

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

153. JAHRGANG

03
2021



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

Michael Umfahrer:

Geleitwort

Seite 105

Alexander Winkler, Christian Rabl und Alexander Schopper:

Editorial

Seite 106

BEITRÄGE

Alexander Hofmann:

Minderung des Pflichtteils durch das Berücksichtigen „latenter Steuern“?

Seite 122

Katja Kornfehl und Florian Nikolai:

Auslösung gesellschaftsvertraglicher Übertragungsbeschränkungen durch Treuhandverhältnisse

Seite 447

RECHTSPRECHUNG

Unbefristete Hinzurechnung von Schenkungen

Seite 134

Sanierungstreuhand und Streitgenossenschaft

(Heinrich Foglar-Deinhardstein und Nora Aburumieh)

Seite 144

LEITUNG: Christian Rabl, Alexander Schopper, Alexander Winkler (Chefredakteur)

REDAKTION: Ludwig Bittner, Christian Koller, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Gottfried Musger, Karl Stöger, Martin Trenker, Rudolf Welser

BEIRAT: Irene Faber, Christoph Grabenwarter, Andreas Kletečka, Helmut Ofner, Manfred Umlauf, Wolfgang Zankl

NZ 2021/34

Minderung des Pflichtteils durch das Berücksichtigen „latenter Steuern“?

In der Literatur sind jüngst Stimmen laut geworden, die dafür plädieren, bei der Ausmessung von Pflichtteilsansprüchen Einkommensteuerlasten aus einem fiktiven Verkauf des bezogenen Vermögens (sog „latente Steuern“) wertmindernd zu berücksichtigen. Die Befürworter dieser Ansicht berufen sich auch auf Rsp und Lehre in Deutschland, wo darüber schon ausführlich diskutiert wurde. Gegenstand des folgenden Beitrags ist eine kritische Auseinandersetzung mit den Argumenten, die für einen Wertabschlag ins Treffen geführt werden.

Von Alexander Hofmann

Inhaltsübersicht:

- A. Einführung
- B. Zum Begriff „latente Steuern“
- C. Belastung des Nachlasses mit aktuellen Steuerverbindlichkeiten
 1. Erblässerschulden
 2. Erbgangsschulden
 3. Rückblick auf das alte Recht
- D. Objektivierter Verkehrswert und Stichtagsprinzip lassen keinen Abzug wegen latenter Steuern zu
 1. Meinungsstand
 2. Maßgeblichkeit des objektivierten Verkehrswerts
 - a) Keine Berücksichtigung subjektiver Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeiten
 - b) Keine „Versilberungsfiktion“ als besondere Bewertungsvorgabe
 - c) Exkurs: Unternehmensbewertung in der Verlassenschaft
 - d) Rsp und Lehre in Deutschland
 3. Strenges Stichtagsprinzip nach dem ErbRÄG 2015
 - a) Wertabgrenzungsfunktion
 - b) Risikoverteilung
 - c) Mangelnde Quantifizierbarkeit
- E. Ergebnisse

A. Einführung

Fällt ein Unternehmen in den Nachlass, werden **Pflichtteilsansprüche** meist nur als **Störfaktor** und **Gefahr für die Liquidität** und Erhaltung des Betriebs wahrgenommen. Das ErbRÄG 2015¹ hat die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Pflichtteilsrecht verfeinert und **keine** besonderen Regelungen zur **privilegierten Übernahme betrieblicher Vermögen** im Erbweg bereitgestellt. Modelle für das sukzessive und liquiditätsschonende Abdienen des Pflichtteils über einen längeren Zeitraum (zB durch das Einräumen eines Fruchtgenussrechts, einer Unterbeteiligung oder einer Begünstigtenstellung in einer Stiftung als „unbequeme“ Zuwendung

iSd § 762 ABGB) stehen im Hinblick auf die zwingenden Stundungsregeln (§ 766 ABGB) auf juristisch unsicherem Terrain.² Bereits zum alten Recht zeigte die Rsp³ die engen Grenzen auf, die das Pflichtteilsrecht auch Stiftungslösungen setzt, die sich zur Entschärfung der unliebsamen Rechtsposition Pflichtteil erwägen lassen. Es verwundert daher nicht, dass **unternehmensnahe Berater Überlegungen** anstellen, ob nicht **latente Einkommensteuerlasten**, die im Falle einer späteren Veräußerung des ererbten Vermögens anfallen können, den Wert des **Nachlasses mindern** und zu einer anteiligen **Kürzung des Pflichtteils** verhelfen können.⁴ In der Literatur ist diese Frage strittig.⁵ Sie ist sowohl für die Feststellung des Reinnachlasses (§ 778 Abs 2, § 779 Abs 1 ABGB) als auch für die Bezifferung hinzu- und anrechnungspflichtiger Schenkungen (§ 788 ABGB) relevant⁶ und wird im Folgenden näher untersucht.

² Musger in KBB⁶ (2020) § 762 Rz 5f mwN.

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

⁴ Winkler, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht – Wege zur Minimierung des Störfaktors „Pflichtteilsansprüche“, JEV 2005, 89.

⁵ Befürwortend: Reich-Rohrwig, Erbrecht² (2020) 26f, 147ff; Peissl, Die Berücksichtigung latenter Steuern im Pflichtteilsrecht, JEV 2020, 57; Hechenblaickner, Die Berücksichtigung latenter Steuern bei der Ermittlung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage, EF-Z 2020, 200; Umlauf, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht² (2018) 314; Ferrari/Taucher, Latente Steuern im Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht (1995) 31 ff (zum alten Recht); zurückhaltend: Schopper/Walch, Erbrechtliche Fragen zu Aufgriffsrechten bei GmbH-Geschäftsanteilen, NZ 2020, 161 (177); ablehnend: Aschauer, Unternehmensbewertung bei erbrechtlichen Bewertungsanlässen, in Artmann/Rüffler/Torggler (Hrsg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 76 f; Vogl (Steuern als Belastung des Pflichtteils iSd § 762 ABGB nF, Welche Abgaben sind Belastungen des Pflichtteils – und welche nicht? ÖJZ 2020, 245 [247]), der das Problem aus der Sicht der Ausmittlung des Deckungswerts (§ 762 ABGB) einer anrechenbaren Zuwendung beleuchtet. Binder/Giller (in Gruber/Kalss/Müller/Schauer [Hrsg], Erbrecht und Vermögensnachfolge² § 9 Rz 217 f) reißen das Problem an, ohne eindeutig Position zu beziehen.

⁶ An der grundsätzlichen Fragestellung ändert das nichts. Der für die Hinzurechnung ermittelte Wert ist auch für die Anrechnung maßgeblich (§ 781 Abs 1, §§ 787, 788 ABGB).

¹ Im Folgenden wird grundsätzlich auf die Rechtslage nach dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 BGBl I 2015/87 („ErbRÄG 2015“) Bezug genommen. Zitate der alten Rechtslage sind mit dem Zusatz „aF“ kenntlich gemacht.

B. Zum Begriff „latente Steuern“

Mit **latenten Steuern**⁷ oder Steuerlatenz sind im vorliegenden Zusammenhang **potentielle Einkommensteuerlasten** gemeint, die in stillen Reserven bzw. inneren Wertzuwächsen von betrieblichem oder privatem Vermögen ruhen. Sie werden schlagend und lösen Steuerpflichten aus, sobald eine **Veräußerung, Betriebsaufgabe** oder **Entnahme** aus dem **Betriebsvermögen** stattfindet. Nach geltender Rechtslage geht es im Wesentlichen um die folgenden Steuern:

- **Steuer** auf den **Gewinn** aus der **Veräußerung** oder **Aufgabe** (Liquidation) eines (Teil-)Betriebs oder Mitunternehmeranteils nach **§ 24 EStG**;
- **Immobilienvermögensteuer** (ImmoESt) anlässlich des Verkaufs von Privatgrundstücken gem **§ 30 EStG** und
- **Vermögenszuwachssteuer** gem **§ 27 Abs 3 EStG** beim Verkauf von Kapitalvermögen.⁸

Der Pflichtteil wird **stichtagsbezogen** vom Wert der Verlassenschaft zum **Todestag** ermittelt (§ 778 Abs 2 ABGB). Hat der zur Gewinnrealisierung führende Veräußerungsvorgang noch zu Lebzeiten stattgefunden, trifft die Steuer unzweifelhaft den Nachlass (Erblasserschuld). Es gibt aber auch Fälle, in denen der **Veräußerungsgewinn** entweder erst **nach dem Tod** oder **gar nicht** bzw. **nicht** in einem überschaubaren zeitlichen **Zusammenhang** mit dem **Erbfall** lukriert wird.

C. Belastung des Nachlasses mit aktuellen Steuerverbindlichkeiten

1. Erblasserschulden

In einem ersten Schritt soll dargestellt werden, unter welchen Voraussetzungen aktuelle Steuern aus Veräußerungen, die noch in zeitlicher Nähe zum Erbfall stattfinden, den abrechnungsrelevanten Nachlass belasten. Schulden, die schon zu **Lebzeiten begründet** wurden, sind **Erblasserschulden**⁹ und vom Nachlass abzuziehen (§ 779 Abs 1 ABGB). Eine spätere Fälligkeit ändert daran nichts.¹⁰ Bestehen Unsicherheiten über die Höhe, ist nach der Rsp und einem Teil der Lehre der Schätzwert in Anrechnung zu bringen.¹¹ Auch nach dem Tod schla-

gend werdende Steuerlasten sind als Erblasserschulden zu qualifizieren, wenn der Rechtsgrund für ihr **Entstehen** noch **vor dem Ableben** liegt. Die Schritte, die zum Veräußerungsvorgang führen, müssen noch vom Verstorbenen gesetzt worden sein. Kommt es dadurch nach dem Tod zur steuerwirksamen Auflösung stiller Reserven, die sich von den Erben nicht mehr verhindern lässt, wird die Steuer als Erblasserschuld erfasst. *Ferrari/Taucher*¹² erwähnen als Beispiele die Annahme eines Anbots, das noch vom Erblasser gestellt wurde und dessen Annahme vom Nachlass oder den Erben hingenommen werden muss; oder die Verwertung von Nachlassvermögen dadurch, dass Gläubiger des Verstorbenen darauf zugreifen. In diesem Fall wird es aber wohl darauf ankommen müssen, dass die Erben die Befriedigung der Erbengläubiger aus dem Vermögen nicht mehr abwenden können. Ist genug Vermögen vorhanden, um die Gläubiger anderweitig zu bedienen, wäre ihre Befriedigung aus bestimmten Vermögensstücken nicht als unausweichliche Veräußerung anzusehen. Dann ließen sich die daraus resultierenden steuerlichen Konsequenzen auch nicht mehr als Erblasserschuld darstellen.

Verkompliziert wird die Zurechnung dadurch, dass die **ruhende Verlassenschaft** (hereditas iacens) vom Steuerrecht **nicht** als **Steuersubjekt** behandelt wird. Steuerlich wird dem **Erben** die **Einkunftsquelle** des **Nachlasses** schon mit Wirkung **vom Todestag zugeordnet** (§ 19 Abs 1 BAO).¹³ Auch wenn dem Erben nach dem Tod Einkünfte zufließen, die noch auf Rechtshandlungen des Verstorbenen zurückzuführen sind (zB hinterlassene Honorare eines Einnahmen-Ausgaben-Rechners, Kaufpreis aus einem vor dem Tod geschlossenen Kaufvertrag), hat er sie nach seinen **persönlichen Einkommensverhältnissen** zu versteuern. Dennoch gilt die Steuerlast als **Erblasserschuld**.¹⁴

2. Erbgangsschulden

Bestimmte Schulden mindern den Reinnachlass auch dann, wenn sie erst nach dem Tod begründet werden.

⁷ Der Begriff stammt aus der Rechnungslegung des UGB. Dort bezeichnet er Wertabgrenzungen für verborgene Steuerbelastungen (passive latente Steuern) oder zukünftige Steuerentlastungen (aktive latente Steuern), die sich aus temporären Differenzen zwischen steuerrechtlichen und unternehmensrechtlichen Wertansätzen (für Vermögensgegenstände, Schulden oder Rechnungsabgrenzungsposten) ergeben und mit deren Ausgleich in späteren Geschäftsjahren zu rechnen ist (§ 258 UGB). Im vorliegenden Beitrag kommt dem Begriff eine andere Bedeutung zu.

⁸ Siehe die von *Reich-Rohrwig* (Erbrecht 26f) angeführten Beispiele.

⁹ *Welser*, Erbrechts-Kommentar (2019) § 779 Rz 10.

¹⁰ *Ferrari/Taucher*, Latente Steuern 25f.

¹¹ OGH 10. 7. 1973, 4 Ob 550, 551/73 NZ 1974, 91; 28. 11. 2019, 2 Ob 3/19h (noch zum alten Recht, aber schon mit Hinweis auf die Wertungen des § 762 ABGB); ebenso *Ferrari/Taucher*, La-

tente Steuern 27; unter Hinweis auf *Kralik*, Erbrecht³ (1983) 272; anders *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 779 Rz 8.

¹² Latente Steuern 25f; ebenso *Kröger*, Die Berücksichtigung künftiger Steuerschulden bei der Ermittlung des Nachlasswertes im bürgerlichen Recht und im Steuerrecht, DB 1971, 648f.

¹³ VwGH 13. 3. 1997, 96/15/0102. Auch bei einem Verkauf aus der noch nicht eingetragenen Verlassenschaft wird die ImmoESt bzw. deren Vorauszahlung unter der Steuernummer des Erben abgeführt. Die Abfuhr für den Nachlass unter einer für diesen vergebenen Steuernummer ist nur als provisorische „Ersatzlösung“ vorgesehen, wenn die unmittelbare Zurechnung an den Erben nicht möglich ist, zB weil dieser noch nicht bekannt ist oder noch nicht feststeht (EAS BMF 3. 9. 2012, BMF-010203/0402-VI/6/2012, Nr 53).

¹⁴ Siehe dazu *Hechenblaickner* (EF-Z 2020, 201 ff), der de lege ferenda zur Behebung dieser Inkonsistenz vorschlägt, solche Erblasserschulden nach der hypothetischen Steuerbelastung des Verstorbenen auszumessen.

Dabei handelt es sich um Kosten, die aus Anlass des Ablebens entstehen (zB Bestattungskosten), oder solche, die mit der Durchführung der Abhandlung (Gebühren für den Gerichtskommissär und Sachverständige, Entschädigung eines Verlassenschaftskurators) oder mit der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses zusammenhängen (**Erbgangsschulden** – § 779 Abs 1 ABGB).¹⁵

Persönliche Steuern, die aus der Veräußerung von Nachlassvermögen herrühren, können nur in sehr eingeschränktem Umfang als Erbgangsschulden anerkannt werden. Beruht ein die **Steuerpflicht verwirklichender Sachverhalt** bereits auf **Dispositionen** des Nachlassvertreters bzw des **Erben**, ist ihre Erfassung als Nachlassverbindlichkeit iSd § 779 Abs 1 ABGB nicht von vornherein ausgeschlossen. Die Veräußerung muss aber unmittelbar mit dem **Erbfall zusammenhängen** oder in ihm wurzeln, um den berechnungsrelevanten Nachlass zu schmälern.¹⁶ Das **ErbRÄG 2015** hat mit der Einführung eines **strengen Stichtagsprinzips** den Spielraum für die Zuordnung als Erbgangsschuld eingeeengt (s dazu unten unter C.3).

Orientierung für die Lösung der Frage, unter welchen Umständen (aktuelle) Ertragsteuerverbindlichkeiten, die erst nach dem Tod entstehen, als Erbgangsschulden behandelt werden können, liefert ein Blick auf die deutsche **Rsp.** Auch in **Deutschland** gilt für die Abgrenzung von Verbindlichkeiten, die den Nachlass belasten, das Stichtagsprinzip (§ 2311 Abs 1 BGB). Insofern lässt sich die deutsche Rechtslage mit jener in Österreich vergleichen. Gegenstand der E BGH 26. 4. 1972¹⁷ war eine Papiergroßhandlung, die der am 24. 4. 1968 verstorbene Inhaber seiner als Alleinerbin eingesetzten Gattin übertrug. Wesentlicher Bestandteil des Unternehmens war ein Geschäftsgrundstück mit hohen stillen Reserven. Der Sohn klagte auf Zahlung des Pflichtteils. Die beklagte Erbin behauptete, den Betrieb am 30. 9. 1968 wegen mangelnder Rentabilität eingestellt zu haben, und wandte ein, der Kläger habe die aus der Übernahme des Grundstücks in ihr Privatvermögen ausgelösten Steuerschulden mitzutragen. Der BGH erkannte, dass die aus den **stillen Reserven** herrührende **Ertragsteuerlast im Rahmen der Unternehmensbewertung** zu berücksichtigen und auf diese Weise (indirekt) dem Nachlassvermögen zuzuordnen sei.¹⁸ Tragende Begründung dafür war, dass die Betriebsschließung und die da-

mit einhergehende Aufdeckung der stillen Reserven schon zum **Todestag** (ex tunc betrachtet) **abzusehen** gewesen sei. Wird ein Unternehmen hingegen fortgeführt, komme grundsätzlich die Bewertung zum **Fortführungswert (Going-Concern-Prinzip)** in Betracht.¹⁹ Als gerechtfertigte Gründe, keine Fortführung zu unterstellen, nannte das deutsche Höchstgericht beispielhaft eine entsprechende Anordnung des Erblassers, fehlende Rentabilität des Betriebs oder eine unausweichliche Auseinandersetzung unter mehreren Miterben. Nach Ansicht des BGH kommt es sohin darauf an, dass die für die Einkommensteuer kausale **Veräußerung** mit dem **Erbfall** (auch in zeitlicher Hinsicht) aufgrund der **Art des hinterlassenen Vermögens** oder der **Verfügungslage eng verknüpft** ist und sich deshalb von vornherein **prognostizieren** lässt. Besteht dieser Zusammenhang, lässt sich die Steuerbelastung im Vermögensstatus des Nachlasses erfassen. Dieser Grundsatz taugt als verallgemeinerungsfähiges und praktikables Abgrenzungskriterium, um Einkommensteuerschulden, die erst nach dem Tod ausgelöst werden, (als Erbgangsschulden) dem Nachlass zuzuordnen. Auf die Bedeutung, die darin liegt, dass der BGH als Konsequenz aus einer für angemessen befundenen Bewertung auch fiktive Steuerlasten zum Todestag als wertmindernd anerkennt, wird in der Folge noch näher eingegangen (s dazu unten unter D.2.d). Vorweg sei festgehalten, dass es in den vom BGH entschiedenen Fällen fast ausschließlich um Steuern im Zusammenhang mit **Betriebsvermögen** (§ 16 dEStG²⁰) ging. Die Kriterien, die das Gericht für den notwendigen Zusammenhang des Veräußerungsszenarios mit dem Erbfall aufstellt, lassen sich aber auf **Privatvermögen** (Grundstücke und Kapitalvermögen) **übertragen**. Die für die Zuordnung **notwendige Verknüpfung** mit dem **Erbfall** wird zB dann zu bejahen sein, wenn eine Eigentumswohnung gem § 12 Abs 2 WEG 2002 feilgeboten werden muss, weil unter mehr als zwei Erben keine Einigung über die Aufteilung zustande kommt, **Wertpapiere** in Erfüllung einer **Auflage verkauft** werden, oder wenn die **Abfindung des Pflichtteils** aus der Verlassenschaft **nicht anders als durch Veräußerung von Nachlassvermögen aufgebracht** werden kann und der Pflichtteilsberechtigte keine andere Form der Befriedigung annimmt.

Wird ein Geschenknnehmer infolge seiner **Ausfallshaftung** nach **§ 789 ABGB** zur **Veräußerung** gezwungen, so besteht wohl ein Zusammenhang mit dem Erbfall. Wenn von vornherein feststeht, dass der Fehlbetrag nur durch Veräußerung aufgebracht werden kann, lässt

¹⁵ Auch nützlich gemachte Auslagen fallen darunter (OGH 23. 1. 1968, 8 Ob 357/67 SZ 41/7; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 779 Rz 11).

¹⁶ So schon nach hL zum alten Recht *Ferrari/Taucher*, Latente Steuern 31 mwN, unter Hinweis auf deutsche Rsp (s dazu unten); *Hechenblaickner*, EF-Z 2020, 203.

¹⁷ IV ZR 114/70 NJW 1972, 1269.

¹⁸ Der BGH zog den Liquidationswert heran. Unter der Annahme der Betriebsaufgabe wird der Barerlös aus der Versilberung der Unternehmensteile nach Abzug von Steuern beziffert (s dazu unten unter D.2.c).

¹⁹ In diesem Fall können (noch nicht entstandene) Einkommensteuern nicht vom Wert abgezogen werden. In späteren Entscheidungen stellte der BGH klar, dass der Ausgleichsberechtigte nicht durch eine willkürliche Verwendungsentscheidung des Erben (Bewertung mit dem unverhältnismäßig geringen Ertragswert) verkürzt werden dürfe (s dazu unten unter D.2.d).

²⁰ Vgl § 24 öEStG.

sich das Entstehen der Steuerlast auch absehen. Dennoch wird das **kein Grund** sein, den nach § 788 ABGB (zu einem anderen Stichtag – s dazu unten unter D.3.a) ermittelten und für die Pflichtteilsberechnung herangezogenen **Wert** um persönliche **Veräußerungssteuern** zu **revidieren**. Ob es sich der Geschenknehmer leisten kann, das Geschenk aus der Sachhaftung auszulösen oder nicht, liegt allein in seiner Sphäre. Dass die Mittel für die Pflichtteilsdeckung beim Geschenknehmer nicht anders als durch eine Verwertung des Geschenks beschafft werden können, lässt sich nicht mehr dem Erblasser zuschreiben. Der Gedanke, dass der Pflichtteilsberechtigte durch die Hinzu- und Anrechnung so gestellt werden soll, wie wenn die Schenkung gar nicht stattgefunden hätte, ist auch nach dem ErbRÄG 2015 nicht obsolet. Diese Zielsetzung wäre nicht erreicht, wenn die Höhe des Pflichtteils davon abhängen würde, ob der Erblasser das Vermögen aus seinem ungeteilten Haftungsfonds an mehrere wirtschaftlich gut oder weniger gut gestellte Zuwendungsempfänger verteilt oder einer einzigen Person zukommen lässt, die den fehlenden Pflichtteil mit insgesamt geringeren Transaktionskosten finanzieren könnte.

3. Rückblick auf das alte Recht

Vor dem ErbRÄG 2015 war der Pflichtteil zwar grundsätzlich auch auf Basis des (zum Todestag) festgestellten Reinnachlasses auszumessen (§ 784 ABGB aF). Solange der Pflichtteil aber nicht „wirklich zuteilt“ war, **partizipierte** der Noterbe an den **Zugewinnen** und **Verlusten** des Vermögens (§ 786 Satz 2 ABGB aF).²¹ Als „Zuteilung“ galt die außergerichtliche Festsetzung bzw bei streitiger Auseinandersetzung der Schluss der mündlichen Verhandlung.²² Bis zum maßgeblichen Zuteilungsstichtag bildeten der Pflichtteilsberechtigte und der Erbe hinsichtlich des Nachlassvermögens eine Risikogemeinschaft. Gleich einem Gesellschafter blieb der Pflichtteilsberechtigte bis zur Anspruchsregulierung an Gewinnen und Verlusten des Nachlasses beteiligt.²³ Diese Regelung schuf die Basis dafür, **verwaltungsbedingte Steuerverbindlichkeiten** im Rahmen der Abrechnung nach § 786 Satz 2 ABGB aF (Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten an nachteiligen Entwicklungen) zu **berücksichtigen**, wenn die Veräußerung aus **wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt** erschien. Das konnte der Fall gewesen sein, wenn sich der Verkauf deshalb als notwendig erwies, weil dringende Verlassenschaftsschulden die Vermögensverwertung erzwangen (**Notverkauf**) oder weil **keine**

Möglichkeit zur **rentablen Fortführung** des Unternehmens bestand.²⁴ Nach der von *Kralik* zur alten Rechtslage vertretenen und von *Ferrari/Taucher* übernommenen Ansicht seien darüber hinaus Steuern aus einer vom Erben betriebenen Gewinnrealisierung dem Pflichtteilsberechtigten auch dann anteilig anzulasten gewesen, wenn mit dem Verkauf nur eine dem Erben willkommene und günstige Verwertungschance genutzt wurde und das Abhandlungsgericht den Verkauf genehmigte.²⁵ Hierbei wurde mE verkannt, dass dem Noterben nach § 786 Satz 2 ABGB aF nur die Beteiligung an solchen Kosten und Vermögensminderungen zugemutet wurde, die sich aus objektiven Notwendigkeiten der Besorgung und Verwaltung des Nachlasses ergaben. War ihre Ursache jedoch in der Sphäre des Erben zu verorten, schied eine aliquote Pflichtteilsminderung aus.²⁶

Kralik und ihm folgend *Ferrari/Taucher* beriefen sich für ihre Ansicht auch auf die oben unter C.2 referierte deutsche Rsp. Im deutschen Pflichtteilsrecht, zu dem sich die BGH-Judikatur entwickelte, gibt es aber keine mit § 786 Satz 2 ABGB aF vergleichbare Regelung (Abrechnungsgemeinschaft des Pflichtteilsberechtigten mit dem Erben bis zur Zuteilung). Außerdem wäre die Ansicht von *Kralik* und *Ferrari/Taucher* darauf hinausgelaufen, die „Weiterverrechnung“ aufkommender Einkommensteuer an den Noterben auch in solchen Fällen zuzulassen, in denen es in der freien Entscheidung des Nachlassvertreters bzw Erben gelegen ist, ob verkauft wird oder nicht. Ein kausaler Zusammenhang der Verfügung mit dem Erbfall wäre nicht mehr zu fordern gewesen. Ein derart großzügiges Verständnis des Begriffs Erbgangsschuld ließ sich den Wertungen der Judikatur des BGH nicht entnehmen. Andererseits räumten *Ferrari/Taucher* an anderer Stelle ihrer Untersuchung selbst ein, dass die Einordnung als Erbgangsschuld umso weniger angezeigt erschien, je weniger wirtschaftliche und nachvollziehbare Gründe sich für die steuerschädliche Veräußerung fanden und je länger die Zeitspanne betrug, die zwischen dem Erbfall und der Veräußerung lag.²⁷ Nach Einführung des **strengen Stichtagsprinzips** durch das ErbRÄG 2015 (s dazu unten unter D.3) kann die Frage auf sich beruhen.²⁸ Eine auf § 786 Satz 2 ABGB aF gestützte Anspruchsminderung wäre nur noch für **Altfälle**²⁹ relevant.

²¹ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 784 Rz 2 und § 786 Rz 4.

²² OGH 14. 10. 1976, 6 Ob 12/76 SZ 49/118.

²³ Nachteile aus einem Pflichtversäumnis des Erben konnten nicht berücksichtigt werden (RIS-Justiz RS0012905). Unzweckmäßige Maßnahmen konnten gegebenenfalls schadenersatzrechtlich ausgeglichen werden (RIS-Justiz RS0029356).

²⁴ *Kralik*, *Erbrecht* 291; *Ferrari/Taucher*, *Latente Steuern* 30.

²⁵ *Latente Steuern* 30 f.

²⁶ OGH 29. 2. 2016, 2 Ob 90/15x – keine Zuordnung der Kosten für das Führen eines Pflichtteilprozesses zu den Kosten der Nachlassverwaltung.

²⁷ *Latente Steuern* 32.

²⁸ *Reich-Rohrwig*, *Erbrecht* 148.

²⁹ Ableben bis zum 31. 12. 2016 (§ 1503 Abs 7 Z 1 und 2 ABGB).

D. Objektivierter Verkehrswert und Stichtagsprinzip lassen keinen Abzug wegen latenter Steuern zu

Im Rahmen der vorliegenden Themenstellung interessieren vor allem jene Fälle, in denen die in **stillen Reserven** schlummernden **Einkommensteuerbelastungen** noch **nicht realisiert** wurden und der konkrete Erbfall (aus der Sicht des Todestags) **keine Betriebsaufgabe** oder **Veräußerung** nahelegt oder **erwarten** lässt. Der **Erbfall** für sich bewirkt **nicht** die **Auflösung stiller Reserven**. Sie gehen mit Wirkung vom Tag des Ablebens (§ 19 Abs 1 BAO) unbesteuert auf den Rechtsnachfolger von Todes wegen über, so wie wenn sie noch der Erblasser halten würde.³⁰

In dieser Konstellation ist **ungewiss**, ob der Erbe jemals überhaupt eine **Veräußerungsentscheidung** treffen wird. Ob es dazu kommt, hängt ausschließlich von seinen **subjektiven Präferenzen** und seiner **privaten und wirtschaftlichen Situation** ab. Bestimmend für die konkreten steuerlichen Folgen, die im Veräußerungsfall entstehen würden, wäre nicht nur die persönliche Steuersituation des Erben zum Zeitpunkt der Transaktion, sondern auch die künftige **Ausgestaltung des Abgabenrechts**. Sie lassen sich nur vage einschätzen. Unberechenbar ist insbesondere auch, welche besonderen **Optionen** der Erbe zur Wahrung bestimmter **Steuer Vorteile** nutzen wird, um einer Besteuerung zu entgehen oder sie zu optimieren.

Trotz dieser Unsicherheiten, die nicht einmal annäherungsweise eine **Quantifizierung** der Steuerlatenz erlauben würden, gibt es Stimmen in der Lehre, die für einen Wertabschlag plädieren.

1. Meinungsstand

*Ferrari/Taucher*³¹ sehen in der Veräußerungsmöglichkeit eine wesentliche von mehreren Nutzungsmöglichkeiten. Sei sie mit Nachteilen verbunden, müsse sich das in einer Wertminderung ausdrücken. Zur Höhe und zu den Kriterien der Ausmessung äußern sie sich nicht.

Reich-Rohrwig sieht einmal den Gesetzgeber gefordert, um den Erben vor aus seiner Sicht unbilligen Konsequenzen des strengen Stichtagsprinzips zu bewahren.³² De lege lata fordert er den Abzug der fiktiven Einkommensteuern vom Nachlasswert, ausgenommen Beträge im Bagatellbereich.³³ Das lasse sich sowohl aus Rsp des BGH zum Pflichtteilsrecht ableiten, wonach latente Steuern abzuziehen seien, wenn sich der Wert nur durch Verkauf realisieren lasse; aber auch aus Judikatur des BGH zum Güterrecht.

*Peissl*³⁴ teilt mit ausführlicherer Begründung die Meinung von *Reich-Rohrwig*. Er ortet Judikaturdivergenzen des BGH im Erb- und Güterrecht, die eine Hinwendung des BGH zur erweiterten Berücksichtigung latenter Steuern auch im Erbrecht erwarten lassen. Aus dem Geldanspruch des Pflichtteilsberechtigten auf seine Quote folge, dass im Rahmen der Bewertung die Veräußerung des Nachlassvermögens zu fingieren sei. Zur Lösung von Schwierigkeiten bei der Quantifizierbarkeit verweist er auf § 273 ZPO.

*Hechenblaickner*³⁵ folgt der Position von *Reich-Rohrwig* und *Peissl*.

Auch *Umlauf*³⁶ spricht sich dafür aus. Wenn die unterschiedliche Ausgestaltung von Unternehmensanteilen deren direkte Bewertung³⁷ erfordere, müsse auch ein Abschlag vom Verkehrswert für die Steuerlatenz geboten sein.

*Schopper/Walch*³⁸ wollen die Latenz nur dann in den Verkehrswert einfließen lassen, wenn sie objektbezogen (unabhängig vom jeweiligen Erwerber) oder wegen ihrer Erheblichkeit auf den Wert durchschlägt.

*Aschauer*³⁹ lehnt die Einpreisung aus der Sicht der Unternehmensbewertung ab.

*Vogl*⁴⁰ befasst sich mit der Frage, welchen Einfluss die Steuerhängigkeit einer Zuwendung nach § 762 ABGB auf die Bezifferung ihres Deckungswerts hat. Weil sich die Steuer aus einer persönlichen Verwendungsentscheidung des Eigentümers ergibt, verneint er grundsätzlich eine Wertminderung. Das Verständnis des Begriffs Belastung dürfe nicht ausufern. Nur wenn rechtliche Umstände (zB grundverkehrsrechtliche Hindernisse) den Erwerb verunmöglichen oder die Veräußerung erzwingen würden, sei ein Abstrich zu rechtfertigen.⁴¹

Der Bewertungspraxis in Verlassenschaftsverfahren waren Abstriche für latente Steuern bei Unternehmen oder Privatvermögen bislang fremd.

Nach der hier vertretenen Ansicht **berühren latente Steuerlasten die pflichtteilsbezogene Bewertung des Nachlasses nicht**. Dem würde zum einen die **Maßgeblichkeit des gemeinen Werts** iSd §§ 305, 306 ABGB (**objektivierter Verkehrswert**) für die Berechnung entgegenstehen. Zum zweiten würde die **Antizipation** von Steuern aus **nicht realisierten Gewinnen** im

³⁴ JEV 2020, 57 ff (61 ff).

³⁵ EF-Z 2020, 205 f.

³⁶ Hinzu- und Anrechnung 314.

³⁷ Im Unterschied zur indirekten Bewertung gleicher Anteile, die sich in zwei Schritten aus der Zuschreibung vom Unternehmenswert ableitet.

³⁸ NZ 2020, 177. Sie haben objektbezogene oder prohibitive (ausländische) (Verkehr-)Steuern im Fokus, die nicht unter die oben unter B. genannten Abgabenarten fallen.

³⁹ Unternehmensbewertung 76 f.

⁴⁰ ÖJZ 2020, 247.

⁴¹ Ein Verkauf der Sache, nur weil das Behalten unzweckmäßig wäre, reiche nicht aus.

³⁰ *Daragan*, Pflichtteil und latente Einkommensteuer, ZErB 2015, 330.

³¹ Latente Steuern 31 f.

³² Das Regierungsprogramm zu Zivil-, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ecoloX 2020, 256 ff.

³³ Erbrecht 148.

Widerspruch zu dem mit dem ErbRÄG 2015 eingeführten stringenten **Stichtagsprinzip** (§ 778 Abs 2, § 779 Abs 1 ABGB) stehen.

2. Maßgeblichkeit des objektivierten Verkehrswerts

a) Keine Berücksichtigung subjektiver Nutzungs- und Verwendungsmöglichkeiten

Maßgeblich für die Bewertung des Nachlasses ist nach § 778 Abs 1, §§ 305, 306 ABGB der gemeine Wert, dh der **Marktpreis**, den ein **Käufer** zu **bieten bereit** ist und der redlicherweise erwartet werden kann.⁴² **Subjektive Vorstellungen** einzelner Käufer sind **ebenso wenig wertbildend wie besondere Verwertungs- oder Verwendungsmöglichkeiten**, die sich (nur) dem Erben bieten.⁴³ Die passende Methode, um diesen Wert zu ermitteln, mag von der Beschaffenheit der Sache abhängen. An der Objektivität des Wertmessers ändert das nichts.⁴⁴ In der Diktion des **KFS/BW 1**⁴⁵ ist vom **objektivierten Verkehrswert** zu sprechen.⁴⁶ Er schließt die Berücksichtigung **latenter Steuern** aus. Diese sind dem **subjektiven Wert** zuzuschlagen.⁴⁷ Im Unterschied zum objektivierten Wert ist der subjektive Wert ein Entscheidungswert, den die subjektiven Vorstellungen und persönlichen Verhältnisse eines Transaktionspartners bestimmen. Er definiert die für einen Vertragsteil relevante Preisober- bzw Preisuntergrenze.⁴⁸ Ein Käufer ist

aber nicht bereit einen anderen Preis zu zahlen, weil die Transaktion auf Seite des Verkäufers Ertragsteuern auslöst. Die **Preisvorstellungen** des Käufers orientieren sich an ähnlichen oder **gleichwertigen Kaufobjekten** und ihrer **Verwertbarkeit** entsprechend seiner Entscheidungsrechnung, **gleich ob** für den Verkäufer eine **Steuerhängigkeit** gegeben ist oder nicht.⁴⁹ In den Entscheidungswert des **Käufers** können latente **Steuern** nicht einfließen. Er **trägt** sie **nicht** und sie schmälern seine Rendite nicht.⁵⁰

Deshalb erscheint die von *Umlauf*⁵¹ gezogene Analogie der Bewertung von Steuerlatenzen zur direkten Bewertung differenziert ausgestalteter Gesellschaftsanteile nicht schlüssig. Es ist empirisch belegt, dass Unterschiede bei Einfluss-, Vermögens- und Verfügungsrechten, die einer Gattung von Anteilen anhaften, vom Markt bepreist werden und sich unmittelbar auf den erzielbaren Erlös auswirken.⁵² Gegenüber **latenten Steuern** entwickelt sich der **Kaufpreis** indessen **indifferent**. Ertragsteuern des Verkäufers gehen den Erwerber nichts an und berühren aus seiner Sicht weder die Ertragskraft noch die Fungibilität (Liquidität) des Kaufgegenstands.

b) Keine „Versilberungsfiktion“ als besondere Bewertungsvorgabe

*Reich-Rohrwig*⁵³ und *Peissl*⁵⁴ stützen ihre gegenteilige Meinung auf die These, dass nach dem Bewertungszweck im Pflichtteilsrecht die Versilberung des gesamten Nachlasses zu fingieren sei. Dies sei aus der Ausformung des Pflichtteils als Geldforderung abzuleiten, deren Erfüllung den Verkauf voraussetze. Wolle man den Pflichtteilsberechtigten mit seiner Quote am fiktiven Veräußerungserlös beteiligen, müsse sein Anteil durch die fiktiven Steuerlasten geschmälert werden, um ihn dem Erben gleichzustellen. Diese Ansicht ist aus dem Gesetz nicht herauszulesen. Sie würde zu widersprüchlichen Ergebnissen führen und sich einseitig zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten auswirken.

⁴² *Musger* in KBB⁶ § 778 Rz 5; *Nemeth/Niedermayr* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁵ (2018) §§ 778, 779 ABGB Rz 13; *Welser*, Erbrechts-Kommentar § 778 Rz 3. Insofern hat sich die Rechtslage mit dem ErbRÄG 2015 nicht geändert (§ 784 ABGB aF – *Welser* in *Rummel/Lukas*⁴ § 784 Rz 4); RIS-Justiz RS0007799; für Liegenschaften s § 2 Abs 2 LBG.

⁴³ *Binder/Giller*, Pflichtteilsrecht § 9 Rz 216, 218. Für einen im Erbweg erworbenen Liegenschaftsanteil wird ein Wertabschlag für Miteigentum auch dann vorgenommen, wenn der Erbe als Miteigentümer durch den Erbfall das Alleineigentum erwirbt (OGH 10. 11. 1964, 8 Ob 314/64 SZ 37/162; 28. 6. 2016, 2 Ob 108/16 w NZ 2016, 411).

⁴⁴ Siehe § 2 Abs 1 und 2 LBG; Oberster Maßstab für die Bestimmung von Liegenschaften ist der Verkehrswert. Besondere Vorlieben und ideelle Wertmessungen einzelner Personen bleiben außer Betracht (§ 2 Abs 3 LBG). Vergleichswert (§ 4 LBG), Ertragswert (§ 5 LBG) und Sachwert (§ 6 LBG) reflektieren nur unterschiedliche Methoden, den am Immobilienmarkt erzielbaren Preis je nach Art des Objekts am besten abzubilden (§ 3 Abs 1 LBG); s auch OGH 20. 10. 1994, 6 Ob 586/94. Der Ertragswert ist nichts weiter als der sachgerecht ermittelte Verkehrswert.

⁴⁵ Fachgutachten des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Unternehmensbewertung.

⁴⁶ KFS/BW 1 Rz 16 ff.

⁴⁷ KFS/BW 1 Rz 29; *Mandl/Rabel*, Unternehmensbewertung und Pflichtteilsbemessung, in *Rückle* (Hrsg), Aktuelle Fragen der Finanzwirtschaft und der Unternehmensbesteuerung, in FS Loitlsberger (1991) 456. Umgekehrt wird das Abschreibungspotential, das sich für den Käufer aus der transaktionsbedingten Aufdeckung stiller Reserven bietet, nicht den Entscheidungswert des Verkäufers tangieren.

⁴⁸ KFS/BW 1 Rz 19.

⁴⁹ Zwar mag die Steuerhängigkeit in einigen Fällen zu finanzstrafrechtlich verpönten Begleichungsformen verlocken. Diese ändern aber nichts an den wahren Preisvorstellungen der Parteien und den tatsächlich bezahlten Kaufpreisen. In der Praxis der Immobilienbewertung spiegelt sich dies mitunter in Aufschlägen zu schriftlich dokumentierten Vergleichswerten wider.

⁵⁰ *Daragan*, ZErB 2015, 330.

⁵¹ Hinzu- und Anrechnung 314.

⁵² ZB Zuschläge für zusätzliche Stimmrechtsmacht (Kontrollprämie), Abgeltung der Erwartung höherer Ausschüttungen aus einem Gewinnvorab oder Abschläge für eine fehlende oder erschwerte Veräußerbarkeit; s dazu KFS/BW 1 Rz 151; *Hügel/Aschauer*, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 274 ff; *Aschauer*, Unternehmensbewertung 79 ff.

⁵³ *Erbrecht* 148 f.

⁵⁴ *JEV* 2020, 61 ff.

Wenn *Binder/Giller*⁵⁵, auf deren Ausführungen sich *Reich-Rohrwig* und *Peissl* berufen, die Bemessungsgrundlage für den Pflichtteil mit dem „**Ergebnis einer fiktiven Versilberung**“ gleichsetzen, so wird damit nichts anderes als der **Wertmesser der §§ 305, 306 ABGB** umschrieben.⁵⁶ Der Abzug latenter Steuern würde dieser Richtschnur zuwiderlaufen, weil **latente Steuern** am Markt eben **nicht preisbildend** wirken.

Auch die mit dem **ErbRÄG 2015** eingeführten **Stundungsmöglichkeiten** sprechen **gegen** die **Annahme** eines gesetzgeberischen Konzepts, dem Erben die **sofortige Versilberung** des gesamten Nachlasses zuzumuten. Die Stundung kann der letztwillig Verfügende grundsätzlich auf fünf Jahre und in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen auf höchstens zehn Jahre anordnen (§ 766 Abs 1 und 3 ABGB). Wenn die sofortige Erfüllung des Anspruchs bei Abwägung beider Interessen den Schuldner unbillig hart treffen würde, ist er auf Verlangen des Schuldners vom Gericht zu stunden (§ 767 Abs 1 ABGB).⁵⁷ Der Zahlungsaufschub oder die Abdeckung in Teilbeträgen kann im Regelfall für einen Zeitraum von fünf Jahren bewilligt werden (§ 767 Abs 2 ABGB), in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen für zehn Jahre (§ 767 Abs 3 ABGB). Werthaltiges Nachlassvermögen wirkt für gewöhnlich laufende Erträge ab, aus denen sich die Pflichtteilsforderung, die durch Vorzuwendungen schon teilweise gedeckt sein kann (§ 787 Abs 2 ABGB), sukzessive erfüllen lässt.

Vermögen kann zur **Sicherstellung** des **Pflichtteils** verpfändet werden, was **keine Steuerfolgen** nach sich zieht; und die Erbmasse wird nicht immer ausschließlich in nicht liquidem Vermögen bestehen. Mit Hilfe der Stundungsbestimmungen wird es dem Erben in vielen Fällen möglich sein, den Pflichtteil **ohne** das **Aufdecken** stiller Reserven zu **erfüllen**.

Weiters besteht der **monetäre Nutzen** einer Sache nicht nur oder zumindest nicht ausschließlich in der Möglichkeit ihrer Veräußerung. Der ökonomische Wert, den eine Sache stiftet und der sich im Marktpreis spiegelt, ist **vielfältig**. Er lässt sich nicht nur durch Verkauf in Geld ummünzen. Zur Verfügung stehen auch die **persönliche Verwendung** für sich oder nahe Angehörige, **Vermietung, Verpfändung** oder das Behalten als **Anlageobjekt**, um zu einem späteren Zeitpunkt eine noch höhere Wertsteigerung zu lukrieren. Der monetäre Wert solcher **alternativen Nutzungsmöglichkeiten**,

die Privatvermögen vermitteln (zB die Ersparnis von Herstellungs-, Gestehungs- und Mietkosten, Belegungsmöglichkeit, Aussicht auf die laufenden Erträge und Wertsteigerungen), ist messbar. Er lässt sich objektivieren und wird vom Markt **bepreist** (hypothetischer Kaufpreis).⁵⁸ Die **Einschränkung** auf den (durch Steuerfolgen geminderten) **Entscheidungswert** einer Nutzungsmöglichkeit des Erben (Veräußerung) würde insofern den gesetzlichen **Teilhabeanpruch** des Pflichtteilsberechtigten **verkürzen**. Der Erbe könnte den geringeren Entscheidungswert der Veräußerungsoption zur Abrechnung mit dem Pflichtteilsberechtigten heranziehen und den höheren Entscheidungswert aus einer anderen Befriedigung einstreifen. Das würde dem Bewertungszweck des Pflichtteilsrechts widersprechen und eine Abweichung von der Richtschnur des gemeinen Werts iSd § 305 ABGB bedeuten. Dafür gibt es im Gesetz keinen Anhaltspunkt (§ 306 ABGB).

c) Exkurs: Unternehmensbewertung in der Verlassenschaft

Der **objektivierte Unternehmenswert** von Unternehmen, die fortgeführt werden können, wird durch das Ertragswertverfahren (**Going-Concern-Prinzip**) bestimmt. Geschätzt wird das Unternehmen, das als **Sachgesamtheit erhalten** bleibt.⁵⁹ Zu einem bestimmten Stichtag werden die **diskontierten** (abgezinsten) **Barwertüberschüsse** beziffert, die das Unternehmen in Zukunft nachhaltig zu erwirtschaften verspricht. Das ist die Größe, an der sich die Preisvorstellungen eines Kaufinteressenten orientieren. Die methodischen Prinzipien dafür sind nicht gesetzlich normiert. Sie bleiben der **Betriebswirtschaftslehre** überlassen.⁶⁰ Eine **Berücksichtigung** von **transaktionsbedingten Ertragsteuerwirkungen** (latenten bzw fiktiven Steuern) hat demnach zu **unterbleiben**.⁶¹ Sie ist aus der Sicht der hL zur Unternehmensbewertung auch **nicht** durch den **Bewertungsanlass** der Abfindung von **Pflichtteilsberechtigten indiziert**.⁶² Nur **nicht betriebszugehöriges Vermögen** wird mit dem **Liquidationswert** veranschlagt und dem Fortführungswert hinzugerechnet.⁶³

Kann das Unternehmen **nicht fortgeführt** werden, ist es als Gesamtheit zu liquidieren. Nur in diesem Fall ist anstelle des Fortführungswerts die Einschätzung nach dem „**Zerschlagungswert**“ (**Liquidationswert**) sachge-

⁵⁵ Pflichtteilsrecht § 9 Rz 217. Der von *Binder/Giller* beschriebene „ideale Erbe“, an dessen Verhalten die Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten zu messen ist, wird bestrebt sein, unbedachte Verkaufsentscheidungen zu meiden und steuerliche Belastungen so gering wie nur möglich zu halten.

⁵⁶ *Daragan*, ZErB 2015, 331.

⁵⁷ Als Stundungsgründe nennt das Gesetz explizit die Vermeidung des Verkaufs einer Wohnung, an der ein dringender Bedarf besteht, oder eines Unternehmens, von dem der Erbe existentiell abhängt; weiters die Abwendung von erheblichen Gefahren für den Fortbestand eines Unternehmens (§ 767 Abs 1 ABGB).

⁵⁸ OGH 13. 4. 2000, 6 Ob 187/99i; 29. 5. 2008, 2 Ob 176/07 g SZ 2008/73.

⁵⁹ OGH 16. 12. 1980, 5 Ob 649/80 JBl 1981, 545 = SZ 53/172.

⁶⁰ *Bittner* in *Rechberger* (Hrsg), AuBStrG² (2012) § 167 AuBStrGRz 6; BeckOK BGB/Müller-Engels, 56. Ed. 1. 8. 2020, BGB § 2311 Rz 24. Es gelten die Grundsätze des Fachgutachtens des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Unternehmensbewertung (KFS/BW 1).

⁶¹ KFS/BW 1 Rz 29.

⁶² *Aschauer*, Unternehmensbewertung 76 f.

⁶³ *Aschauer*, Unternehmensbewertung 77.

recht. Dieser entspricht dem Wert der **Barmittel**, die nach Schließung und „Versilberung“ der einzelnen Unternehmensbestandteile **abzüglich** der durch die Betriebsaufgabe entstandenen **Steuern** verbleibt.⁶⁴ Der Liquidationswert ist in der Regel niedriger (eine Ausnahme bilden zB landwirtschaftliche Betriebe). Er darf nur herangezogen werden, wenn die Fortführung nicht rentabel wäre und ein rationaler Investor das Unternehmen schließen oder verkaufen würde.⁶⁵ Die Schließungsentscheidung muss daher durch die **Betriebsbedingungen objektiv begründet** sein. Das Vorliegen dieser Voraussetzung ist **ex ante**, aus der Sicht des Bewertungsstichtags zu beurteilen.⁶⁶ Wird sie verneint, kommt eine Bewertung, die von der Betriebsaufgabe ausgeht, nicht in Betracht.

Der Wert von Gesellschaftsanteilen wird sich in der Regel, wenn es keine gesellschaftsvertraglichen Besonderheiten gibt, durch lineare Zuschreibung aus dem Gesamtwert des Unternehmens ableiten lassen (indirekte Bewertung).⁶⁷ Bestehen für bestimmte Anteile differenziert ausgestaltete Einfluss- und Vermögensrechte, wird ihr Wert nach der direkten Methode bestimmt.⁶⁸ Sind für den Todesfall Aufgriffs- oder Eintrittsrechte vorgesehen, erscheint es auf den ersten Blick vertretbar, eine durch die Rechtsausübung aktualisierte Steuerlatenz als Erbgangsschuld vom Nachlass abzuziehen. Die Übertragung hat ihren Auslöser im Erbfall und steht im unmittelbaren Zusammenhang damit.⁶⁹ Dagegen spricht, dass sie der Erbteilung zuzuordnen ist und nicht auf den Todesfall zurückwirkt.⁷⁰

d) Rsp und Lehre in Deutschland

Befürworter einer **Wertminderung** für den Pflichtteil durch Steuerlatenz berufen sich auch auf **Rsp** des **BGH**. Besondere Vorgaben, die aus dem Zweck und den Wertungen des Pflichtteilsrechts abgeleitet werden und ein Abgehen vom Wertmesser des § 2311 Abs 2 BGB (Verkehrswert)⁷¹ gebieten würden, sind den ein-

schlägigen Entscheidungen **nicht zu entnehmen**. Das deutsche Höchstgericht befasste sich in seinen bisherigen Entscheidungen nur mit der **Wahl** der richtigen **Methode** zur **Bewertung** von Unternehmen im Erbfall, um den nach § 2311 Abs 2 BGB maßgeblichen Verkehrswert festzustellen (Ertragswert bzw Fortführungswert⁷² oder Liquidationswert⁷³). Ist die Liquidation des Unternehmens in enger (auch zeitlicher) Verknüpfung mit dem Erbfall **abzusehen** oder **zu erwarten**, komme der Schließungswert zum Tragen. Hat noch keine Veräußerung stattgefunden, werde in der Schätzung die Steuerbelastung unterstellt. Eine **bedingte oder zweifelhafte Verbindlichkeit** iSd § 2313 Abs 1 oder 2 BGB sei nach Ansicht des **BGH nicht anzunehmen**.⁷⁴ Wird das Unternehmen hingegen fortgeführt, sei vom Fortführungswert auszugehen, in dem keine latenten Steuern zu berücksichtigen seien.⁷⁵

Die Entscheidung des BGH vom 22. 10. 1986⁷⁶ weicht von dieser Judikaturlinie nicht ab. In diesem Fall ging es um ein Landgut, für das die Erbin das Bewertungsprivileg des § 2312 BGB reklamierte. **Landgüter** sind unter den Voraussetzungen des **§ 2312 BGB** nicht nach dem Verkehrswert (§ 2311 Abs 2 BGB), sondern nach dem **günstigeren Ertragswert** zu veranschlagen. Die Erbin wollte diese Begünstigung auch in Bezug auf **Bauerwartungsland** in Anspruch nehmen, welches nicht mehr der Bewirtschaftung des Landguts diene. Der BGH verwies auf die nach der Rsp des **BVerfGE** verfassungsrechtlich gebotene **Rechtfertigung** der **Benachteiligung** des **Pflichtteilsberechtigten**. Zweck des § 2312 BGB sei es, einen **leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betrieb** in der Hand des begünstigten Übernehmers zu **erhalten**. Dieser Zweck, so der BGH, werde verfehlt, wenn die Begünstigung auf das Bauerwartungsland erstreckt werde, das sich ohne Gefahr für seine Lebensfähigkeit aus dem landwirtschaftlichen Betrieb herauslösen lasse. Deshalb ließ der BGH die Bewertung des strittigen Teils mit dem Ertragswert nicht zu, gestand der Beklagten aber den **Abzug latenter Steuern** für die **fiktive Entnahme** des Vermögens aus dem Betrieb zu. Die vom BGH in der Begründung getroffene Aussage, dass eine latente Steuerlast abzuziehen sei, wenn sich der **Wert nur durch Verkauf realisieren** lasse, lässt sich daher **nicht als verallgemeinerungsfähige Vorgabe** für die **Bewertung** von steuerverstricktem Vermögen verstehen.⁷⁷ Im Kontext

⁶⁴ Bittner in Rechberger (Hrsg), AußStrG² (2012) § 167 AußStrG Rz 6; Spruzina in Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), AußStrG I (2019) § 167 AußStrG Rz 8; OGH 16. 12. 1980, 5 Ob 649/80 JBl 1981, 545 = SZ 53/172; Aschauer, Unternehmensbewertung 77 f; Stürmer in Jauernig, BGB¹⁶ (2015) § 2311 Rz 4f.

⁶⁵ Crezelius, Unternehmenserbrecht² (2009) § 6 Rz 95; Dieckmann in Soergel/Damrau, BGB XXIII¹³ (2002) § 2311 Rz 21; Lange, Unternehmensbewertung im Erbrecht, in Fleischer/Hüttemann (Hrsg), Rechtshandbuch Unternehmensbewertung (2015) § 24 Rz 30.

⁶⁶ Deshalb fordert der BGH für die Berücksichtigung latenter Steuern eine (auch zeitlich) enge Verknüpfung der Unternehmensschließung mit dem Erbfall (BGH 26. 4. 1972, IV ZR 114/70 NJW 1972, 1269).

⁶⁷ KFS/BW 1 Rz 149.

⁶⁸ KFS/BW 1 Rz 151.

⁶⁹ Schopper/Walch, NZ 2020, 177.

⁷⁰ RIS-Justiz RS0008273; ggt OGH 31. 5. 1950, 3 Ob 245/50 SZ 23/180.

⁷¹ Der objektive Maßstab des § 2311 Abs 2 BGB entspricht § 305, 306 ABGB.

⁷² Barwert der diskontierten künftigen Einnahmenüberschüsse zur Bewertung von betriebsnotwendigem Vermögen (Lange in Münchener Kommentar BGB X⁷ [2017] § 2311 Rz 39; BeckOK BGB/Müller-Engels, BGB § 2311 Rz 32ff).

⁷³ Einzelveräußerungswert abzüglich Steuern auf stille Reserven für nicht betriebsnotwendiges Vermögen (Lange in Münchener Kommentar § 2311 Rz 39; BeckOK BGB/Müller-Engels, BGB § 2311 Rz 35, 38, 41).

⁷⁴ BGH 26. 4. 1972, IV ZR 114/70 NJW 1972, 1269.

⁷⁵ BGH 17. 1. 1973, IV ZR 142/70.

⁷⁶ IVa ZR 143/85 NJW 1987, 1260.

⁷⁷ Anders Reich-Rohrwig, Erbrecht 147f.

des entschiedenen Falls mahnte der BGH im Sinne seiner Rsp die methodengerechte Bewertung von Vermögen ein, das bei verfassungskonformer Interpretation des § 2312 BGB als nicht betriebsnotwendig zu qualifizieren gewesen sei.

Auch die E BGH 14. 10. 1992⁷⁸ hat nichts an der referierten deutschen Rsp geändert. Der Rechtssatz, dass für die Abbildung latenter Steuern in der Bewertung ein (auch zeitlich) enger **Zusammenhang** der Veräußerung mit dem **Erbfall** gegeben sein müsse, wurde damit **nicht aufgegeben**. Nach dem Sachverhalt kamen **Steuerschulden** zum Abzug, die als Nachlassverbindlichkeiten noch den **Verstorbenen betrafen**. Die Schulden wurden den Feststellungen zufolge vom Finanzamt in Bezug auf die Person des Erblassers festgesetzt und sind nicht durch die erst fünf Jahre nach dem Tod von den Erben betriebene Versteigerung der Liegenschaft entstanden.⁷⁹

Die Rsp des BGH zur **güterrechtlichen Behandlung** latenter Steuern steht mE in **keinem Wertungswiderspruch** zu seiner Sicht im Pflichtteilsrecht.⁸⁰ Verbindlichkeiten sind nach Ansicht des BGH auch im Güterrecht (als Passivpost des stichtagsbezogen festzustellenden Endvermögens iSd § 1375 Abs 1 BGB⁸¹) nur dann zu berücksichtigen, wenn zum **Auflösungstichtag** ein **Steuertatbestand** verwirklicht worden war.⁸² **Latente Steuern** können auch nach der güterrechtlichen Judikatur des BGH grundsätzlich nur dann in eine Bewertung einfließen, wenn diese unter der notwendigen **Prämisse der Stilllegung** (Liquidation) des Unternehmens steht.⁸³ Sind **landwirtschaftliche** Betriebe involviert,

spielt **§ 1376 Abs 4 BGB** eine Rolle. Diese Regelung **bevorzugt**, so wie § 2312 BGB im Erbfall, den **Übernehmer** eines landwirtschaftlichen Betriebs (Landguts) mit dem günstigeren **Ertragswert**, der dem Fortführungswert entspricht, allerdings auch nicht durch Steuern aus einer Betriebsaufgabe gemindert wird. Der Übernehmer kann diesen günstigeren Wert aber nur dann für sich in Anspruch nehmen, wenn er den Betrieb auch **tatsächlich fortführt**. Ansonsten wäre der **Schutzzweck** des § 1376 Abs 4 BGB **verfehlt** und die Benachteiligung des Pflichtteilsberechtigten durch die Abfindung zum geringeren **Ertragswert nicht gerechtfertigt**. Im Lichte dieses Normzwecks ließ der BGH die Bewertung eines „**sterbenden Betriebs**“ nach dem Ertragswert, der vom Übernehmer nur noch **pro forma weitergeführt** worden war, nicht gelten.⁸⁴ In diesem Fall erschien die Bewertung mit dem Liquidationswert sachgerecht; mit der Konsequenz, dass latente Steuern abzuziehen waren (s dazu oben unter D.2.c). Im Ergebnis wirkte sich das zugunsten des abgefundenen Ehepartners aus, weil der Liquidationswert (auch nach Abzug der Steuern) höher ausfiel.

Zum **Zugewinnausgleich** für **freiberufliche Praxen** entwickelte der BGH eine spezifische Rsp, die der **Eigenart** solcher Betriebe und ihrer nur bedingt möglichen Übertragbarkeit geschuldet ist. Ausgehend von der Feststellung, dass der Ertrag, den ein Freiberufler erwirtschaftet, zu einem wesentlichen Teil von seinem persönlichen Einsatz abhängt, erkannte der BGH, dass sich eine **Ertragsprognose** für solche Praxen **kaum von** der Person des **Unternehmensinhabers trennen** lasse. Zudem könne die Erwartung künftigen Einkommens, die der individuellen Arbeitskraft des Inhabers zuzurechnen sei, nicht maßgebend sein, weil es beim Zugewinnausgleich nur auf das am Stichtag vorhandene Vermögen ankommt.⁸⁵ In ihrer Veräußerbarkeit sind die Unternehmen von Freiberuflern daher nicht mit herkömmlichen

⁷⁸ IV ZR 211/91.

⁷⁹ Insofern wird die Entscheidung mE von *Peissl* (JEV 2020, 59 FN 14) nicht richtig wiedergegeben. Im Fokus der Entscheidung stand die rückschließende Ermittlung des Schätzwerts zum Bewertungsstichtag aus dem Jahre später erzielten Veräußerungserlös, abweichend von der ursprünglichen Sachverständigen-schätzung.

⁸⁰ AA *Peissl*, JEV 2020, 58 f.

⁸¹ § 1375 Abs 1 Satz 1: „Endvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten bei der Beendigung des Güterstands gehört.“ Die Bestimmung ist Teil der Regelung des Vergleichs von Anfangs- und Endvermögen beim Zugewinnausgleich (§§ 1373 ff BGB).

⁸² BGH 23. 10. 1985, IVb ZR 62/84 NJW-RR 1986, 226 – kein Abzug für latente Steuern bei nicht veräußerten Beteiligungen an Abschreibungsgesellschaften im Zugewinnausgleich; 7. 5. 1986, IVb ZR 42/85 – kein Abzug latenter Steuern für ein landwirtschaftliches Unternehmen wegen Maßgeblichkeit des (günstigeren) Ertragswerts (Fortführungswert nach § 1376 Abs 4 BGB), was gerechtfertigt war, weil der Fortbetrieb wirtschaftlich nicht unvertretbar erschien.

⁸³ BGH 27. 9. 1989, IVb ZR 75/88 NJW-RR 1990, 68 = FamRZ 1989, 1276 – Abzug latenter Steuern im Rahmen der Bewertung nach Liquidationsgrundsätzen, weil der landwirtschaftliche Betrieb „faktisch“ stillgelegt war und dem Ehemann daher nicht die günstigere Einschätzung mit dem Ertragswert nach § 1376 Abs 4 BGB zugestanden wurde. Nach der pflichtteilsrechtlichen Rsp des BGH (26. 4. 1972, IV ZR 114/70 NJW 1972, 1269) ist die Veräußerung auf der Bewertungsebene gleichermaßen anzu-

nehmen, wenn sie entweder stichtagsnahe beabsichtigt wird oder wirtschaftlich geboten ist (*Breidenbach*, Latente Ertragsteuerbelastung der stillen Reserven eines Unternehmens und Pflichtteilsberechnung, DB 1973, 99).

⁸⁴ 27. 9. 1989, IVb ZR 75/88 NJW-RR 1990, 68 = FamRZ 1989, 1276 – der Übernehmer war gesundheitlich zur Nutzung der Landwirtschaft nicht mehr befähigt. Er hatte seine Fahrerlaubnis verloren und besaß überalterte Maschinen, die er zum Verkauf anbot. Den überwiegenden Teil des Viehbestands hatte er verkauft. Die Maschinenhalle verpachtete er. Die Bewirtschaftung überließ er anderen Bauern. Daraus folgerte der BGH, dass es sich um einen sterbenden Betrieb handelte, der nicht nach § 1376 Abs 4 BGB schutzwürdig sei.

⁸⁵ BGH 24. 10. 1990, XII ZR 101/89 NJW 1991, 343 (Arztpraxis). Der BGH erwog auch, dass bei Anwendung des regulären Ertragswertverfahrens künftiges Einkommen in die Abfindung einfließen würde, welches den Unterhalt berührt und dadurch doppelt anspruchsbildend wäre. *Klingelhöffer* (Zugewinnausgleich und freiberufliche Praxis, FamRZ 1991, 883 f) weist darauf hin, dass die Praxis das berufliche und wirtschaftliche Standbein ihres Inhabers bildet und sich auch deshalb nicht wie ein gewöhnlicher Vermögenswert beziffern und veräußern lässt.

Gewerbe- oder Industriebetrieben zu vergleichen. Ob ein **Markt** für sie existiert, hängt von den **konkreten Umständen** ab.⁸⁶ Der Käufer des **Goodwill** einer solchen Praxis kann nur eine Chance erwerben, den Kundenstock zu übernehmen. Ob sich diese Erwartung erfüllt, hängt zu einem erheblichen Teil auch davon ab, ob es dem Käufer gelingt, das **Vertrauen der Kunden** in den **neuen Geschäftsinhaber** zu erhalten. Diese **Unsicherheit** wird sich im Preis bzw im Schätzwert für die Auseinandersetzung beim Zugewinn niederschlagen. Die Bewertungsmethode muss darauf gerichtet sein, jenen Wert der freiberuflichen Praxis zu ermitteln, der auch wirklich erzielbar ist. Deshalb kann nach Ansicht des BGH das **gewöhnliche Ertragswertverfahren** zur Feststellung des Unternehmenswerts solcher Praxen **nicht zur Anwendung** kommen.⁸⁷ Dennoch ist auch dem Betrieb eines Freiberuflers und dessen Goodwill ein gewisser Vermögenswert beizumessen, der im Zugewinnausgleich zu berücksichtigen ist.⁸⁸ Dieser setzt sich, entsprechend den Empfehlungen der Berufsverbände, denen der BGH folgt, aus dem **Substanzwert**⁸⁹ einerseits und einer **Goodwill-Komponente** (welche sich aus dem **Umsatz** und einem **kalkulatorischen Unternehmerlohn** errechnet) andererseits zusammen. Der BGH gab mit dieser Rsp aber nichts weiter als eine **sachgerechte Methode zur Bewertung freiberuflicher Unternehmen** im Zugewinnausgleich vor. Besondere Grundsätze, wonach latente Steuern im Allgemeinen die Verkehrswerteinschätzung eines Vermögens mindern würden, verneinte das deutsche Höchstgericht ausdrücklich.⁹⁰ Zur Ausmittlung der **Substanzwertkomponente** findet die **Steuerlatenz** Eingang in die **Schätzung**, weil die stichtagsbezogene Veräußerung als **„Konsequenz der Bewertungsmethode“** unterstellt wird; was auch dann gelten kann, wenn es am Ende zu keiner Veräußerung kommt.⁹¹ Dass aufgedeckte

Steuern den Substanzwert mindern, liegt in der Natur der Sache (s oben unter D.2.c).

Diese **Rsp** lässt sich folglich **nicht verallgemeinern** und auf die Verkehrswerteinschätzung von Unternehmen, deren Goodwill fungibel ist und die sich am **Markt ungehindert handeln** lassen, oder **Privatvermögen** schlechthin übertragen; und zwar weder für den Erbfall noch für die Ausmittlung eines Zugewinns, was hier aber nicht näher untersucht werden muss.⁹²

Den **Befund** von *Peissl*,⁹³ dass die referierte Judikatur zum Zugewinn in einem Spannungsverhältnis zur pflichtteilsrechtlichen Rsp des BGH stehe, was zu deutschen OLG-Urteilen geführt habe, die einen **Schwenk** des BGH in Richtung einer **Berücksichtigung von Steuerlatenzen** bei der pflichtteilsrechtlichen Wertzuschreibung schlechthin erwarten lasse, kann der Verfasser **nicht teilen**. Das würde einem Abgehen von der Maßgeblichkeit des Verkehrswerts (§ 2311 Abs 2 BGB) gleichkommen und solche Tendenzen sind durch die von *Peissl* zitierten Entscheidungen nicht belegt.

Dem OLG Hamm lag in der E v 10. 4. 2014⁹⁴ der Sachverhalt eines Erbfalls vor, der jenem in der Zugewinn-E des BGH v 27. 9. 1989⁹⁵ insofern ähnelte, als er ebenso am Zweck der spezifischen Begünstigung von Landgütern durch Einschätzung nach dem Ertragswert (für den Pflichtteil: § 2312 BGB; für den Zugewinn: § 1376 Abs 4 BGB) zu messen war. Das OLG Hamm verneinte die Anwendung des § 2312 BGB, weil schon zu Lebzeiten des Erblassers **kein laufender Betrieb** mehr bestand (notwendige Betriebsmittel waren nach Veräußerung von Vieh und Maschinen nur noch teilweise vorhanden). Deshalb war vom **Schließungswert** mit **Abzug der Steuerlatenz** auszugehen.⁹⁶ Liegen die Voraussetzungen für einen schutzwürdigen Betrieb nicht vor, so kann sich der Erbe das Privileg des § 2312 BGB nicht durch

⁸⁶ *Klingelhöffer* (FamRZ 1991, 883f) meint daher, dass im Zugewinnausgleich für eine freiberufliche Praxis überhaupt nur der Substanzwert heranzuziehen sei.

⁸⁷ BGH 9. 2. 2011, XII ZR 40/09 (Zahnarztpraxis); 6. 2. 2008, XII ZR 45/06 (Tierarztpraxis).

⁸⁸ BGH 2. 2. 2011, XII ZR 185/08 (Steuerberaterpraxis); 6. 2. 2008, XII ZR 45/06.

⁸⁹ Das ist der Wiederbeschaffungspreis für Sachanlagen ohne Fortführungsprämisse (dh abzüglich latenter Steuern); s dazu BeckOK BGB/Müller-Engels, BGB § 2311 Rz 30, 40; *Lange* in Münchener Kommentar § 2311 Rz 39; *Lange*, Unternehmensbewertung § 24 Rz 23; *Kasper*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht² (2007) Rz 19ff.

⁹⁰ BGH 24. 10. 1990, XII ZR 101/89 NJW 1991, 343; insofern zustimmend *Hoppenz*, Die latente Steuerlast bei der Bewertung im Zugewinnausgleich, FamRZ 2006, 450.

⁹¹ BGH 9. 2. 2011, XII ZR 40/09; 2. 2. 2011, XII ZR 185/08; 6. 2. 2008, XII ZR 45/06; 24. 10. 1990, XII ZR 101/89 NJW 1991, 343; so schon *Gratz*, Bewertung von Freiberufler-Praxen bei Veräußerung und Auseinandersetzung, DB 1987, 2421 (2426); kritisch *Hoppenz* (FamRZ 2006, 450), der im Anschluss an frühere BGH-Judikatur die Einschränkung fordert, dass die Veräußerung zum Stichtag in absehbarer Zeit zu erwarten ist. *Hoppenz* bejaht den Abzug latenter Steuerlast auch für Privat-

vermögen, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sich ein Verkauf abzeichnet (zB weil mangels Stundung die Ausgleichszahlung anders nicht aufgebracht werden kann).

⁹² Die vom BGH in der E v 2. 2. 2011 (XII ZR 185/08) zu freiberuflichen Praxen obiter dictum ausgesprochene Überlegung, dass aus Gleichbehandlungsgründen (unter Hinweis auf *Hoppenz*, FamRZ 2006, 450f) für andere Vermögensgegenstände (Grundstücke, Wertpapiere oder Lebensversicherungen) die gleiche Bewertung geboten sein dürfte, wird im Kontext der Begründung auf das nicht betriebsnotwendige Vermögen zu beziehen sein (s dazu *Ihlau/Kohl*, Unternehmensbewertung im Familien- und Erbrecht, WPg 2016, 163; anders: *Klein*, Grundlegende Veränderung der Bewertung von Vermögen im Zugewinn: latente Steuerlast, FPR 2012, 324; *Schmid*, Die latente Steuer im Pflichtteilsrecht – Berücksichtigung latenter Steuern bei der Ermittlung des Nachlasswerts, ZErB 2015, 133; *Ruby/Schindler*, ZEV-Report Zivilrecht, ZEV 2011, 524).

⁹³ JEV 2020, 59.

⁹⁴ 10 U 35/13.

⁹⁵ IVb ZR 75/88 NJW-RR 1990, 68 = FamRZ 1989, 1276.

⁹⁶ Ebenso OLG Hamm 27. 10. 2016, 10 U 61/07 – dort handelte es sich um einen zu Lebzeiten übergebenen Hof, der vom Übernehmer nicht mehr bewirtschaftet worden war.

eine „willkürliche Verwendungsentscheidung“ verschaffen.⁹⁷

Auch die E OLG Oldenburg v 31. 1. 2018, 3 U 43/17, eignet sich nicht, um eine Tendenz der deutschen Rsp festzustellen, steuerhängiges Vermögen generell mit einer Wertminderung heranzuziehen. In diesem Fall wurde für die Berechnung der um **Kapitalertragsteuer** und **Solidaritätsbeitrag** verminderte Betrag herangezogen, der den Erben knapp zwei Monate nach dem Ableben des Erblassers von der Bank ausbezahlt worden war. Das Erstgericht ging von rückständigen **Steuerschulden** des **Erblassers** aus. Das OLG Oldenburg bestätigte die Entscheidung unter Hinweis auf die BGH-E v 26. 4. 1972⁹⁸ mit der Begründung, dass die verminderte Bemessungsgrundlage wegen der engen **Verknüpfung** der Veräußerung mit dem **Erbfall** jedenfalls gerechtfertigt sei, selbst wenn die Steuerschulden den Erben zugerechnet werden könnten.

Zusammenfassend ist nach einer Analyse der deutschen Rsp festzuhalten, dass sowohl der **BGH** als auch die deutschen **Oberlandesgerichte** zum **Zugewinn** und zum **Pflichtteilsrecht** im **Gleichklang** judizieren, dass latente Steuern bei der Verkehrswertberechnung nur dann zu berücksichtigen sind, wenn dies aufgrund der sachgerecht gewählten Bewertungsmethode geboten ist. Von der Steuerbelastung als Teil der **unvermeidbaren Veräußerungskosten** ist in den Entscheidungen nur insofern die Rede, als die Veräußerung nach der gewählten Bewertung eine **methodengerechte Annahme** bildet. Das bedeutet hingegen **nicht**, dass latente Steuern in jedem Fall, und zwar auch dann den Verkehrswert mindern, wenn besondere Bewertungsprämissen nicht greifen. Ein solches Ergebnis müsste methodenneutral aus dem **immanenten Bewertungszweck** der erb- und familienrechtlichen Bestimmungen **abgeleitet** werden, was die **Rsp der deutschen Gerichte** jedoch **nicht vornimmt**.⁹⁹ Weiterfolgend müsste eine solche Rechtsauffassung bedeuten, dass auch ein Abschlag vom Ertragswert, der unter der Annahme der Fortführung des Unternehmens steht, vorzunehmen sei. In keiner Entscheidung wurde solches auch nur angedacht. Es wäre inkonsistent, weil nach der Ratio der zitierten Entscheidungen die Steuer eben nur im Veräußerungsfall anfällt und daher auch nur für diesen Fall in der Schätzung zu berücksichtigen ist.¹⁰⁰

Für den eingeschränkten Bereich **landwirtschaftlicher Betriebe** greift der deutsche Gesetzgeber aus **agrarpolitischen Gründen** in die Wahl der zulässigen Bewertungsmethode dahingehend ein, dass **schutzwürdige**

Betriebe mit dem Ertragswert zu bemessen seien. Nur wo dies den Schutzzweck konterkarieren würde (tote oder längst aufgegebene Betriebe), fällt die Abfindung (zum **Vorteil** des **Abgefundenen** unter Berücksichtigung fiktiver Steuern) zum **Liquidationswert** aus.

Die einschlägigen Entscheidungen bezogen sich in fast allen Fällen auf **betriebliches** oder nicht **betriebsnotwendiges Vermögen**, dessen Umwidmung oder Entnahme in das Privatvermögen Einkommensteuer auslöste oder ausgelöst hätte (§ 16 dEStG). In keinem Fall erkannte ein deutsches Gericht, dass eine abstrakte (latente) Steuerverstrickung von liquidem oder marktfähigem Privatvermögen dessen Verkehrswert berühren würde.¹⁰¹

Maßgebliche Stimmen der deutschen Lehre folgen dieser Rsp. Demnach seien latente Steuern nur dann im Rahmen der Wertermittlung zu berücksichtigen, wenn zum Ablebenszeitpunkt abzusehen ist, dass die stillen Reserven zur Auflösung kommen, und daher der Liquidationswert bestimmend sei. Das treffe nicht zu, wenn es zur Fortführung kommt.¹⁰² Die **Übertragung** der **Rsp** zur besonderen Bewertung von **freiberuflichen Praxen** im **Zugewinnausgleich** auf das **Pflichtteilsrecht** wird für den Fall eingefordert, in dem der **Verstorbene** ein **Freiberufler** war, weil insofern **dieselben Bewertungsprämissen** gelten.¹⁰³ Die Frage ist jedoch umstritten und einige deutsche Autoren plädieren dafür, sie umfassend im Sinne eines generellen Abschlags für Steuerlatenz zu lösen.¹⁰⁴

¹⁰¹ Siehe auch oben unter FN 92.

¹⁰² *Lange* in Münchener Kommentar § 2311 Rz 28, 41; *Lange*, Unternehmensbewertung im Erbrecht § 24 Rz 23; BeckOK BGB/*Müller-Engels*, BGB § 2311 Rz 10, 38, 41; *Stürner* in *Jauernig*, BGB¹⁶ § 2311 Rz 4f; *Dieckmann* in *Soergel/Damrau*, BGB XXIII¹³ § 2311 Rz 12, 22; BeckOK BGB/*J. Mayer*, 39. Ed. 1. 8. 2015, BGB § 2311 Rz 22, 33; BeckOK BGB/*Blum*, 1. 8. 2020, BGB § 2311 Rz 193; *Hoppenz*, FamRZ 2006, 449ff; *Daragan*, ZErB 2015, 329ff; *Breidenbach*, DB 1973, 99f; *Esch/Baumann/Schulze* zur *Wiesche*, Handbuch der Vermögensnachfolge⁶ (2009) Rz 175; *Ballhorn/König*, Unternehmensbewertung im Familien- und Erbrecht – der neue IDW ES 13 und die Vorgaben der BGH-Rechtsprechung, BB 2015, 1899.

¹⁰³ BeckOK BGB/*Müller-Engels*, BGB § 2311 Rz 39f. Die Ausführungen von *Esskandari/Franck/Künemann* (Unternehmensnachfolge [2012] Rz 256) sind mE nicht als Kritik an der Rsp zum Pflichtteilsrecht zu verstehen, sondern als Vorschlag für das parallele Szenario im Erbfall (Ableben eines Freiberuflers). Zur entsprechenden Bewertung freiberuflicher Praxen im Erbfall s BeckOK BGB/*Müller-Engels*, BGB § 2311 Rz 30, 40. Wenn der Erbe eines Freiberuflers nicht die erforderliche Berufsqualifikation hat, wird an eine unveränderte Fortführung nicht zu denken sein (*Gratz*, DB 1987, 2422f).

¹⁰⁴ *Weidlich* in *Palandt*, BGB⁷⁹ (2020) § 2311 Rz 6; *Herzog* in *Staudinger*, BGB V (2015) § 2311 Rz 128; *Scherer*, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht⁵ (2018) Rz 19, 20; *Ruby/Schindler*, ZEV 2011, 528; *Schmid*, ZErB 2015, 133ff; *Crezelius*, Unternehmenserbrecht § 6 Rz 95; *Lorz*, ZErB 2003, 303f (jedoch nur in Bezug auf betriebliches Vermögen); *Winkler*, ZEV 2005, 90f. Die genannten Autoren verkennen, dass die Rsp des BGH zu Betriebsvermögen entwickelt wurde und demnach der Veräußerungswert nur im Liquidationsfall mit dem Verkehrswert gleichzuset-

⁹⁷ OLG München 4. 4. 2012, 3 U 4952/10.

⁹⁸ IV ZR 114/70 NJW 1972, 1269.

⁹⁹ So schon *Lorz*, Latente Steuern und Pflichtteilsrecht, ZErB 2003, 304. Insofern missinterpretieren mE *Winkler* (ZEV 2005, 90f), *Schmid* (ZErB 2015, 133ff) und *Peissl* (JEV 2020, 58f) die deutsche Judikatur.

¹⁰⁰ BGH 26. 4. 1972, IV ZR 114/70 NJW 1972, 1269.

Die **Bedenken** gegen die **Berücksichtigung latenter Steuern** bei der Bewertung des Nachlasses treffen **gleichermaßen** auf **Schenkungen** zu, weil vom selben Bewertungsziel auszugehen ist. Eine auf dem Geschenk haftende Steuerlatenz kann den Wert nur dann mindern, wenn der Geschenknahmer die Zuwendung aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht behalten kann oder sofort veräußern muss.¹⁰⁵ Liegen solche Umstände vor, wird er sie in den meisten Fällen ohnehin nicht annehmen. Die subsidiäre Sachhaftung des Geschenknahmers für einen Fehlbetrag (§ 789 ABGB) berührt den maßgeblichen Verkehrswert nicht. Sie schränkt den Haftungsfonds des Gläubigers ein, zwingt aber nicht den Haftenden zur Verwertung des Geschenks (s dazu auch oben unter C.2). Umgekehrt kann auch der Pflichtteilsberechtigte nach der hier vertretenen Auffassung dem **Abzug** einer ihm gemachten Zuwendung vom Wert seines Pflichtteils (**§ 787 Abs 2 ABGB**) grundsätzlich **nicht** die **Wertminderung** aus unverteuerten stillen Reserven entgegenhalten. Lediglich im Rahmen seiner **Haftungsfreistellung** gegenüber einem anderen verkürzten Pflichtteilsberechtigten (**§ 791 ABGB**) wird dem **pflichtteilsberechtigten Geschenknahmer** der **Einwand** zuzubilligen sein, dass eine allfällige Steuerbelastung, die die (exekutive) Befriedigung aus der ihm geschenkten Sache auslöst, **nicht** den Betrag **schmälern** darf, der ihm zur (vollständigen) **Deckung** seines (**hypothetischen Pflichtteils**) verbleiben muss. Die **steuerbedingte Schmälerung** des **Erlöses kürzt** seinen **Haftungsrahmen** und führt zur Erhöhung der (anteiligen) Haftung (§ 789 Abs 2 ABGB) anderer Geschenknahmer.¹⁰⁶

zen ist (BeckOK BGB/J. Mayer, BGB § 2311 Rz 33). *Krause/Opris* (Die latente Steuer des Veräußerungsgewinns im Pflichtteilsrecht, ZEV 2019, 190) bejahen die Berücksichtigung unter der Voraussetzung, dass die Auflösung der stillen Reserven absehbar ist. *Kasper* (Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht² Rz 22) anerkennt zwar die vom BGH aufgestellten Bewertungsgrundsätze, plädiert aber andererseits für die Berücksichtigung latenter Steuern, um den Erben nicht unter dem Druck des Pflichtteils zur Veräußerung zu zwingen. Diesem Argument halten *Ballhorn/König* (BB 2015, 1902) zutreffend entgegen, dass bei der Erfüllung des Pflichtteils – im Unterschied zum Zugewinnausgleich – nicht eine Vermögensminderung des Ausgleichspflichtigen eintritt, sondern eine Verminderung der Vermögensmehrung.

¹⁰⁵ *Vogl*, ÖJZ 2020, 247.

¹⁰⁶ **Beispiel:** Der ledige Erblasser hinterlässt drei Kinder (A, B und C). Sein Nachlass ist wertlos. Zu Lebzeiten schenkte er B Aktien (hinzurechnungspflichtiger Wert: 60.000) und C ein Grundstück (hinzurechnungspflichtiger Wert: 200.000). Der ungedeckte Pflichtteil von A beträgt $\frac{1}{3}$ von 260.000 (= 43.333,33). B haftet dafür mit 10.000 (23,08%) und C mit 33.333,33 (76,92%). B verkauft die Aktien um 60.000 (bei Anschaffungskosten von 40.000), was einen Kursgewinn von 20.000 und Vermögenszuwachssteuer (27,5%) iHv 5.500 auslöst. C veräußert das Grundstück (Altvermögen) um 200.000 und muss ImmoEst (4,2% vom Kaufpreis) iHv 8.400 abführen. B erhält nach Abzug seiner Haftung (10.000) und der Steuer (5.500) 44.500. C erlöst am Ende 158.266,67 (= 200.000 – 33.333,33 – 8.400). Beiden verbleibt ihr Pflichtteil. **Variante:** Die Anschaffungskosten der Aktien stehen

3. Strenges Stichtagsprinzip nach dem ErbRÄG 2015

a) Wertabgrenzungsfunktion

In der von **§ 786 Satz 2 ABGB aF** für die Zeit bis zur Zuteilung fingierten **Abrechnungsgemeinschaft** des Pflichtteilsberechtigten mit dem Erben spiegelte sich die mittlerweile überholte Ansicht, dass der Pflichtteil eine Art zwingender Erbteil sei.¹⁰⁷ **Das ErbRÄG 2015 hob** diese Regelung **auf** und ersetzte sie nach deutschem Vorbild (§ 2311 Abs 1 BGB) durch ein **strenges Stichtagsprinzip**.¹⁰⁸ Dieses besagt, dass sowohl der **Bestand** als auch der **Wert** des für die Pflichtteilsberechnung heranzuziehenden Vermögens **„starr“** nach dem **Todeszeitpunkt** des Erblassers zu bestimmen sind. Es trifft eine **klare Abgrenzung** in der **Risikozuweisung (Wertabgrenzungsfunktion)**¹⁰⁹ und schafft damit **Rechtssicherheit** für die Regulierung des Pflichtteilsanspruchs. Andererseits kann es im **Einzelfall** zu **Härten** führen, die **in Kauf zu nehmen** sind.¹¹⁰ Das strenge Stichtagsprinzip lässt für die **Berücksichtigung von Steuerlatenzen** sohin auch in der Bewertung **keinen Spielraum**.

Soweit sich der Anspruch vom **Nachlassvermögen** bemisst, ist er der Höhe nach ausschließlich auf Basis des **Schätzwerts** der Verlassenschaft zum **Todestag** auszumessen (§ 166 Abs 1 AußStrG; § 778 ABGB). Ein durch letztwillige Zuwendungen (§ 780 ABGB) oder Schenkungen (§ 781 ABGB) ungedeckter Rest steht in Geld zu (§ 763 ABGB). Der Geldanspruch ist, unabhängig von der Geltendmachung, ab dem Todestag zu verzinsen (§ 778 Abs 2 ABGB).¹¹¹

Für die Bewertung hinzurechnungspflichtiger **Zuwendungen** (Schenkungen iSd § 781 ABGB) galt das Stichtagsprinzip schon immer. Es wurde mit dem ErbRÄG

mit 30.000 zu Buche. Der Aktienverkauf beschert einen Kursgewinn von 30.000. Die Vermögenszuwachssteuer macht 8.250 aus. Nach Abzug des gesamten Haftungsbetrags von 10.000 würden B nur 41.750 verbleiben. Sein Pflichtteil wäre um 1.583,33 verkürzt. Um diesen Betrag wird die Ausfallhaftung des B vermindert und jene des C erhöht.

¹⁰⁷ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 786 Rz 2.

¹⁰⁸ Durch die Aufhebung des § 786 Satz 2 ABGB aF wurden die von *Ferrari/Taucher* angestellten weiterreichenden Überlegungen, im Zuge der Nachlassverwaltung realisierte Ertragsteuern fallweise als Erbgangsschulden einzuordnen, obsolet.

¹⁰⁹ *Lange* in Münchener Kommentar § 2311 Rz 2; *Lange*, Unternehmensbewertung im Erbrecht § 24 Rz 10.

¹¹⁰ *Lange* in Münchener Kommentar § 2311 Rz 2; *Herzog* in *Staudinger*, BGB § 2311 Rz 6; *Lange*, Unternehmensbewertung im Erbrecht § 24 Rz 10.

¹¹¹ Er kann jedoch erst ein Jahr nach dem Tod begehrt werden (§ 765 Abs 2 ABGB). Eine vor Ablauf der Leistungsfrist eingebrachte Klage ist zulässig und auf ein terminisiertes Zahlungsbegehren zu richten (OGH 19. 9. 2019, 2 Ob 49/19y NZ 2019, 424). In Abweichung von der österreichischen Regelung richtet sich die Verzinsung im deutschen Recht nach allgemeinen schuldrechtlichen Prinzipien. Dort gebühren Zinsen erst ab Verzug oder Rechtshängigkeit (§ 280 Abs 2, §§ 286, 288, 291 BGB).

2015 präziser und für unbewegliches und bewegliches Vermögen gleichförmig ausgestaltet. Vor der Reform richtete sich die Bewertung von Schenkungen nach § 794 ABGB aF. Dazu entwickelte die Judikatur, teils contra legem,¹¹² unterschiedliche und teils komplexe Vorgaben für bewegliches (maßgeblicher Bewertungsstichtag: Erbfall) und unbewegliches Vermögen (Schätzwert zum Todestag, ohne Berücksichtigung werterhöhender Aufwendungen des Beschenkten).¹¹³ Nach dem **ErbRÄG 2015** ist für Zuwendungen generell der **(historische) Verkehrswert am Tag der wirklichen Ausführung der Übertragung**¹¹⁴ zu ermitteln und nach dem passenden **Verbraucherpreisindex zum Todestag** anzupassen (§ 788 ABGB). Zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen wird nicht mehr unterschieden (vgl § 794 ABGB aF). Neben der Rechtssicherheit spricht für das Stichtagsprinzip auch die **leichtere Praktikabilität**. Diese rechtsgeleiteten Prinzipien haben **mehr Gewicht als** einzelfallbezogene **Billigkeitserwägungen**. Sie rechtfertigen es nicht, in Bezug auf einzelne Asset-Klassen¹¹⁵ oder in Härtefällen vom Stichtagsprinzip abzuweichen.¹¹⁶ Ob die Rsp an diesem Konzept auch konsequent festhalten wird, bleibt abzuwarten.¹¹⁷ In der Praxis spielten latente Steuern auch bei der Bewertung von Geschenken bislang keine Rolle.

¹¹² Nach § 794 ABGB aF sollten Geschenke von unbeweglichem Vermögen eigentlich mit dem Wert des Zeitpunktes des Empfangs veranschlagt werden. Die Berücksichtigung späterer Wertentwicklungen begründete der OGH damit, den Pflichtteilsberechtigten so zu stellen, wie wenn die Schenkung unterblieben wäre (RIS-Justiz RS0012936; kritisch dazu *Rabl*, Die Auswirkungen eines Fruchtgenußvorbehalts auf die Schenkungsanrechnung, NZ 1999, 291, 298 f).

¹¹³ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 794 Rz 3 ff.

¹¹⁴ Das wird in der Regel der Eigentumsübergang sein. Auf die Diskussion über die Voraussetzungen eines möglichen Aufschubs der Schenkung nach der Vermögensopfertheorie, der auch den Bewertungsstichtag verschiebt, kann hier nicht näher eingegangen werden (zum Diskussionsstand s *Nowotny*, Hindert ein vorbehaltenes Fruchtgenussrecht das „Vermögensopfer“ im Pflichtteilsrecht? in *Fischer-Czermak/Tschugguel* [Hrsg], EF-Spezial Beiträge zum Familien- und Erbrecht [2020] 195).

¹¹⁵ Siehe den Vorschlag von *Umlauf*, Erbrechtsnovelle: Bewertungsfragen in Bezug auf Schenkungen, NZ 2015, 124 f.

¹¹⁶ *Lange* in *Münchener Kommentar* § 2311 Rz 2; *Herzog* in *Staudinger*, BGB § 2311 Rz 6.

¹¹⁷ Skepsis ist angebracht. In der E v 26. 5. 2020 (2 Ob 64/19 d EF-Z 2020, 232 [Tschugguel]) war § 788 anzuwenden. Aus mE unzutreffenden Gerechtigkeitsabwägungen hielt der OGH an dem zum alten Recht entwickelten Grundsatz fest, ein zum Bewertungszeitpunkt dem Verstorbenen vorbehaltenes Nutzungsrecht nicht zu berücksichtigen, was der Orientierung an einem einheitlichen Bewertungszeitpunkt widerspricht. In der Begründung nahm der OGH ausführlich Bezug auf die Rsp zu § 794 ABGB aF (s dazu oben FN 112). Gleichbehandlungserwägungen können diese Rsp nicht tragen. Wer ein belastetes Gut erhält, bekommt weniger als der Empfänger von unbelastetem Vermögen. Dass das Geschenk nach dem Ableben des Geschenkgebers in beiden Fällen lastenfrei ist, ändert nichts an der ungleichen Ausgangslage, die sich in der Bewertung niederschlagen müsste.

Wenn der **Sachverhalt**, der die **Abgabenverpflichtung erzeugt, nicht zum Todestag erfüllt** war oder mit dem Erbfall nicht eng verknüpft ist, besteht **keine** dem Stichtag **zuordenbare Verbindlichkeit**.¹¹⁸ Die **Steuerlatenz** lässt sich daher auch **nicht** als **ungewisse** oder **unsichere Verbindlichkeit** zum Stichtag qualifizieren.¹¹⁹ Es ist möglich, dass die stillen Reserven nie aufgedeckt werden. Sie können sich erhöhen, aber auch zu einem späteren Zeitpunkt auflösen (s unten unter D.3.c).¹²⁰

Die **Bewertung von Geschenken** knüpft an den **Schenkungszeitpunkt** an. Eine **später** anfallende **Steuer** ließe sich **nicht rückwirkend** mit diesem **Stichtag verknüpfen**. Zwischen der Schenkung und einer allfälligen Veräußerung nach dem Tod können mehrere Jahre liegen, in denen sich die **stillen Reserven laufend verändern**, unter Umständen auch aufgrund von Entscheidungen des neuen Eigentümers erhöhen. Eine **(anteilige) Zuordnung** der Steuerlast zum Ausgangswert eines zurückliegenden Zeitpunkts wäre **nicht möglich**.

b) Risikoverteilung

Das Pflichtteilsrecht soll den Pflichtteilsberechtigten stichtagsbezogen am **objektivierten Wert**, der **alle** in Frage kommenden **Nutzungsmöglichkeiten abbildet**, teilhaben lassen (s dazu oben unter D.2.b). Es wäre **nicht fair**, den Anspruch des Pflichtteilsberechtigten um anteilige **Steuern** aus einem **fingierten Verkaufsszenario** zu **mindern**, ihm jedoch die Partizipation an möglicherweise überproportional hohen (zB durch Umwidmung eintretenden) **Wertsteigerungen** zu **versagen**, wenn sich der Erbe erst viel später zur Veräußerung entschließt. Das würde das Stichtagsprinzip und die damit vorgenommene Risikoverteilung einseitig zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten relativieren.

Das Stichtagsprinzip schafft Klarheit und lässt sich einfach handhaben. Es macht in Bezug auf die Risikoverteilung zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten einen präzisen Schnitt. Das kann bei Sachen, die einer **hohen Wertschwankung** unterliegen (zB Aktien), durchaus zu **unbilligen Ergebnissen** führen. Verlieren Aktien nach dem Stichtag stark an Wert, muss der Pflichtteil dennoch von der höheren Basis abgeführt werden.¹²¹ Das Prinzip ist jedoch **keine Einbahnstraße** zum Vorteil des Noterben. Nachträgliche Wertsteigerungen oder der Wegfall einer Verbindlichkeit wirken sich zu seinem Nachteil aus. Solange Wertzuwächse oder Wertminderungen außerhalb der Sphäre des Erben liegen, erscheint die mit dem Stichtagsprinzip vor-

¹¹⁸ *Daragan*, ZErB 2015, 331 f; ebenso *Lorz*, ZErB 2003, 302.

¹¹⁹ BGH 26. 4. 1972, IV ZR 114/70 NJW 1972, 1269.

¹²⁰ *Winkler*, ZEV 2005, 90; *Daragan*, ZErB 2015, 332; *Esch/Baummann/Schulze zur Wiesche*, Handbuch der Vermögensnachfolge Rz 175.

¹²¹ *Geroldinger*, „Stichtagsprinzip“ und Fälligkeitskonzept des neuen Pflichtteilsrechts – zwei Danaergeschenke? NZ 2017, 134 f.

genommene Risikoverteilung fair. Würde man hingegen den Pflichtteilsberechtigten auch an einer (**fiktiven**) **Verpflichtung teilhaben** lassen, deren tatsächliches Entstehen dem Grunde und der Höhe nach nur der Erbe allein in der Hand hat, so wäre der Pflichtteilsberechtigte **systematisch schlechter** gestellt. Ob und mit welchen persönlichen Auswirkungen die stillen Reserven realisiert werden, würde allein der Erbe steuern und entscheiden.¹²²

Die vielfältigen Möglichkeiten, die sich bieten, um eine **Steuerhängigkeit** stiller Reserven durch **geschicktes Planen** zu **entschärfen** oder **aufzuschieben**, würden die fehlende Symmetrie gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten verschärfen. Die Besteuerung stiller Reserven einer Liegenschaft anlässlich der Betriebsaufgabe unterbleibt, wenn sie als Hauptwohnsitz genutzt wurde und der Steuerpflichtige das Grundstück in sein Privatvermögen übernimmt und mindestens fünf Jahre nicht veräußert (§ 24 Abs 6 EStG). Unter bestimmten Voraussetzungen können Einkünfte aus der Veräußerung von Kapitalvermögen mit bestimmten Verlusten (aus derselben Einkunftsart) ausgeglichen werden (§ 27 Abs 8 EStG). Vor allem im betrieblichen Bereich gibt es mannigfache Gestaltungsmöglichkeiten. Verlustvorträge können genutzt werden. Einzelunternehmern und Personengesellschaften steht die Übertragung stiller Reserven auf bestimmte neu angeschaffte oder hergestellte Wirtschaftsgüter (dh die Anrechnung stiller Reserven auf die Kosten für die neue Investition) zur Verfügung (§ 12 Abs 1 EStG). Sofern dies nicht erfolgt, können sie einer steuerfreien Übertragungsrücklage zugeführt werden (§ 12 Abs 8 EStG). Das Besteuerungsregime der Privatstiftung ermöglicht es, die anlässlich einer Beteiligungsveräußerung aufgedeckten stillen Reserven auf die Anschaffung einer im selben Jahr erworbenen Beteiligung zu übertragen (§ 13 Abs 4 KStG).¹²³ Es wäre nicht fair, für den Pflichtteilsberechtigten das Greifen eines Liquiditätsabflusses zu fingieren, den der Erbe durch kluge Steuerplanung umschiffen kann.¹²⁴

¹²² Lorz, ZErB 2003, 304.

¹²³ Nach der Rsp des BFG lässt sich diese Option auch für spätere Gesellschafterzuschüsse nutzen, die als nachträgliche Anschaffungskosten gesehen werden (RV/5100126/2012).

¹²⁴ Lorz, ZErB 2003, 304. Reich-Rohrwig (Erbrecht 26f) illustriert seine Position anhand des extremen Beispiels negativer Anschaffungskosten für eine GmbH-Beteiligung, die ein Erblasser gegen Einbringung seines Unternehmens in die GmbH unter Tätigkeit hoher Entnahmen (§ 16 Abs 5 Z 2 UmgrStG) erwirbt und legiert. Die Nachversteuerung der Entnahmen anlässlich der Veräußerung der Beteiligung würde dazu führen, dass die Steuer den Erlös übersteigt. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Bildung negativer Anschaffungskosten aus solchen alten Entnahmemodellen nur für Umgründungen bis 31. 1. 2006 möglich war (§ 16 Abs 5 Z 2, § 18 Abs 2 Z 1 UmgrStG idF Abg-ÄG 2005). Sie können durch Umwandlung der GmbH in eine Personengesellschaft neutralisiert werden (§ 3 Abs 2, § 9 Abs 2 UmgrStG). Erst § 9 Abs 6 UmgrStG idF Abg-ÄG 2012 BGBl I 2012/112 unterwarf die negativen Anschaffungskosten für

c) Mangelnde Quantifizierbarkeit

Die **Einschätzung** einer mit latenten Steuern verbundenen Belastung ließe sich **nicht** einmal annäherungsweise **bezeichnen**. Der Nominalwert der Belastung aus einer fiktiven Veräußerung könnte keinesfalls anzusetzen sein.¹²⁵ Die Einkommensteuer wird grundsätzlich für ein Jahresergebnis festgesetzt, das sich zu einem unterjährigen Stichtag nicht feststellen lässt.¹²⁶ Für mehrere Erben können unterschiedlich hohe Steuersätze zur Anwendung kommen. Es ginge um eine Steuer, die erst künftig entsteht, fällig wird und den Erben erst dann belastet. Auszugehen wäre daher, wenn überhaupt, vom Gegenwartswert (dh vom abgezinsten Barwert der künftigen Belastung).¹²⁷ Die Höhe wäre sohin abhängig von der Wertentwicklung des Vermögensgegenstands (bei volatilen Werten kann der Wertzuwachs auch rasch wieder abschmelzen) sowie von der künftigen persönlichen steuerlichen Situation des Erben und der Steuerrechtslage zum Zeitpunkt der Veräußerung. Um den baren Gegenwartswert zu ermitteln, müsste der Fälligkeitszeitpunkt bekannt sein, was ebenfalls nicht möglich ist. Stille Reserven lassen sich nicht zum Stichtag „einfrieren“. Sie werden ständig neu aufgebaut, können sich in der Folge aber nicht nur erhöhen, sondern auch aufgelöst werden.¹²⁸ Auch über die Inanspruchnahme steuerschonender Strategien oder steuerschädlicher Entscheidungen des Erben ließe sich nur spekulieren. Ihre stichtagsbezogene Quantifizierung bliebe beliebigen Annahmen anheimgestellt. Treffend konstatiert *Daragan* daher, dass sich der Barwert einer Steuerlatenz aufgrund der Vielzahl der offenen Parameter nicht schätzen, sondern nur raten ließe.¹²⁹

den Fall der Umwandlung einer Besteuerung (Ausschüttungsfiktion). Diese kommt jedoch nicht zum Tragen, wenn die Vorumgründung (i) entweder bis zum 31. 12. 2007 erfolgte oder (ii) nach dem 31. 12. 2007 angemeldet wurde und bis zur Umwandlung zehn Jahre verstreichen (3. Teil Z 23 UmgrStG idF Abg-ÄG). Auch mithilfe einer Privatstiftung und der Übertragung der unsteuererten Reserven auf die Anschaffung einer neuen Beteiligung ließe sich die Belastung durch den Nachfolger entschärfen. Ein kundiger Übernehmer wird diese Gestaltungsmöglichkeiten, die das Steuerrecht bietet, zu nutzen wissen. Ein kaufmännisch unbedarfter Pflichtteilsberechtigter wird eine solche Zuwendung mE unter Wahrung seines Geldanspruchs als Farce ausschlagen können (29. 1. 2002, 5 Ob 14/02y; s dazu *Hofmann*, Die sukzessive Erfüllung des Pflichtteils nach dem ErbRÄG 2015 – Überlegungen zur Auflösung des angeblichen Widerspruchs zwischen § 766 und § 762 ABGB, NZ 2017, 441 [451]).

¹²⁵ So wie *Reich-Rohrwig* (Erbrecht 27) vorschlägt.

¹²⁶ *Schmid* (ZErB 2015, 133 ff) will dieses Problem dahingehend lösen, dass für ein „fiktives Veranlagungsjahr“ von 12 Monaten vor dem Stichtag eine Differenzrechnung angestellt wird (Vergleich der Steuerbelastung mit bzw ohne fiktive Veräußerung).

¹²⁷ Das bedeutet, dass der Barwert der Belastung stetig abnimmt und für den Erben im Laufe der Zeit immer geringer wird.

¹²⁸ *Winkler*, ZEV 2005, 90.

¹²⁹ ZErB 2015, 331 f.

§ 273 ZPO schafft zur Auflösung dieses Problems **keine Abhilfe**.¹³⁰ Zum einen setzt diese Bestimmung ein Feststehen des einzuschätzenden **Vermögensinteresses** dem **Grunde** nach voraus. Schon diese Voraussetzung ist **nicht gegeben**, weil nie mit Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass sich der Erbe überhaupt jemals zu einem Verkauf entschließen wird. Zum anderen müssen sich die **offenen Parameter** für eine Anspruchsbestimmung nach § 273 ZPO zumindest in groben Zügen eingrenzen lassen. Ansonsten wäre es nicht möglich, alle der Schätzung zugrunde liegenden Erwägungen in der gebotenen Weise nachvollziehbar darzulegen.¹³¹

E. Ergebnisse

1. Das mit dem ErbRÄG 2015 eingeführte strenge Stichtagsprinzip erlaubt grundsätzlich nur den Abzug solcher Steuerverbindlichkeiten, die zum Todestag bereits entstanden sind (Erblasserschuld). Das gilt jedenfalls für Steuern, deren Entstehen noch auf eine Disposition des Verstorbenen zurückgeht.

2. Wurde der steuererzeugende Sachverhalt vom Vertreter des Nachlasses oder vom Erben gesetzt, kann die Steuer dem Nachlass nur unter der Voraussetzung (als Erbgangsschuld) zugeordnet werden, dass zwischen der Veräußerung und dem Erbfall insofern ein Zusammenhang besteht, als sich der Verkauf aufgrund von Umfang und Art des hinterlassenen Vermögens, der Erbengemeinschaft oder infolge einer letztwilligen Anordnung schon zum Zeitpunkt des Erbfalls abgezeichnet hat (zB Feilbietung einer Eigentumswohnung gem § 12 Abs 2 WEG, weil unter mehr als zwei Erben keine Einigung über die Aufteilung gefunden wird, durch letztwillige Auflage erzwungener Verkauf oder Veräußerung, weil sich der Pflichtteil aus der Verlassenschaft nicht anders aufbringen lässt).

3. Für die Bewertung des Nachlassvermögens und von hinzurechnungspflichtigen Schenkungen zum jeweiligen Stichtag ist der objektivierte Verkehrswert (§§ 305, 306 ABGB) heranzuziehen, dh der Marktpreis, den ein redlicher Käufer für die Sache bieten würde. Latente Steuern (dh hypothetische, persönliche Einkommensteuern aus einer fiktiven Veräußerung) haben keinen Einfluss auf die Preisbildung und sind bei der Bewertung daher nicht relevant.

4. Für die Bewertung von Schenkungen (zum Schenkungszeitpunkt iSd § 788 ABGB) gilt derselbe Wertmesser des objektivierten Verkehrswerts. Latente Steuern können ihren hinzu- und anrechnungspflichtigen Wert nur insofern mindern, als der Geschenknehmer die Zuewendung aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht behalten kann oder sofort veräußern muss. Muss der Ge-

schenknehmer das Geschenk nach dem Tod des Geschenkgebers verkaufen, weil der Pflichtteilsberechtigte die Sachhaftung des § 789 ABGB in Anspruch nimmt, liegt die Veräußerung und die damit verbundene Steuerlast in seiner Sphäre. Sie lässt sich wegen des unterschiedlichen Bewertungsstichtags nicht dem Erbfall zuordnen und mindert den hinzu- und anrechnungspflichtigen Wert der Schenkung nicht. Einem pflichtteilsberechtigten Geschenknehmer ist aber im Rahmen des § 791 ABGB der Einwand zuzubilligen, dass aus der Steuerbelastung keine Verkürzung des ihm zustehenden (hypothetischen) Pflichtteils resultieren darf.

5. Äußerungen im Schrifttum, wonach für Zwecke der Pflichtteilsberechnung die Versilberung des Nachlasses zu fingieren sei, drücken nichts anderes als den Wertmesser der §§ 305, 306 ABGB (Verkehrswert bzw gemeiner Wert) aus. Ein davon abweichender Maßstab ist damit nicht gemeint. Der monetäre Nutzen, den der Erbe aus dem Nachlass ziehen kann, besteht nicht nur in der Möglichkeit der Veräußerung. Der gesamte monetäre Nutzen, den Vermögen vermitteln kann, spiegelt sich im Entscheidungswert aus Käufersicht. Die mit dem Abzug für fiktive Steuern einhergehende Reduktion des Nutzens auf den monetären Entscheidungswert aus Verkäufersicht würde den Teilhabeanspruch des Pflichtteilsberechtigten ungebührlich einschränken.

6. Die Wertabgrenzungsfunktion des Stichtagsprinzips gewährleistet Rechtssicherheit und eine faire Risikoabgrenzung für die Ausmessung des Pflichtteils. Diese Prinzipien wären empfindlich gestört, wenn der Pflichtteil durch Abschläge für latente Steuern gekürzt werden würde.

7. Die Belastung aus latenten Steuern hängt von einer Reihe ungewisser Parameter ab, wie persönlichen Entscheidungen des Steuerpflichtigen, seinen Planungsalternativen und seiner wirtschaftlichen Situation in der Zukunft sowie von der künftigen Ausgestaltung des Abgabenrechts. Aufgrund dieser Unsicherheiten ließe sich eine fiktive Belastung anhand nachvollziehbarer Erwägungen nicht einmal annäherungsweise schätzen. Diese Unsicherheiten könnten auch mithilfe des § 273 ZPO nicht ausgeräumt werden.

8. Außerdem bietet das Steuerrecht vielfältige Möglichkeiten, die fiskalische Belastung aus einer Steuerlatenz auf längere Zeit oder dauerhaft hinauszuschieben. Des Weiteren würde, nachdem die Teilhabe des Pflichtteilsberechtigten an nachträglichen Wertsteigerungen des berechnungsrelevanten Vermögens ausgeschlossen ist, ein Abschlag für latente Steuern einseitig zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten gehen.

9. Fällt in den Nachlass ein Unternehmen, ist dieses nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen mit dem objektivierten Verkehrswert einzuschätzen. Lässt es sich gewinnbringend fortführen, ist der Ertragswert heranzuziehen, der ohne Berücksichtigung latenter Steuern errechnet wird. Muss das Unternehmen als Sachge-

¹³⁰ Anders Peissl, JEV 2020, 63.

¹³¹ Ziehensack in Höllwerth/Ziehensack (Hrsg), ZPO (2019) § 273 ZPO Rz 6.

samtheit aus der Sicht eines rationalen Investors geschlossen werden, ist der Liquidationswert maßgeblich, dh der Barwertüberschuss aus der Veräußerung der Unternehmensbestandteile abzüglich Steuern aus realisierten Gewinnen. Dasselbe gilt für die Bewertung von nicht betriebsnotwendigem Vermögen. Eine weitergehende und methodenneutrale Berücksichtigung latenter Steuern bei der Berechnung des Pflichtteils ist ausgeschlossen.

10. Die hier vertretene Ansicht findet sich durch einen vergleichenden Blick in die Rsp des BGH zur Behandlung latenter Steuern im Pflichtteilsrecht bestätigt. Divergenzen zur Rsp des BGH beim Zugewinn im Güterrecht bestehen nicht. Auch dort erweist sich die Berücksichtigung latenter Steuern als Konsequenz aus der Wahl der angemessenen Bewertungsmethode. In eini-

gen Fällen war eine Veräußerung (und der Abzug der damit verbundenen Steuerlast) zu fingieren, um der ungerechtfertigten Abfindung für „tote“ landwirtschaftliche Betriebe nach dem geringeren Ertragswert auszuweichen, was dem Schutzzweck des § 1376 Abs 4 BGB widersprochen hätte. Die Abweichung vom reinen Ertragswertverfahren bei der Abfindung für freiberufliche Praxen ist der Eigenart dieser Unternehmen geschuldet, deren Ertragsprognose sich nicht getrennt vom Unternehmensinhaber anstellen lässt.

Über den Autor:

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

E-Mail: a.hofmann@hofmannlaw.at