalb nun auch die Beiträge der Pflichtteilsberechtigten neu zu bemessen wären. Diese Berechnung müsste man weiter im Kreis führen, bis die Beiträge jene Höhe erreichen, die die übrigen Pflichtteilsberechtigten tragen müssen, wenn der Pflichtteil des Unterhaltsberechtigten nicht gekürzt wird. Man käme also zum selben Ergebnis.

Da der Unterhaltsanspruch gegen die Erben gerichtet ist, kann der Unterhaltsberechtigte zur Befriedigung seines Anspruchs auch nur die Erben heranziehen. Die Pflichtteilsberechtigten und Legatäre müssen lediglich durch einen anteiligen Abzug ihrer Zuwendung zum Unterhalt beitragen, haften dem Unterhaltsberechtigten aber nicht unmittelbar.¹⁴⁹ Die Erben haben dafür einen Regressanspruch gegen die Pflichtteilsberechtigten und Legatäre.¹⁵⁰

3. Haftung mehrerer Erben

Die hL und Rsp gehen davon aus, dass mehrere Erben für den Unterhalt nur entsprechend ihren Erbteilen haften.¹⁵¹ Dies gehe nach *Kostner* aus der Begrenzung des Anspruchs bis zum Wert der Verlassenschaft hervor.¹⁵² *Ostheim* hingegen vertritt die Meinung, dass hierbei allein auf die jeweilige Erbantrittserklärung abzustellen sei.¹⁵³ Zwar werde der Umfang der Haftung ohne Rücksicht auf die Art der Erbantrittserklärung beschränkt, darüber hinaus werde aber nicht gesagt, ob mehrere Erben solidarisch oder anteilig haften.¹⁵⁴ Nach *Zdesar* haften die Erben hingegen im Außenverhältnis grund-

¹⁴⁰ *Ostheim*, Schwerpunkte 74.

¹⁴¹ *Ostheim*, Schwerpunkte 74; *Ostheim*, NZ 1979, 54; Vgl. *Meyer*, NZ 1979, 95.

¹⁴² *Ostheim*, Schwerpunkte 74; *Ostheim*, NZ 1979, 54.

¹⁴³ *Ostheim*, NZ 1979, 54.

¹⁴⁴ *Zdesar*, NZ 1979, 23; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 7, 12; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 8; *Hopf/Kathrein*, Eherecht³ § 796 ABGB Rz 7; *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 233 Rz 2; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 233 Rz 6; OGH 4 Ob 523/87 JBl 1988, 237; 7 Ob 290/00y SZ 73/191.

¹⁴⁵ *Ostheim*, Schwerpunkte 70f.

¹⁴⁶ *Ostheim*, NZ 1979, 50f; *Ostheim*, Schwerpunkte 70f. Siehe auch *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 4; *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 233 Rz 2; OGH 4 Ob 523/87 JBl 1988, 237; 7 Ob 290/00y SZ 73/191.

¹⁴⁷ *Ostheim*, NZ 1979, 51.

¹⁴⁸ *Ostheim*, NZ 1979, 51.

¹⁴⁹ *Ostheim*, Schwerpunkte 72.

¹⁵⁰ *Ostheim*, NZ 1979, 54.

¹⁵¹ *Kostner*, NZ 1978, 171; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 747 Rz 5; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 796 Rz 7; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 747 Rz 8; *Stabentheiner/Reiter* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 233 Rz 3; *Limberg* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 233; OGH 7 Ob 290/00y SZ 73/191.

¹⁵² *Kostner*, NZ 1978, 171.

¹⁵³ *Ostheim*, NZ 1979, 50 FN 11; *Ostheim*, Schwerpunkte 72.

¹⁵⁴ *Ostheim*, NZ 1979, 50 FN 11; *Ostheim*, Schwerpunkte 72.

sätzlich solidarisch, im Innenverhältnis jedoch nach Quoten.¹⁵⁵

Ist der Unterhaltsberechtigte zugleich auch Miterbe, so verschiebe die Anrechnungsvorschrift die Aufteilung der Lasten im Innenverhältnis zwischen den Erben. Der unterhaltsberechtigte Erbe müsse den Unterhalt demnach zuerst selbst tragen. Die übrigen Erben haften nur, soweit der Unterhaltsanspruch den Erbteil des unterhaltsberechtigten Erben übersteigt.¹⁵⁶

G. Zusammenfassung

Das gesetzliche Unterhaltsvermächtnis stellt nach hA eine Erbfall- bzw Erbgangschuld dar und geht nur im untechnischen Sinn auf die Erben über. Nach einem Teil der Lehre sowie der jüngeren Rsp gehen Pflichtteilsansprüche den Unterhaltsansprüchen im Rang vor. ME ist aber der Gegenmeinung, nach der dem gesetzlichen Unterhaltsvermächtnis der Vorrang zukommt, der Vorzug zu geben. Dafür spricht etwa die Wertung des § 777 ABGB, nach dem selbst dem Enterbten oder Erbunwürdigen stets der notwendige Unterhalt zukommen muss. Zudem rechtfertigt § 691 ABGB die Bevorzugung

von Zuwendungen mit Unterhaltscharakter. Weiters spricht der Vorrang des gesetzlichen Vorausvermächtnisses und des gesetzlichen Pflegevermächtnisses für den Vorrang des gesetzlichen Unterhaltsvermächtnisses. Schließlich gebührt der Unterhalt – im Gegensatz zum Pflichtteil – nur dann, wenn seitens des Berechtigten ein ungedeckter Bedarf besteht.

Die Höhe des Anspruchs ist durch Kapitalisierung zu ermitteln und richtet sich nach den bisherigen Lebensverhältnissen des Erblassers und des Berechtigten. Der Anspruch besteht aber nur, soweit er nicht durch bereits erhaltene Zuwendungen gedeckt ist. Die Anrechnung umfasst hierbei alles, was der Unterhaltsberechtigte nach dem Erblasser durch vertragliche oder letztwillige Zuwendung, als gesetzlichen Erbteil, als Pflichtteil und durch öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Zuwendung erhält. Damit erfasst die Anrechnung auch das gesetzliche Vorausvermächtnis sowie mE sämtliche Zuwendungen, die vom Schenkungsbegriff des § 781 ABGB umfasst werden.

Über den Autor:

Mag. Uwe Neumayr ist Universitätsassistent am Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg.

¹⁵⁵ Zdesar, NZ 1979, 25.

¹⁵⁶ Zdesar, NZ 1979, 24.