

Bundesministerium für Justiz  
zH Herrn Sektionschef  
Hon Prof. Dr. Georg Kathrein  
Neustiftgasse 2  
1070 Wien

#### bpv Hügel Rechtsanwälte OG

Univ. Prof. Dr. Hanns F. Hügel RA  
Dr. Rainer Roniger LL.M. (LSE) RA († 2006)  
Dr. Florian Gibitz LL.M. (Michigan) RA  
Dr. Rudolf Beck RA  
Dr. Bernhard Schatz RA  
Priv.-Doz. DDr. Christian F. Schneider RA  
Mag. Dominik Leiter RA  
MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber RA  
Mag. Georg Rupprecht RA  
Dr. Elke Napokoj LL.M. (London) RA  
Dr. Florian Neumayr LL.M. (Nottingham) RA  
Mag. Stefan Gaug LL.M. (Manchester) RA  
Ass. iur. Florian Platner RA  
Mag. Thomas Lettau LL.M. (Cape Town) RA  
MMag. Barbara Pogacar RA  
Mag. Gerhard Fussenegger LL.M. (London) RA  
Mag. Gerald Schachner RA, StB  
Dr. Sonja Dürager LL.M. (IT-Law) RA  
Dr. Heinrich Kühnert MJur RA  
Dr. Christoph Nauer LL.M. (Int' Tax Law) RA  
Dr. Michaela Pelinka LL.M. (Krems) RA  
Dr. Ingmar Etzersdorfer RA  
Dr. Stephanie Bonner RA  
Dr. Kornelia Wittmann LL.M. (Int' Tax Law)  
RA (RAK München), StB  
Mag. Dominik Geyer LL.M. (Wien) RA  
Dr. Verena Hügel RA

Enzersdorferstraße 4  
2340 Mödling  
Tel. +43 (0)2236 893 377  
Fax +43 (0)2236 893 377-40

FN 80984w | ATU 5664 6188

office@bpv-huegel.com  
www.bpv-huegel.com

Mödling, 4. Mai 2015

I:\partner\hanns\_hügel\backup  
notebook\manuskripte\erbräglbrief  
begutachtungsentwurf.docx  
JG/HFH

#### Erbrechtsreform

#### Stellungnahme zum Begutachtungsentwurf des ErbRÄG 2016

Sehr geehrte Damen und Herren,

besten Dank für die Übermittlung des Begutachtungsentwurfs des Erbrechts-Änderungsgesetzes 2016 („Entwurf“) und die Möglichkeit, zu diesem Stellung zu beziehen.

Meine anwaltliche Beratungstätigkeit ist im Zusammenhang mit erbrechtlichen Fragen auf Nachfolgeregelungen bei Familienunternehmen im Rahmen von Gesellschaftsverträgen und Privatstiftungen fokussiert. Die sich hier stellenden Gestaltungsfragen müssen vor allem die zwingenden Grenzen des Pflichtteilsrechts beachten.

Aus diesem Grund beschränkt sich meine Stellungnahme auf das Pflichtteilsrecht (§§ 756 ff des Entwurfs), insbesondere im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge und der Übertragung von Unternehmen sowie Unternehmensanteilen auf Stiftungen.

#### 1. Grundsätze des neuen Pflichtteilsrechts

Es bedarf keiner Begründung, dass die Reform des ABGB-Erbrechts – insbesondere auch aus der Sicht der Beratungspraxis – bereits deswegen uneingeschränkt zu begrüßen ist, weil das hohe Alter der im

Erbrecht vielfach unberührt gebliebenen Kodifikation zu erheblichen Interpretationsproblemen geführt hat, die rechtssichere Nachfolgeregelungen bei Familienunternehmen erschweren.

Dies betrifft vor allem folgende Fragen:

- Welche Vermögenswerte eignen sich als Pflichtteilsdeckung? Sind insbesondere Beteiligungen, Unterbeteiligungen und schuldrechtliche Beteiligungsformen, wie zB Fruchtgenussrechte geeignet, Pflichtteilsansprüche des Zuwendungsempfängers auszuschließen?
- Wie kann die Nachfolgeregelung durch Übertragung von Unternehmen und Unternehmensanteilen auf eine Privatstiftung, bei denen den Interessen der Noterben in aller Regel durch die Einräumung von Begünstigtenstellungen Rechnung getragen wird, ohne Verletzung des Pflichtteilsrechts dieser Noterben bewältigt werden?
- Unter welchen Voraussetzungen liegt ein „Vermögensopfer“ vor, das die zweijährige Schenkungsanrechnungsfrist bei Schenkungen an Nicht-Noterben nach § 785 Abs 3 ABGB auslöst? Diese Frage stellt sich insbesondere bei (schenkungsgleichen) Vermögenswidmungen an Stiftungen.

Bei den meisten vorgenannten Problembereichen führen die Regelungen des Entwurfs zu erheblichen Verbesserungen und Klarstellungen. Dies wird nachstehend kurz hervorgehoben und gewürdigt (Punkt 2).

Hingegen ist die Beibehaltung und teilweise Verschärfung des Pflichtteilsrechts (durch Verlängerung der Frist des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB von zwei Jahren auf zehn Jahre) meines Erachtens abzulehnen. Dies betrifft sowohl die Institution des Pflichtteilsrechts selbst, als auch – im Falle der Beibehaltung des Pflichtteilsrechts – seine Erstreckung auf Unternehmensvermögen:

- Ich teile die gegenüber dem Pflichtteilsrecht weitgehend kritischen Stellungnahmen der Kollegen Prof. Dr. *Martin Schauer* (NZ 2001, 70) und Prof. Dr. *Christian Rabl* (NZ 2014, 217). Das Pflichtteilsrecht ist nicht mehr zeitgemäß. Seine Wurzeln liegen in der vorindustriellen Gesellschaft. Damals erbrachten Kinder weitgehend unentgeltlich Leistungen im (meist landwirtschaftlichen) Familienbetrieb in Erwartung der Übergabe oder des erbrechtlichen Erwerbs des Betriebs. Dem gegenüber steht heute, nach Erfüllung der weitgehenden elterlichen Pflichten zur Obsorge und Unterhalt bis zur Beendigung der (unter Umständen auch universitären) Ausbildung kein Grund für weitere zwingende unentgeltliche Zuwendungen im Todesfall. Vielmehr sollte die dem Prinzip der Privatautonomie entsprechende Testierfreiheit Vorrang haben.
- Zumal das Pflichtteilsrecht der Erhaltung von Unternehmen bei Übertragung auf Erben, die zur Führung des Unternehmens qualifiziert sind, sowie bei Übertragung auf Stiftungen in erheblichem Maße entgegensteht und zu Liquiditätsentzug, ja in Einzelfällen sogar zur Bestandsgefährdung führt, sollte das Pflichtteilsrecht – so es im Grundsatz aufrechterhalten wird – jedenfalls nicht die Unternehmensnachfolge belasten. Gleichermaßen gilt für die Übertragung auf Stiftungen. Zu Einzelheiten verweise ich auf mein Schreiben vom 08.10.2014 an das BMJ zum Thema „Erbrechtsreform“ sowie auf meinen Beitrag im „Standard“ vom 12.01.2015 („Erbrecht gefährdet Familienunternehmen“).

Zu Unrecht wird weithin – bemerkenswerterweise auch von der Wirtschaftskammer – angenommen, dass diese Probleme durch die Möglichkeit, bare Pflichtteilsansprüche durch das Gericht stunden zu lassen, gelöst werden. Dies trifft indessen nicht zu. In diesem Zusammenhang ist zwischen kreditwürdigen Unternehmen und Pflichtteilsschuldhern und solchen, die nicht kreditwürdig sind, zu unterscheiden:

- Im Falle der Kreditwürdigkeit bewirkt die Stundung nur manchmal eine geringe Erleichterung, denn die gestundeten Pflichtteilsbeträge sind nach der Entwurfsregelung mit 4% zu verzinsen (§ 778 Abs 2). Je nachdem ob das Unternehmen von Banken einen Kredit zu einem besseren oder schlechteren Kreditzinssatz erhalten kann, wird der Pflichtteilsschuldner die Stundung durch das Gericht oder einen Bankkredit in Anspruch nehmen. Die Liquidität des Unternehmens wird auf jeden Fall belastet, gleichgültig ob das Unternehmen den Pflichtteilsanspruch sogleich oder erst nach Ablauf der Stundungsperiode begleicht. Die Unternehmenserträge werden auf jeden Fall mit Zinsen belastet. Die Entwurfsregelung nützt dem Unternehmen nur, wenn die Kreditzinsen über 4% liegen.
- Sind Pflichtteilsschuldner und Unternehmen hingegen nicht kreditwürdig, bringt die Stundungsregelung zunächst einen gewissen Vorteil. Ist die Kreditunwürdigkeit bei Fälligkeit der gestundeten Raten hingegen nicht behoben, wird es unverändert zur Beeinträchtigung des Unternehmens kommen. Durch die Stundungsregelung wird das Problem nur aufgeschoben, aber nicht aufgehoben.

Ungeachtet dieser Grundsatzkritik erfolgen einige Verbesserungsvorschläge zu den pflichtteilsrechtlichen Regelungen des Entwurfs (dazu unten Punkt 4).

## 2. Begrüßenswerte Änderungen und Klarstellungen

### 2.1 Pflichtteilsdeckung

Zu begrüßen ist zunächst die Übernahme der Rechtsprechung des OGH, wonach jede werthaltige Zuwendung in Höhe ihres Werts als Pflichtteilsdeckung geeignet ist<sup>1</sup>. Über die Pflichtteilsdeckung entscheidet somit die (fachgerechte) Bewertung der Zuwendung. Danach ist die kurzfristige Verwertbarkeit (im Sinne einer sofort „versilberbaren“ Zuwendung) keine Voraussetzung der Pflichtteilsdeckung. Ausreichend ist viel mehr, dass der Pflichtteilsberechtigte wertmäßig so viel Vermögen erhält, wie es seinem Pflichtteil entspricht (Erläuterungen S. 2 sowie S. 30). Wie die Erläuterungen richtig andeuten, wären andernfalls vinkulierte Gesellschaftsanteile nicht zur Pflichtteilsdeckung geeignet. Gleches müsste für alle Personengesellschaftsanteile (OG, KG, ABGB-Gesellschaft) gelten, weil diese bereits nach dem Gesetz nur mit Zustimmung aller anderen Gesellschafter übertragen werden können, also gewissermaßen „gesetzlich vinkuliert“ sind. Auch die faktische Veräußerbarkeit ist keine Bedingung der Pflichtteilsdeckung; andernfalls wären die meisten Minderheitsanteile an nicht börsennotierten Gesellschaften von der Pflichtteilsdeckung ausgeschlossen.

Das Erfordernis der sofortigen Veräußerbarkeit (Verwertbarkeit) würde nicht nur die Gestaltungspraxis erheblich behindern. Vor allem aber wäre nicht zu rechtfertigen, dass solche Anteile als

<sup>1</sup> Nachweise bei *Umlauf*, 200 Jahre ABGB (2012) 69, 74 ff.

Pflichtteilsdeckung ausscheiden, obwohl sie – bei Fehlen einer letztwilligen Verfügung – von den gesetzlichen Erben als Erbteil akzeptiert werden müssten.

Zutreffend und in Übereinstimmung mit der in der Zwischenzeit schon herrschenden Ansicht im Schrifttum lässt daher der Entwurf auch die Einräumung einer Begünstigenstellung in einer Privatstiftung als Pflichtteilsdeckung zu. Ebenso zutreffend verlangt der Entwurf nicht, dass dem Begünstigten klagbare Ansprüche – etwa in Form beträchtlich zugesicherter Zuwendungen (Ausschüttungen) der Privatstiftung – eingeräumt werden. Dies wird in den Erläuterungen zwar nicht ausdrücklich betont, ergibt sich aber daraus, dass derartige Anforderungen an die Einräumung einer Begünstigenstellung in der einschlägigen Regelung des § 781 Abs 2 Z 4 nicht aufgestellt werden. Dass klagbare Ausschüttungsansprüche auch bei Einräumung einer Begünstigenstellung keine Voraussetzung der Pflichtteilsdeckung sind, ergibt sich auch daraus, dass die Erläuterungen die (nicht bezweifelbare) Eignung von Gesellschaftsanteilen zur Pflichtteilsdeckung anerkennen. Denn auch ein Gesellschafter hat keine klagbaren Dividendenansprüche. Diese hängen vielmehr faktisch von der Erzielung von Gewinnen durch die Gesellschaft und rechtlich von Feststellungs- und Ausschüttungsbeschlüssen der zuständigen Organe ab, die – insbesondere im Falle von Minderheitsanteilen – nicht einseitig durch den Gesellschafter erzwungen werden können. Somit gleicht die Begünstigenstellung in einer Privatstiftung, bei welcher der Begünstigte Ausschüttungen nicht erzwingen kann, im Zusammenhang mit den Vermögensinteressen<sup>2</sup> durchaus der Stellung eines Minderheitengesellschafters in einer Kapitalgesellschaft.

Wie bei Gesellschaftsanteilen entscheidet über die Pflichtteilsdeckung die Bewertung der Begünstigenstellung. Diese richtet sich im Falle von Gesellschaftsanteilen nach den den Gesellschaftern künftig zufließenden Überschüssen (Ertragswertmethode) oder bei künftigen Cash-Flows (DCF-Methode). Die künftigen Zuflüsse sind zu diskontieren. Der so ermittelte Barwert bestimmt den Wert der Pflichtteilsdeckung (im Einzelnen vgl das Fachgutachten des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation zur Unternehmensbewertung der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, KFS/BW 1 vom 26.03.2014). In gleicher Weise sind die Zukunftserträge einer Begünstigenstellung zu ermitteln und zu bewerten. Wie bei Gesellschaftsanteilen sind bei der Bewertung die Einflussrechte (Kontrolle oder fehlende Kontrolle) sowie die gegebenenfalls fehlende Veräußerbarkeit zu berücksichtigen.

## 2.2 Schenkungsanrechnung

Ausdrücklich zu begrüßen sind folgende Änderungen:

- die Beseitigung der Differenzierung zwischen Nachlasspflichtteil und Schenkungspflichtteil
- die ausdrückliche Gleichschaltung der pflichtteilsdeckenden Zuwendungen mit den hinzu- und anrechnungspflichtigen Zuwendungen
- die auf den Schenkungszeitpunkt abstellende Bewertungsregelung des § 788
- die Einführung einer 10-jährigen Anrechnungsfrist für Schenkungen an Noterben

<sup>2</sup> Die Einflussrechte eines Begünstigten können in ähnlicher Weise unterschiedlich ausgestaltet sein wie die Herrschaftsrechte von Gesellschaftern.

- die ausdrückliche Berücksichtigung stiftungsrechtlicher Vorgänge (siehe oben unter Punkt 2.1).

Abzulehnen sind meines Erachtens hingegen:

- die Verlängerung der 2-jährigen Anrechnungsfrist gemäß § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB bei Schenkungen an Nicht-Noterben auf 10 Jahre
- das Fehlen einer Regelung, unter welchen Voraussetzungen das fristenauslösende „Vermögensopfer“ erbracht ist.

Zu diesen Kritikpunkten im Einzelnen unter Punkt 3.

### 3. Kritik an den Entwurfsregelungen

#### 3.1 Verlängerung der Hinzurechnungsfrist bei Schenkungen an Nicht-Noterben

Gegenwärtig führt die 2-Jahres-Frist nach § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB zu einem wertungsmäßigen Gleichklang mit den Anfechtungsregelungen der IO und der AnfO. Auch danach kann der Insolvenzverwalter oder Gläubiger nur solche Schenkungen anfechten, die maximal 2 Jahre zurückliegen.

Demgegenüber will der Entwurf durch Festsetzung einer einheitlichen 10-Jahres-Frist für alle Schenkungen die 2-Jahres-Frist für Schenkungen an Nicht-Noterben auf 10 Jahre verlängern.

Dagegen spricht, dass der „normale“ Gläubiger, der im Wege der „Vertretung durch den Insolvenzverwalter“ oder nach der Anfechtungsordnung selbst eine Schenkung anficht, erheblich schutzwürdiger – jedenfalls aber nicht weniger schutzwürdig – als der Pflichtteilsberechtigte erscheint. Denn der „normale“ Gläubiger hat in aller Regel an den Anfechtungsgegner eine Leistung erbracht: Entweder hat er an den Anfechtungsgegner eine Lieferung oder eine Leistung bewirkt oder einen Kredit gewährt. Die Anfechtung dient hier somit der Durchsetzung eines Anspruchs, dem im Regelfall eine äquivalente Leistung des Anfechtenden gegenübersteht.

Demgegenüber ist der Pflichtteilsanspruch kein Äquivalent für eine vom Pflichtteilsberechtigten erbrachte Leistung. Es besteht daher kein rechtfertigender Grund, dem Pflichtteilsberechtigten die Durchsetzung des (unentgeltlichen) Pflichtteils für die Dauer von 10 Jahren zu ermöglichen, den „normalen“ Gläubiger aber nur für die Dauer von zwei Jahren zu schützen.

#### 3.2 Definition des Vermögensopfers

Die 10-jährige Frist zur Schenkungsanrechnung (Hinzurechnung, Anrechnung) soll gemäß § 781 Abs 3 Satz 2 zu laufen beginnen, „sobald das Vermögensopfer erbracht wurde“. Das Vermögensopfer markiert auch den Beginn der 2-jährigen Frist gemäß § 792 des Entwurfs.

Eine Definition des Vermögensopfers fehlt im Gesetzestext. Die Erläuterungen zu § 792 ABGB nennen in wenig systematischer Weise zwei Beispiele:

- Zunächst geben die Erläuterungen zum Normalfall der Schenkung ein Beispiel, in welchem das Vermögensopfer nicht erbracht wurde, nämlich im Falle eines nicht vorbehaltlosen Schenkungsvertrags, „*also etwa ohne Widerrufsvorbehalt oder Nutzungsrecht des Zuwendenden in Bezug auf die zugewendete Sache*“.

Zutreffend an dieser bloß beispielhaften Umschreibung des Vermögensopfers ist zunächst, dass ein Widerrufsvorbehalt das Vermögensopfer ausschließt. Dies ist jedoch nicht der einzige Fall. Jede Möglichkeit des Rückerwerbs der geschenkten Sache schließt das Vermögensopfer aus, also insbesondere auch ein Rückschenkungsangebot des Geschenknehmers, der Widerruf der Privatstiftung, wenn der Stifter Letztbegünstigter ist, sowie andere Stifterrechte, die zum Rückerwerb verwendet werden können (etwa das Recht des Stifters, eine Sachzuwendung oder Sachausschüttung an sich zu bewirken).

Die beispielhafte Umschreibung geht aber andererseits zu weit, weil ein bloßes Nutzungsrecht das Vermögensopfer keineswegs ausschließen sollte<sup>3</sup>.

Ein einschneidendes Vermögensopfer erbringt der Geschenkgeber, wenn er nicht mehr die Veräußerung der Sache bestimmen und – im Falle der Veräußerung durch den Geschenknehmer – den Veräußerungsgegenwert (Kaufpreis) nicht erhält. Aufgrund des Wegfalls dieser wesentlichen Eigentümerbefugnis im Hinblick auf die Substanz und den Verkehrswert der geschenkten Sache einerseits ein einschneidendes Vermögensopfer vor, das der Geschenkgeber nicht leichtfertig erbringt, weil seine Befugnisse erheblich reduziert (nämlich um die Veräußerungsbefugnis) und der Wert seines Vermögens erheblich gemindert (nämlich um den Verkehrswert der geschenkten Sache) ist, entspricht die Stellung des Geschenkgebers aufgrund des Wegfalls der genannten Befugnisse nicht mehr jener eines „wirtschaftlichen Eigentümers“. Der Vorbehalt der Nutzung oder der Erträge ist nicht mit der Position eines Eigentümers vergleichbar, sondern entspricht eben nur derjenigen eines Mieters oder Fruchtgenussberechtigten.

- Im Zusammenhang mit Zuwendungen an eine Privatstiftung führen die Erläuterungen aus, dass das Vermögensopfer noch nicht endgültig erbracht ist und die Frist daher nicht zu laufen beginnt, „*solange der Erblasser Stifter der Privatstiftung bzw. er oder einer seiner abstrakt Pflichtteilsberechtigten zum Kreis der Begünstigten der Privatstiftung gehört, weil in diesem Fall das Vermögensopfer noch nicht endgültig erbracht worden ist*“.

Abgesehen davon, dass zur Frage des Vermögensopfers bei Zuwendungen an Privatstiftungen zahlreiche verschiedene Literaturmeinungen vertreten werden, widersprechen diese Ausführungen jedenfalls der einzigen einschlägigen Entscheidung des OGH vom 05.06.2007, 10 Ob 45/07a. Danach ist nicht die Rechtsstellung als Stifter (die sich nicht durch eine Änderung der Stiftungsurkunde beseitigen lässt) oder als Begünstigter schädlich, sondern das Widerrufsrecht

<sup>3</sup> So vor allem *Schauer*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 251 ff sowie JEV 2007, 90 ff. Auch nach *Kletecka*, Pflichtteilsrechtliche Behandlung der Errichtung einer Privatstiftung, EF-Z 2012/2 steht der Vorbehalt eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechtes dem Vermögensopfer nicht entgegen. Ebenso *V. Hügel*, ZfS 2008, 108; ebenso *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters (2004) 37 f, der betont, dass die Einräumung eines Gebrauchs- oder Fruchtgenussrechtes nicht den Fristbeginn hinausschiebt, sondern bei der Bewertung der Zuwendung mindernd zu berücksichtigen ist. OGH 11.09.2014, 2 Ob 39/14w verneint das Vermögensopfer bei Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts in dem Sonderfall, in welchem zusätzlich ein Veräußerungs- und Belastungsverbot vereinbart war. Darin liege eine „Verfügungsmöglichkeit über den Substanzwert bis zum Tod der Geschenkgeberin“ (was kaum zutreffend ist, da der Geschenkgeber Äußerungen und Belastungen nur verhindern kann, über den Substanzwert aber nicht aktiv verfügen kann).

des Stifters und ein umfassender Änderungsvorbehalt (weil dieser zum Rückerwerb der Vermögenszuwendung verwendet werden kann). Allein diese beiden Befugnisse des Stifters schlossen nach Ansicht des OGH das Vermögensopfer aus. Ob er den (teilweise weitergehenden) Literaturmeinungen folgen würde, hat der OGH ausdrücklich offen gelassen.

Zu den Voraussetzungen des Vermögensopfers bei Zuwendungen an Stiftungen haben sich zahlreiche Autoren geäußert, nämlich Arnold, Binder, Briem, Eccer, Grave, Hochedlinger/Hasch, Limberg, Nowotny, Riedmann, Umlauf, Pittl und V. Hügel. In verschiedensten Varianten und Kombinationen werden unterschiedliche Befugnisse für schädlich gehalten: Widerrufsvorbehalt, umfassendes Änderungsrecht, Einflussrechte, Gebrauchs- und Fruchtgenussrechte, faktische Einfluss- und Nutzungsmöglichkeiten, die Mitgliedschaft des Stifters im Stiftungsvorstand, das Recht zur Bestellung von Begünstigten.

**Die Vielfalt der Literaturmeinungen und das Fehlen abschließender OGH-Judikatur, die zu unerträglicher Rechtsunsicherheit bei Stiftungsgestaltungen geführt haben, sowie die praktische Bedeutung der Privatstiftung lassen eine gesetzliche Definition des Vermögensopfers als eine der wichtigsten Aufgaben der Erbrechtsreform erscheinen.**

Zu § 781 Abs 3 wird unten ein Regelungsvorschlag erstattet.

#### 4. Änderungsvorschläge zu den pflichtteilsrechtlichen Entwurfsregelungen

##### § 756

Der Pflichtteil ist ein Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf einen bestimmten Wert, wobei dem Erblasser ein Wahlrecht zukommt, durch welche der in den §§ 761, 780, 781 geregelten Verfügungen er den Pflichtteil zuwendet.

Demgegenüber könnte die Wendung „*Anteil am Vermögen*“ den Eindruck erwecken, der Pflichtteilsberechtigte hätte Anspruch auf einen Miteigentumsanteil am Nachlassvermögen.

Somit sollte klargestellt werden, dass ein Wertanspruch vorliegt.

Weiters wird vorgeschlagen, in den relevanten Bestimmungen (§§ 756, 778, 781) einen einheitlichen Begriff für die Bemessungsgrundlage des Pflichtteils zu verwenden. Dies sollte meines Erachtens nicht „*Vermögen*“, sondern „*Nachlassvermögen*“ sein, wobei diese Bemessungsgrundlage unter den Voraussetzungen des § 781 durch Hinzurechnung von Schenkungen erhöht wird.

Ferner sollte aus Gründen der Einheitlichkeit der Terminologie neben dem Begriff „*Nachlass*“ nicht alternativ der Begriff „*Verlassenschaft*“ verwendet werden. Andernfalls könnte der Eindruck entstehen, es gehe um unterschiedliche Begriffsinhalte.

Ich schlage vor, § 756 wie folgt zu formulieren:

„Der Pflichtteil ist der anteilige Wert des Nachlassvermögens des Erblassers, der dem Pflichtteilsberechtigten zukommen soll. Das Nachlassvermögen erhöht sich gemäß §§ 781 ff um den Wert hinzurechnungspflichtiger Schenkungen unter Lebenden.“

### § 761 Abs 1

Vorgeschlagen wird, nicht zwischen „einzurechnenden“ Zuwendungen auf den Todesfall und „anzurechnenden“ Schenkungen unter Lebenden zu unterscheiden. In der Sache sind beide Vorgänge nämlich gleich, weil in beiden Fällen ein Wert vom betraglichen Pflichtteilsanspruch abgezogen wird. Eine begriffliche Differenzierung könnte den unrichtigen Eindruck vermitteln, es handle sich um inhaltlich verschiedene Vorgänge. Die begriffliche Unterscheidung des Entwurfs kann im Übrigen in § 780 Abs 1 nicht durchgehalten werden, weil dort – was befürwortet wird – eine Aufzählung aller abzuziehenden Zuwendungen enthalten ist, dann aber – durch die differenzierende Terminologie erzwungen – auch im Zusammenhang mit der Schenkung doch wieder von der „*Einrechnung*“ die Rede ist. Zumal der Begriff „*Einrechnung*“ umgangssprachlich ungebräuchlich ist, sollte einheitlich von „*Anrechnung*“ gesprochen werden.

Dies würde auch den Wortlaut des § 761 Abs 1 vereinfachen:

*„Der Pflichtteil kann dem Pflichtteilsberechtigten als anzurechnende Zuwendung auf den Todesfall des Erblassers (§ 780) oder anzurechnende Schenkung unter Lebenden (§ 781) zukommen.“*

### § 765Abs 2

Ausgehend von dem zutreffenden Prinzip des § 780, wonach jede werthaltige Zuwendung als Pflichtteilsdeckung geeignet ist und den zutreffenden Ausführungen in den Erläuterungen, wonach es auf „Verwertbarkeit“ oder liquide Zuflüsse nicht ankommt, sollte § 765 Abs 2 gestrichen werden. Die Regelung erweckt nämlich den Eindruck, es sei denkbar, dass der Pflichtteil (zunächst) durch eine letztwillige oder unter Lebenden erfolgende Zuwendung tatsächlich gedeckt wurde, und dennoch habe der Pflichtteilsberechtigte Anspruch darauf, dass ihm im Laufe eines 5-Jahres-Zeitraums der Pflichtteil (durch liquide Mittel) zufließen müsse. Dies ist widersprüchlich. Wurde der Pflichtteil durch eine Zuwendung iSd § 761 Abs 1 gedeckt, scheidet ein Pflichtteilsergänzungsanspruch aus. Dies wird im Übrigen in den Erläuterungen erkannt, wenn dort (S. 24 f) ausgeführt wird, der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 765 Abs 2 Satz 2 könne nicht zum Tragen kommen, wenn der Pflichtteil dem Pflichtteilsberechtigten als Erbteil, Vermächtnis, Schenkung auf den Todesfall etc zugekommen ist. In diesen Fällen wurde aber „*der Pflichtteil entsprechend § 761 Abs 1 gedeckt*“. Die Tatbestandsvoraussetzung des § 765 Abs 2 Satz 1 wäre dann erfüllt, sodass – nach dem Gesetzeswortlaut – der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach Satz 2 eingreifen müsste. Gerade dies soll aber nach den vorzitierten Erläuterungen nicht der Fall sein. Im Übrigen sprechen die Erläuterungen davon, dass der Pflichtteil innerhalb von 5 Jahren „allmählich zukommen muss“. Dies zeigt, dass die Regelung ein „Überbleibsel“ des Vorentwurfs ex Dezember 2014 ist, in welchem in § 765 Abs 2 ABGB tatsächlich das Wort „*allmählich*“ vorkam.

Zusammengefasst:

- Wurde der Pflichtteil „*entsprechend § 751 Abs 1 gedeckt*“, ist kein Raum für weitere Voraussetzungen des (späteren) Zuflusses nach § 765 Abs 2 Satz 1 und folglich auch nicht für einen Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 765 Abs 2 Satz 2. Somit besteht ein Widerspruch zwischen § 765 Abs 2 einerseits und § 761 sowie § 780 und den oben zitierten Erläuterungen andererseits, wonach die Zuwendung eines werthaltigen Vermögenswerts eine ausreichende

Pflichtteilsdeckung ist. Insbesondere würden die zutreffenden Ausführungen in den Erläuterungen kontakariert, wonach auch Gesellschaftsanteile zur Pflichtteilsdeckung geeignet sein können; die Pflichtteilsdeckung kann hier bei Ausbleiben der Dividenden für einen Zeitraum von fünf Jahren nicht (nachträglich) wegfallen. Dies gilt insbesondere (aber nicht nur) dann, wenn der Empfänger die Beteiligung veräußern könnte, ein Fall, der nach § 765 Abs 2 den in Satz 2 geregelten Pflichtteilsergänzungsanspruch (zu Unrecht) nicht ausschließen würde!

- Angesichts der Unklarheit des § 765 Abs 2 besteht die Gefahr, dass aus dieser Regelung wiederum ein bares Zufluss- oder Verwertbarkeitserfordernis abgeleitet wird. § 765 Abs 2 birgt somit die Gefahr einer Antinomie zu den §§ 761, 780.
- Letzteres wird insbesondere durch jene Erläuterungen provoziert, wonach § 765 Abs 2 im Falle der Zuwendung eines Wohnrechtes oder eines Rentenvermächtnisses zur Anwendung kommen soll. Entgegen dem Prinzip der Pflichtteilsdeckung entsprechend der durch Bewertung zu ermittelnden Werthaltigkeit der Zuwendung wäre nach den Erläuterungen jegliches Wohnrecht und jegliches Rentenvermächtnis mit einer Laufzeit von mehr als 5 Jahren von der (vollständigen) Pflichtteilsdeckung ausgenommen. Das widerspricht dem vorgenannten Prinzip. Vielmehr ist auch bei längerfristigen „Berechtigungen“ – nicht anders als bei Gesellschaftsanteilen – ein Verkehrswert durch Abzinsung der Zukunftserträge zu bestimmen. Da nach den Grundsätzen der (Unternehmens-, Anteils- und sonstigen) Bewertung spätere Leistungen aufgrund der Abzinsung (Diskontierung) weniger wert sind als zeitnahe Leistungen, wird eine lange Laufzeit ohnehin im Rahmen der Bewertung in Form einer Reduktion des zur Pflichtteilsdeckung geeigneten Betrags (des Barwerts) berücksichtigt.

### § 767 Abs 1

Bereits oben wurde darauf hingewiesen, dass die hier vorgesehene Stundungsregelung den praktischen Bedürfnissen bei Nachfolgeregelungen betreffend Unternehmen nicht ausreichend Rechnung trägt.

Abgesehen davon stellt das Gesetz zu hohe Voraussetzungen auf, wenn es die Stundung davon abhängig macht, dass die sofortige Entrichtung des Pflichtteilsanspruchs „*den Fortbestand eines Unternehmens erheblich gefährden würde*“.

Selbstverständlich muss jede Gefährdung des Fortbestandes des Unternehmens den Anspruch zur Stundung begründen. Das Wort „*erheblich*“ wäre daher auf jeden Fall zu streichen.

Darüber hinausgehend ist die Stundung dem Pflichtteilsberechtigten aber auch dann zumutbar, wenn die sofortige Begleichung des Pflichtteils das Unternehmen zwar nicht gefährdet, aber die Finanzierung des Unternehmens erheblich beeinträchtigt. Es ist nicht einzusehen, dass das Unternehmen die erforderlichen oder auch nur im normalen Geschäftsgang üblichen Investitionen unterlassen muss, um die Abfindung vom Pflichtteilsberechtigten zu ermöglichen.

Vorgeschlagen wird somit folgende Formulierung:

„...wenn dessen sofortige Entrichtung die Finanzierung eines Unternehmens erheblich beeinträchtigen würde.“

### § 778 Abs 1

Da „*Verlassenschaft*“ kein anderer Begriffsinhalt zukommt als „*Nachlass*“, sollte nur der letztere Begriff verwendet werden (siehe oben zu § 756).

§ 778 Abs 1 sollte daher lauten:

*„Auf Antrag des Pflichtteilsberechtigten werden zur Ermittlung des Pflichtteils der gesamte Nachlass und alles, was ein Erbe oder Vermächtnisnehmer dem Nachlass schuldet oder als Schenkung dem Nachlass hinzuzurechnen ist, genau beschrieben und geschätzt.“*

### § 779 Abs 1

Auch hier sollte „*von der Verlassenschaft*“ durch „*von dem Nachlass*“ ersetzt werden.

### § 780

Entsprechend den terminologischen Vorschlägen zu § 761 Abs 1 sollte der Begriff „*Einrechnung*“ vermieden und einheitlich – nämlich sowohl für Zuwendungen auf den Todesfall als auch für Schenkungen unter Lebenden – der Begriff „*Anrechnung*“ verwendet werden. Dadurch wird in § 780 Abs 1 auch der Verstoß gegen die Terminologie des Entwurfs vermieden, wonach eine „*Schenkung ... eingerechnet*“ wird.

### § 781 Abs 2 Z 4

In außerordentlich verdienstvoller Weise regelt der Entwurf die im Schrifttum in höchst kontroversieller Weise behandelten Fragen der Pflichtteilsdeckung (kraft der Verweisung in § 761 Abs 1 Z 2) und Schenkungsanrechnung (Hinzu- und Anrechnung) im Zusammenhang mit der Übertragung von Vermögen auf eine Stiftung und die Einsetzung von Noterben als Stiftungsbegünstigte.

Zuzustimmen ist dem Prinzip, wonach die Vermögenswidmung an eine Stiftung als pflichtteilserhöhende (hinzurechnungspflichtige) Schenkung (im weiteren Sinne) gilt, die Einräumung einer Begünstigtenstellung aber – ähnlich der letztwilligen Zuwendung eines Gesellschaftsanteils – auch als anrechnungspflichtige Schenkung zugunsten eines Noterben. Zutreffend wird weder im Gesetz noch in den Erläuterungen verlangt, dass die Pflichtteilsdeckung durch eine Begünstigtenstellung die Einräumung klagbarer Ansprüche auf Stiftungszuwendungen (Ausschüttungen) voraussetzt. Dies ist – wie eingangs dargestellt – auch bei Gesellschaftsanteilen häufig nicht der Fall und kann daher bei einer Begünstigtenstellung ebenso wenig eine Voraussetzung der Eignung zur Pflichtteilsdeckung sein wie bei Gesellschaftsanteilen. Vielmehr ist – wie bei Gesellschaftsanteilen – der Wert der Begünstigtenstellung durch Bewertung der zukünftigen Zuflüsse zu ermitteln, wodurch das Ausmaß der Pflichtteilsdeckung – aber auch das Ausmaß der Anrechnung – begrenzt wird.

Zutreffend wird in den Erläuterungen festgehalten, dass eine doppelte Berücksichtigung desselben Vermögenswerts, einerseits als Schenkung (Vermögenswidmung) an eine Stiftung und andererseits als Einräumung der Begünstigtenstellung, auszuschließen ist. Dabei berücksichtigt der Entwurf, dass der Wert des auf die Stiftung übertragenen Vermögens den Wert der Begünstigtenstellungen, der sich aus den Ausschüttungen ergibt, determiniert.

Dieses von den Erläuterungen verfolgte, zu befürwortende Ziel wird indessen durch den vorliegenden Text des § 781 Abs 2 Z 4 im praktisch wichtigsten Fall der Widmung von Vermögen an eine Stiftung unter gleichzeitiger Einsetzung aller Noterben als Stiftungsbegünstigte nicht gewährleistet: Bei wörtlicher Anwendung der Regelung wäre sowohl die Vermögenswidmung an die Stiftung als auch die Einräumung der Begünstigtenstellung dem Nachlassvermögen hinzuzurechnen. Da der Wert der Begünstigtenstellungen aber gewöhnlich dem Wert der Vermögenswidmung entsprechen wird, käme es zur doppelten Hinzurechnung desselben Werts. Dieser Wert würde bei Anrechnung der Begünstigtenstellung aber nur einmal vom Pflichtteilsanspruch der Noterben abgezogen.

Die zu vermeidende Doppelberücksichtigung ist ein Problem lediglich der Hinzurechnung, nicht der Anrechnung. Um (nur) die doppelte Hinzurechnung zu vermeiden, sollte die Regelung wie folgt lauten:

„(2) als Schenkung in diesem Sinn gelten auch

4. die Vermögenswidmung an eine Stiftung oder an eine vergleichbare Vermögensmasse und die Einräumung der Rechtsstellung als Begünstigter, wobei der Wert der Einräumung der Begünstigtenstellung nur hinzuzurechnen ist, wenn der Wert der Vermögenswidmung nicht hinzuzurechnen ist, sowie“

Die subsidiäre Hinzurechnungspflicht der Einräumung der Begünstigtenstellung greift etwa dann ein, wenn die Vermögenswidmung infolge Ablaufs der Frist gemäß § 781 Abs 3 nicht mehr hinzurechnungspflichtig ist und der Stifter durch die innerhalb der 10-Jahres-Frist vorgenommene ungleiche Einräumung von Begünstigtenstellung einzelne Noterben vor anderen begünstigt hat:

Beispiel: Der Stifter widmet der Stiftung eine Beteiligung, räumt erst 10 Jahre später seinem Kind A die Begünstigtenstellung ein und verstirbt nach weiteren 10 Jahren. Sein Kind B kann infolge Fristablaufs zwar nicht mehr die Hinzurechnung der Vermögenswidmung begehrn, sehr wohl aber die Hinzurechnung der Einräumung der Begünstigtenstellung an A (vergleichbar der Hinzurechnung einer nur dem Kind A zugewendeten Gesellschaftsbeteiligung).

### § 781 Abs 3

Unter Hinweis auf die obigen Ausführungen wird vorgeschlagen, der Regelung folgenden Satz anzufügen:

„Das Vermögensopfer ist nicht erbracht, wenn der Geschenkgeber die geschenkte Sache oder ihren Wert an sich ziehen kann, etwa durch Widerruf der Schenkung oder der Stiftung, der er die Sache zugewendet hat, oder durch eine dem Geschenkgeber vorbehaltene Veräußerungsbefugnis.“

### § 792

Diese Definition des Vermögensopfers muss auch hier maßgeblich sein. Angeregt wird, eine Verweisung auf die vorgeschlagene gesetzliche Definition in § 781 Abs 3 Satz 3 aufzunehmen:

„..... wenn das mit der Schenkung verbundene Vermögensopfer (§ 781 Abs 3 Satz 3) mehr als 2 Jahre vor dem Tod des Erblassers erbracht wurde.“

**§ 1487a Abs 7 Z 8**

Zu begrüßen ist insbesondere die Vertrauensschutzregelung des § 1487a Abs 7 Z 8 des Entwurfs. Diese ist besonders wichtig im Falle von Schenkungen, die nach geltendem (altem) Recht vorgenommen wurden:

- So würde bei Schenkung an einen Nicht-Noterben, wenn zum Todeszeitpunkt nach dem 1.1.2017 die 2-jährige Frist des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB bereits abgelaufen, die neue 10-jährige Frist aber noch offen ist, der Nachlass mit Ansprüchen aufgrund der Schenkungsanrechnung belastet, obwohl Erblasser und Erben von der Nichtanrechnung ausgehen könnten. Der beschenkte Nicht-Noterbe wäre hingegen infolge Ablaufs der insoweit unveränderten 2-Jahres-Frist gemäß § 792 des Entwurfs frei.
- Zu denken ist ferner an einen Stifter, der zwecks Begründung des Vermögensopfers im Sinne der OGH-Entscheidung vom 05.06.2007, 10 Ob 45/07 a auf das Widerrufsrecht verzichtet und sein Änderungsrecht zwecks Ausschlusses der Rückübertragung der Vermögenswidmung eingeschränkt hat. Ist nach dem 1.1.2017 die 10-Jahres-Frist noch nicht ausgelaufen, kann der Stifter nicht einmal das Stiftungsvermögen wieder an sich ziehen, um Pflichtteilsansprüche – für den Fall seines Versterbens vor Ablauf der neuen 10-Jahres-Frist – selbst oder aus seinem Nachlass befriedigen zu können.

Mit freundlichen Grüßen

Univ. Prof. Dr. Hanns F. Hügel