

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

149. JAHRGANG

12
2017



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

BEITRAG

Alexander Hofmann:

Die sukzessive Erfüllung des Pflichtteils nach dem ErbRÄG 2015 – Überlegungen zur Auflösung des angeblichen Widerspruchs zwischen den §§ 766 und 762 ABGB Seite 441

RECHTSPRECHUNG

Verbücherung eines im Ausland ausgestellten Europäischen Nachlasszeugnisses in Österreich (*Cornelius Schwärzler*) Seite 464

Beweislast für die Echtheit des Testaments Seite 468

Keine Anwendbarkeit des Verbots der Einlagenrückgewähr auf atypischen stillen Gesellschafter einer GmbH & Co KG (*Heinrich Foglar-Deinhardstein*) Seite 473

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

NZ 2017/158

Die sukzessive Erfüllung des Pflichtteils nach dem ErbRÄG 2015¹ – Überlegungen zur Auflösung des angeblichen Widerspruchs zwischen §§ 766 und 762 ABGB

Auch nach dem ErbRÄG 2015 scheint die Diskussion darüber, welche Grenzen dem Gestaltungswillen eines Testators gesetzt sind, der den Pflichtteil in anderer Form als in Geld hinterlassen will, kein Ende zu nehmen. Einerseits wurde die Möglichkeit, den Pflichtteil durch (belastete) Zuwendungen zu erfüllen, anfechtungsfest ausgestaltet und vorgesehen, dass Einschränkungen der Verwertbarkeit nur die Bewertung berühren und nicht die Eignung zur Pflichtteilsdeckung (§ 762 ABGB). Auch wurde die Stundung des (Geld)Pflichtteils zugelassen (§ 766 ABGB). Andererseits setzen die Stundungsbestimmungen einen klaren zeitlichen Rahmen. Strittig ist, ob und auf welche Weise dieser bei der Gewährung von Zuwendungen, die einer sukzessiven Erfüllung gleichkommen, beachtet werden muss. Im folgenden Beitrag wird der Versuch unternommen, aus systematischer, teleologischer und historischer Sicht aufzuzeigen, dass das Stundungsregime (§ 766 ABGB) als *lex specialis* aufzufassen ist, die von § 762 ABGB nicht verdrängt wird.

Von Alexander Hofmann

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Alte Rechtslage
 - 1. Kein freies Entschlagungsrecht nach altem Recht
 - 2. Lehre und Rsp zu den von § 774 ABGB aF gebilligten alternativen Formen der Hinterlassung des Pflichtteils
- C. Reformdiskussion, Ministerialentwurf und ErbRÄG 2015
 - 1. Diskussion über ein Sondererbrecht für Unternehmen
 - 2. Ausgleich zwischen der Gestaltungsfreiheit des Erblassers und dem Befriedigungsinteresse des Pflichtteilsberechtigten im Ministerialentwurf und im ErbRÄG 2015 – Gemeinsamkeiten und Unterschiede
 - a) Subsidiarität des Geldpflichtteils
 - b) Deckung durch Schenkungen
 - c) Deckung durch Zuwendungen auf den Todesfall
 - d) Stundung
 - e) Exkurs: Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung nach § 781 Abs 2 Z 5 ABGB
- D. Bisherige Stellungnahmen in der Lehre
- E. Eigene Ansicht
 - 1. Erfordernis eines methodischen Zugangs nach der *lex specialis*-Regel
- 2. Abgrenzung der Begriffe Zuwendung und Deckung in § 766 Abs 1 ABGB
- 3. Kein Widerspruch zwischen § 762 und § 766 ABGB und Fälligkeit des ungedeckten Geldpflichtteils
- 4. Bewertungsprozess
- 5. Historische und teleologische Erwägungen
 - a) Ausbau des gesetzlichen Erbrechts der Pflichtteilsberechtigten
 - b) Wirtschaftliche statt typisierende Betrachtungsweise bei der Erfassung unentgeltlicher Zuwendungen
 - c) Kein Sondererbrecht für Unternehmen und keine befristete Anrechnung für Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte
 - d) Begrenzte wirtschaftliche Vorteile der Stundungsbestimmungen
 - e) Bewertung statt Anfechtung und nachträglicher Verwertbarkeitsprüfung
- F. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Einleitung

Hinterlässt der Verstorbene einen werthaltigen Nachlass und kaum Barvermögen, können Pflichtteilsansprüche dem Erben rasch Liquiditätsprobleme bescheren. Eine Veräußerung zur Beschaffung der fehlenden Mittel wird nach der Marktlage nicht immer möglich oder tunlich sein. Sie kann auch die Fortführung eines Unternehmens oder das Interesse des Erben am Erhalt der Wohnmöglichkeit bedrohen.

Das ErbRÄG 2015 nahm sich dieser Probleme an und hat die schon im alten Recht angelegte Möglichkeit,² den (grundsätzlich auf Geld gerichteten) Pflichtteil (§ 763 ABGB) durch eine nicht in Geld bestehende Zu-

¹ Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 BGBl I 2015/87. Das neue Recht ist am 1. 1. 2017 in Kraft getreten und auf Erbfälle anzuwenden, in denen der Erblasser nach dem 31. 12. 2016 verstirbt (§ 1503 Abs 7 Z 1 und 2 ABGB). Auf Altfälle bleibt grundsätzlich das frühere Recht über den 31. 12. 2016 hinaus anwendbar. Regelungen idF vor dem ErbRÄG 2015 werden mit dem Zusatz „aF“ zitiert.

² § 774 ABGB aF.

wendung abzugelten, ausgebaut und auf eine verlässlichere Grundlage gestellt (§ 761 Abs 1, § 762 ABGB). In Abkehr von § 774 ABGB aF bestimmt § 762 ABGB, dass verwertungsschädliche Belastungen und Bedingungen des zugewendeten Vermögens dieses nicht seiner Eignung zur Pflichtteilsdeckung berauben. Sie können nicht angefochten werden und wirken sich nur auf die Bewertung des Betrags aus, mit dem sich der Pflichtteilsberechtigte die (beschwerte) Zuwendung anrechnen lassen muss. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber dem letztwillig Verfügenden die Möglichkeit eröffnet, die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs (auf höchstens fünf Jahre) zu stunden (§ 766 ABGB).

Bereits in den ersten Stellungnahmen zum ErbRÄG 2015 wurde auf das Spannungsverhältnis hingewiesen, das zwischen §§ 766 und 762 ABGB zu bestehen scheint.³ Auch der Wert einer nicht monetären Zuwendung (wie zB eines Fruchtgenussrechts, einer Gesellschaftsbeteiligung oder der Begünstigtenstellung einer Privatstiftung) lässt sich immer nur aus (abgezinsten) künftigen Nutzenzuflüssen ableiten, die sie erwarten lässt (siehe E.4.). Ihr bewertungsrelevanter (wirtschaftlicher) Gehalt unterscheidet sich damit – aus der Sicht des Zuwendungsempfängers – nicht von einem gestundeten Geldpflichtteil.⁴ Zwischen einem Rentenlegat und der Verfügung eines Zahlungsaufschubes für den Pflichtteil besteht wirtschaftlich kein Unterschied. Würde man alleine auf § 762 ABGB abstellen, ließe sich die auf fünf Jahre beschränkte Stundungsfrist des § 766 Abs 1 ABGB⁵ einfach dadurch „erstrecken“, dass anstelle des Geldanspruchs eine unbare Zuwendung gewährt wird, die als Anspruchsgrundlage für Zahlungen oder geldwerte Vorteile über einen längeren Zeitraum dient. In der Zwischenzeit haben im Schrifttum bereits einige Autoren Position zu der Frage bezogen, ob hier ein Wertungswiderspruch vorliegt und wie dieser gegebenenfalls aufzulösen wäre.⁶

B. Alte Rechtslage

Ein sachgerechtes Verständnis des neuen Rechts ist nur möglich, wenn man die Problemlage im alten Recht rekapituliert und die Entstehungsgeschichte der neuen Regelung beleuchtet.

1. Kein freies Entschlagsrecht nach altem Recht

In der Frühphase des ABGB war strittig, ob dem Pflichtteilsberechtigten eine „Zwangsquote“ als Erbe im technischen Sinne des § 532 ABGB aF zukam oder bloß ein Geldanspruch. Mit dem Hofdekret JGS 1844/781 wurde klargestellt, dass der nicht (ausreichend) bedachte Pflichtteilsberechtigte nur Geld fordern konnte und gegenüber der Verlassenschaft als Gläubiger zu betrachten war.⁷ Schrifttum und Judikatur waren seither mit der Diskussion beschäftigt, ob die Erfüllung des Pflichtteils in Form eines (belasteten) Erbteils oder Vermächtnisses hingenommen werden musste oder ausgeschlagen werden konnte, um stattdessen Geld zu fordern. Einerseits stellte es § 774 ABGB aF dem Erblasser frei, den Pflichtteil in Gestalt einer letztwilligen Zuwendung (Erbteil oder Legat) zu hinterlassen. Andererseits schien der dritte Satz des § 808 ABGB aF, der ursprünglich die Bedenkung des Pflichtteilsberechtigten mit einer Erbenstellung im Auge hatte, diesem die Option zu geben, auf „die Erbschaft mit Vorbehalt des Pflichtteils“ zu verzichten und an deren Stelle die Abfindung in Geld zu begehren.⁸ Die daraus folgende Rechtsunsicherheit war nicht nur für den Testator, sondern auch für den Pflichtteilsberechtigten misslich. Folgte man § 808 Satz 3 ABGB aF, hing sein Obsiegen mit dem Geldinteresse davon ab, ob die vom Verstorbenen ausgesetzte Zuwendung zuvor ausgeschlagen worden war.⁹ Entschied sich der Berechtigte für den Verzicht, riskierte er die Klageabweisung mit dem Argument, dass nach § 774 ABGB aF nur Anspruch auf die Zuwendung bestanden habe.¹⁰

³ Rabl, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 331 f; Rabl, Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 1, 3 in FN 11; Zöchling-Jud, Die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015, in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht 71, 82 f.

⁴ Zollner/Pitscheider, Pflichtteilsrechtliche Aspekte einer Begünstigtenstellung, PSR 2016, 8 (19).

⁵ Eine Verlängerung des Stundungszeitraumes auf zehn Jahre ist dem Gericht vorbehalten (§ 766 Abs 3 ABGB – Schauer, Pflichtteilsrecht einschließlich Gestaltung der Pflichtteilsdeckung, in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht NEU [2015] 55 [69]).

⁶ Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015, 97; Barth, Pflichtteilsrecht neu, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 157 (181); Umlauf, Erbrechtsreform 2015: Antinomie zwischen den Regelungen der Pflichtteilsdeckung und der Pflichtteilsstundung? in FS Eccher (2016) 1189; Verweijen, ErbRÄG 2015 – zur Stundung des Pflichtteils, ÖJZ 2016, 997 (999); Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 762 Rz 6; Eccher, Die österreichische Erbrechtsreform (2016) Rz 139; Arnold, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, GesRZ 2015, 346 (353); Klampfl, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015, JEV 2015,

120 (135 f); Schauer in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht NEU 62 (64); Kalss, Unternehmensnachfolge im Licht des künftigen Erbrechts, in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht NEU 95 (114); Giller, Die Gestaltbarkeit der Pflichtteilsdeckung nach dem ErbRÄG 2015 – eine erste Annäherung, JEV 2016, 58 (61 ff); A. Tschugguel, Pflichtteilsdeckung neu – Zur Auflösung eines (scheinbaren) Normenwiderspruchs, EF-Z 2017, 111.

⁷ An dieser Sicht hatten Lehre und Rsp auch nach Aufhebung des HfD JGS 1844/781 festgehalten (Welsler/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ [2015] Rz 2281; RIS-Justiz RS0017959). Das ErbRÄG 2015 hat dieses Konzept übernommen (§ 761 Abs 1 ABGB).

⁸ Diese Diskussion ist nach den Ausführungen von Neumann-Ettenreich (Eine Antinomie im bürgerlichen Gesetzbuche, NZ 1902, 129 f, 139 ff, 147 ff) unter dem Schlagwort „Antinomie“ bekannt.

⁹ Weiß in Klang III³ (1952) 1008; GIU 12.735; anders OGH 17. 1. 1979, 6 Ob 734/78 EvBl 1979/125.

¹⁰ Das ist der Klägerin im Fall OGH 4. 7. 1996, 6 Ob 666/95 JBl 1997, 166 = NZ 1997, 225 passiert. Zur Vermeidung dieser Schwierigkeiten plädierte Woeß (Die Entstehung des Pflichtteilsanspruches, FS zur Jahrhundertfeier des ABGB II [1911]

Die Debatte ist nie ganz verstummt. In der Lehre¹¹ gewann aber relativ früh die Ansicht von *Neumann-Ettenreich* Oberhand, wonach § 808 Satz 3 ABGB aF einschränkend zu lesen war und der Pflichtteilsberechtigte eine testamentarische Zuwendung grundsätzlich nicht zur Gänze, sondern nur soweit ausschlagen konnte, als sie belastet oder „durch Auflagen verleidet“ (Ehrenzweig) war. Daraus hat sich im Schrifttum der Stehsatz von der Möglichkeit zur Ausschlagung der „unbequemen Mehrzuwendung“ iSd § 774 letzter Satz ABGB aF gebildet.¹² Letztendlich blieb die mögliche Ausschlagung nach der hL auf Fälle beschränkt, in denen die Zuwendung wegen der Belastung zur Pflichtteilsdeckung als von vornherein ungeeignet anzusehen war und sich die Sache vom deckungsschädlichen Verwertungshindernis (mangels Teilbarkeit) im Rahmen des § 774 ABGB aF nicht freimachen ließ.¹³ Die jüngere Rsp ist diesen Grundsätzen gefolgt.¹⁴ Eine geeignete Deckung war mit dem Schätzwert auf den Pflichtteil anzurechnen. Dasselbe galt für Zuwendungen mit einer Belastung, die bereits zum Todestag bestanden hatte und nicht auf dem letzten Willen des Erblassers beruhte. Von ihr konnte die Zuwendung nicht nach § 774 ABGB aF befreit werden.¹⁵

2. Lehre und Rsp zu den von § 774 ABGB aF gebilligten alternativen Formen der Hinterlassung des Pflichtteils

Ob eine (letztwillig belastete) Zuwendung zur Abfindung des Pflichtteils angenommen werden musste,

war an § 774 ABGB aF zu messen, der Lehre und Rsp einen relativ breiten Auslegungsspielraum bot. § 774 ABGB aF trug dem Erblasser auf, den Pflichtteil lastenfrei zu hinterlassen, und folgte einer Anfechtungslösung. Die Bestimmung war der Rechtssicherheit in mehrfacher Hinsicht abträglich.

Grundsätzlich hatte der Pflichtteil dem Berechtigten „ganz frei“ zu bleiben. Soweit letztwillig verfügte Bedingungen und Belastungen dem entgegenstanden, konnten sie angefochten werden. Dieses Modell erwies sich als wenig praktikabel. Zum einen war unklar, unter welchen Voraussetzungen das Kriterium des Ganz-Frei-Bleibens als erfüllt angesehen werden konnte. In der älteren Literatur wurde darunter die Möglichkeit der freien Verfügung über das Zugewendete verstanden. Die Rechtsstellung durfte im Vergleich mit der Geldforderung nicht verschlechtert werden.¹⁶ *Schauer* fasste das noch konkreter als Möglichkeit zur sofortigen Ver Silberung (zumindest des Substanzwertes) auf.¹⁷ Demnach war schon eine gewisse Nähe zu liquiden Verwertungschancen gefordert, um eine Gleichwertigkeit mit dem Geldanspruch herzustellen. Zum Zweiten setzte die Bestimmung voraus, dass sich eine Belastung teilweise von der Zuwendung abspalten lässt, was in den praktisch relevantesten Fällen nicht möglich ist. Entweder ist die Belastung unteilbar (zB Belastungs- und Veräußerungsverbot, Dienstbarkeit, Anordnung einer Nacherbschaft) oder das Zugedachte lässt sich aufgrund seiner rechtlichen Ausgestaltung nicht in einen belasteten und einen unbelasteten Teil aufspalten. Zu dieser Gruppe gehören jene Zuwendungen, deren Belastung für den Berechtigten darin besteht, dass der Pflichtteil aufgeschoben befriedigt wird (sukzessive Pflichtteilsdeckung; zB Renten- oder Fruchtgenussvertrag, Stellung als Nacherbe etc). Wurde eine unteilbare Belastung zur Gänze angefochten oder eine aufgeschobene Befriedigungsform für die Deckung als untauglich befunden, so konnte das dazu führen, dass der Pflichtteilsberechtigte mehr als den zugedachten Pflichtteil erhielt oder sonstige vorrangige (zB mit der Einsetzung eines Nacherben verfolgte) Absichten des Erblassers missachtet wurden. Zur Lösung dieser Probleme schlug *Schauer*¹⁸ vor, bei zumindest ausreichender Verwertungschance eine Anfechtung der Belastung nicht zuzulassen. Ansonsten (zB auch bei sukzessiven Deckungsformen) sollte der Geldpflichtteil gewährt und zur Vermeidung einer nicht erwünschten Mehrzuwendung – nach dem Gedanken der Sozinischen Kautel – das Hinterlassene wegen Irrtums angefochten werden können.

688 [709 ff]) de lege lata für ein freies Ausschlagungsrecht. De lege ferenda schlug er vor, § 774 ABGB aF zu streichen und statt des Anfechtungsrechts (siehe 2.) auf Basis einer Schätzung der belasteten Zuwendung einen Ergänzungsanspruch zu gewähren. Mit diesen Überlegungen, die auch *Rechberger* (JBl 1973, 293) für eine Reform des Erbrechts empfahl, wurde der Bewertungslösung des § 762 ABGB idF des ErbRÄG 2015 vorgegriffen.

¹¹ *Neumann-Ettenreich*, NZ 1902, 147; *Krasnopolski/Kafka*, Lehrbuch des österreichischen Privatrechts V: Erbrecht (1914) 281; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2² (1937) 492f; *Schwind*, Zur Ausschlagung der Erbschaft mit Vorbehalt des Pflichtteils, FS Kastner (1972) 441; *Kralik*, Das Erbrecht (1983) 52f; *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 808 Rz 3; *Giller*, Die Gestaltbarkeit der Pflichtteilsdeckung, JEV 2014, 14 (15); *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 2303; aA und für ein Wahlrecht des Pflichtteilsberechtigten plädierend: *Weiß* in *Klang* III³ 1009; *Rechberger*, Die Ausschlagung der letztwilligen Zuwendung durch den Pflichtteilsberechtigten, JBl 1973, 292 (298).

¹² *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 808 Rz 3.

¹³ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 2304; *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), Erbrecht (2007) 353f.

¹⁴ OGH 4. 7. 1996, 6 Ob 666/95 JBl 1997, 166 = NZ 1997, 225; 18. 3. 1997, 1 Ob 2364/96 w NZ 1998, 60 (*Zankl*) = SZ 70/47; 9. 7. 1997, 3 Ob 47/97 a NZ 1998, 57 = *ecolex* 1998, 209 (*Jud*); 15. 10. 1998, 6 Ob 189/98 g NZ 2000, 44 = SZ 71/166; 29. 1. 2002, 5 Ob 14/02y; zuletzt 23. 2. 2017, 2 Ob 167/16 x NZ 2017, 142 (*Rabl*). Die ältere Judikatur war zu dieser Frage noch ambivalent. Gegen ein Wahlrecht: OGH GIU 15.378; SZ 37/32; dafür: OGH EvBl 1979/125.

¹⁵ *Welser* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 774 Rz 7.

¹⁶ *Welser* in *Rummel*³ (2009) § 774 Rz 4, 10 mwN; *B. Jud*, *ecolex* 1998, 209f; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB³ (2006) § 774 Rz 4.

¹⁷ *Schauer*, Unteilbare Pflichtteilsdeckungen und unteilbare Belastungen, RdW 1987, 149f.

¹⁸ Unteilbare Pflichtteilsdeckungen und unteilbare Belastungen, RdW 1987, 151f; vgl auch *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), Erbrecht 354.

Der Erfolg einer Anfechtung konnte auch von der Beurteilung abhängen, ob vom Erblasser mit der belasteten Zuwendung überhaupt eine Pflichtteilsabdeckung beabsichtigt worden war oder von vornherein nur ein Geldleistungsanspruch zustehen sollte. Damit verknüpft war auch die Frage der Passivlegitimation. Der Geldpflichtteil war gegen die Verlassenschaft bzw gegen den Erben zu richten, die Anfechtung hingegen gegen die aus der Belastung begünstigte Person.¹⁹ Wer mit einer Anfechtung nach Längerem nicht durchdrang, dem drohte die Verjährung des Geldpflichtteils.

In Lehre und Rsp hat sich aus den aufgezeigten Problemen und Lösungsansätzen zu § 774 ABGB aF eine breit gefächerte, uneinheitliche Kasuistik entwickelt. Das Vermächtnis einer mit einem Belastungs- und Veräußerungsverbot belasteten Sache,²⁰ die Stellung als Vor-²¹ oder Nacherbe²² sowie ein Renten- und Fruchtgenusslegat²³ hat die frühere Lehre für eine Pflichtteilsdeckung für nicht ausreichend befunden, sehr wohl indes ein Legat, das mit einem Servitut zugunsten eines Dritten beschwert war.²⁴ Die ältere Rsp folgte der restriktiven Haltung der Lehre zur Vorerbenstellung,²⁵ andererseits auch der großzügigen Meinung *Schauers* zur Belastung mit einem Servitut.²⁶ Auch Fruchtgenusslegat wurden von der Rsp als deckungsfähig anerkannt.²⁷

In weiterer Folge hat die Judikatur die Anforderungen an die Verwertungsmöglichkeit einer Pflichtteilsdeckung schrittweise heruntergeschraubt. In 6 Ob 189/98g wurde der Leitsatz geformt, dass „frei“ iSd § 774 ABGB aF keine sofortige ungehinderte Verwertungsmöglichkeit bedeutete, weshalb auch dem einer Unterbeteiligung an einem OHG-Anteil anhaftenden Vermögenswert grundsätzlich Deckungstauglichkeit zuerkannt wurde. Die jüngere Lehre hat diese Tendenz zum Anlass genommen, früher geäußerte Ansichten zu revidieren. Schon vor dem ErbRÄG 2015 wurden

Möglichkeiten zu einer liquiditätsschonenden und stundungsähnlichen Abfindung des Pflichtteils aus unternehmerischem Vermögen (insbesondere auch durch das Einräumen einer Begünstigtenstellung) ausgelotet.²⁸ Schließlich billigte der OGH erst jüngst – noch zum alten Recht – die Befriedigung des Pflichtteils durch den sukzessiven Vermögenszufluss aus einer Vorerbenstellung.²⁹

Die sowohl aus der Sicht des Erblassers als auch von Seiten der Pflichtteilberechtigten gewünschte Rechtssicherheit konnte diese einzelfallbezogene Rechtsfortbildung nicht verschaffen.³⁰ Kritisch bleibt zu vermerken, dass mit der beschriebenen Entwicklung das geschützte Interesse des Noterben, am Wert des Nachlasses real und innerhalb eines überschaubaren zeitlichen Bezugs zum Todestag zu partizipieren, zugunsten der Testierfreiheit zunehmend aus dem Blickfeld geraten ist.

C. Reformdiskussion, Ministerialentwurf und ErbRÄG 2015

1. Diskussion über ein Sondererbrecht für Unternehmen

In der im Vorfeld der Erbrechtsreform geführten Diskussion bestand Einigkeit darüber, eine Stundungsmöglichkeit einzuführen. Zwar hätten sich auf Basis der liberaleren Auslegung des § 774 ABGB aF Deckungsmodelle zur Erzielung von Stundungseffekten kreieren lassen. Im Hinblick auf den zwingenden Charakter des Pflichtteilsrechts scheute die kautelarjuristische Praxis aber davor zurück, bei der Nachlassplanung auf Leitsätze in Einzelentscheidungen oder Literaturmeinungen zu vertrauen. Ziel der Erbrechtsreform war es daher, zwischen dem Schutz des Erben vor wirtschaftlich gefährlichen Szenarien und dem, was einem Pflichtteilsberechtigten zugemutet werden konnte, einen gesetzlich anerkannten und planungssicheren Interessenausgleich zu finden.³¹

¹⁹ Siehe OGH 26. 11. 1987, 6 Ob 711/87.

²⁰ *Schauer*, RdW 1987, 151.

²¹ *Eccher in Schwimann*, ABGB³ § 774 Rz 4.

²² *Eccher in Schwimann*, ABGB³ § 774 Rz 4.

²³ *Schauer*, RdW 1987, 151; *Welser in Rummel*³ § 774 Rz 4; *B. Jud*, *ecolex* 1998, 209.

²⁴ *Schauer*, RdW 1987, 150f. Nach *Schauer* bildete das Servitut kein Hindernis für die Realisierung des Substanzwertes. Da der Pflichtteilsberechtigte bei vollständiger Anfechtung mehr als den Pflichtteil erhalten hätte, sprach nach *Schauer* auch der vermutliche Erblasserwille für die Erhaltung der Belastung und die Zuerkennung des Fehlenden in Geld.

²⁵ OGH 24. 4. 2003, 3 Ob 98/02m NZ 2003, 336; gegenteilig 23. 2. 2017, 2 Ob 167/16x NZ 2017, 142.

²⁶ OGH 4. 7. 1996, 6 Ob 666/95 JBl 1997, 166 = NZ 1997, 225. Fallweise wurde zur Freimachung im erforderlichen Ausmaß eine Teilanfechtung zugelassen (RIS-Justiz RS0015379).

²⁷ SZ 37/32; vgl auch OGH 9. 7. 1997, 3 Ob 47/97a NZ 1998, 57 = *ecolex* 1998, 209 (*B. Jud*); nicht hingegen das Vermächtnis eines höchstpersönlichen Wohnungsrechts für eine Liegenschaft in Österreich, aus dem der in Australien ansässige Pflichtteilsberechtigte keine konkreten Vorteile erhalten hätte (OGH 29. 1. 2002, 5 Ob 14/02y).

²⁸ *Reich-Rohrwig*, Unternehmens- und Anteilsübertragung aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher Sicht, in *Bank Austria* (Hrsg), *Konkret Unternehmensnachfolge* (1999) 10 (35); *Schauer*, *Privatstiftung und Erbrecht*, in *Gassner*, *Privatstiftungen: Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis* (2000) 15 (34); *Jud*, *Privatstiftung und Pflichtteilsdeckung*, in *FS Welser* (2004) 369; *Likar-Peer in Ferrari/Likar-Peer* (Hrsg), *Erbrecht* 353 FN 142; *Giller*, *JEV* 2014, 14; kritisch und eher ablehnend jedoch *Samek*, *Das österreichische Pflichtteilsrecht* (2004) 42ff.

²⁹ 23. 2. 2017, 2 Ob 167/16x NZ 2017, 142 (*Rabl*).

³⁰ Eine Verallgemeinerung der in 6 Ob 189/98g aufgestellten Rechtssätze verbat sich im Lichte des konkreten Sachverhaltes. Dort hatten die Kläger die Einräumung der ihnen (in Form einer Erbteilungsanordnung als Hineinvermächtnis) zgedachten Unterbeteiligungen als Eventualbegehren zum primär (als Ergänzungsanspruch) geforderten Geldpflichtteil begehrt. Dem Eventualbegehren wurde stattgegeben, weil der Geldpflichtteil schon verjährt war. Im Revisionsverfahren war nur noch strittig, ob die Kläger mit einer zuvor erklärten Erbsentschlagung auch das Recht auf die Legate (Unterbeteiligungen) verwirkt hatten.

³¹ *Welser*, *Die Reform des österreichischen Erbrechts*, NZ 2012, 1 (6).

Unternehmensnahe Beraterkreise haben zwar dafür geworben, die Nachfolge in betriebliches Vermögen in besonderer Weise zu privilegieren.³² Maßgebliche Stimmen (*Welser*) haben dem jedoch gleichheitsrechtliche Bedenken entgegengehalten.³³ Zu bedeutenden Eingriffen in das Pflichtteilsrecht hat sich der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 denn auch nicht entschlossen. Spektakuläre Sonderregelungen für unternehmerisches Vermögen sind ausgeblieben. Diese Vorgeschichte der Reform muss in Erinnerung gerufen werden. Einige Stellungnahmen zum neuen Recht lassen nämlich die Tendenz erkennen, sich die Mehrdeutigkeiten der neuen Regelungen³⁴ zunutze zu machen, um über den Umweg einer extensiven Auslegung des § 762 ABGB, die § 766 ABGB verdrängt, eine Art Unternehmensprivileg einzuführen.³⁵ Gegen eine solche Interpretation spricht die Entwicklung des Gesetzes auf Basis des begutachteten Ministerialentwurfs.³⁶

2. Ausgleich zwischen der Gestaltungsfreiheit des Erblassers und dem Befriedigungsinteresse des Pflichtteilsberechtigten im Ministerialentwurf und im ErbRÄG 2015 – Gemeinsamkeiten und Unterschiede

a) Subsidiarität des Geldpflichtteils

Auch der Geldpflichtteilsanspruch nach dem ErbRÄG 2015 ist als subsidiärer Ergänzungsanspruch ausgestaltet (§ 763 ABGB; § 763 ABGB ME). Eine zum Erben eingesetzte pflichtteilsberechtigte Person kann die Erbschaft nicht unter dem Vorbehalt des Pflichtteils ausschlagen (§ 808 Abs 2 ABGB; § 808 Abs 2 ABGB ME). Das ErbRÄG 2015 hat allerdings die Möglichkeiten, den Pflichtteil auf andere Weise, durch lebzeitige oder todeswegige Zuwendungen zukommen zu lassen, ausgebaut bzw auf verlässlichere Grundlagen gestellt. In seinen Grundzügen war dieses Konzept schon im ME vorgezeichnet (§ 761 Abs 1 ABGB; § 761 Abs 1 ABGB ME – zu den wesentlichen Abweichungen siehe c) und d)). Das ErbRÄG 2015 brachte noch deutlicher zum Ausdruck, dass dem Pflichtteilsberechtigten nur die Teilhabe am Wert des Vermögens und nicht am Vermögen

zusteht (§ 756 ABGB; § 756 ABGB ME). Der Geldpflichtteil soll sohin nur den auf die volle Deckung fehlenden Wert abgelten (§§ 762, 763 ABGB; § 763 ABGB ME). Sofern keine Stundung angeordnet wurde (§ 766 Abs 2 und 3 ABGB), ist der Geldpflichtteil ein Jahr nach dem Tod fällig (§ 765 Abs 2 ABGB – siehe d)).

b) Deckung durch Schenkungen

Die Behandlung von Schenkungen (§ 781 ABGB, § 781 Abs 1 und 2 ABGB ME)³⁷ als Vorschuss iS des alten Rechts (§ 789 ABGB aF) und die Aufgabe der Differenzierung zwischen Nachlass- und Schenkungspflichtteil mit unterschiedlichen Anrechnungsvoraussetzungen und Anrechnungsfolgen zählt zu den wichtigsten Neuerungen im Schenkungsanrechnungsrecht.³⁸ Auch ohne Vereinbarung sind Schenkungen und sonstige unentgeltliche Zuwendungen einheitlich der Verlassenschaft hinzuzurechnen und auf den davon errechneten Pflichtteil anzurechnen (§ 787 ABGB; § 787 ABGB ME).³⁹ Das ErbRÄG 2015 hat klargestellt, dass die Schenkung im Ausmaß ihres nach § 788 ABGB (zum Schenkungszeitpunkt, aufgewertet zum Todestag) bestimmten Wertes den Geldpflichtteilsanspruch ersetzt (§ 761 Abs 1, §§ 763, 788 ABGB). Abstriche wegen verminderter oder fehlender Verwertbarkeit des Geschenks sind bei der Bewertung zu berücksichtigen (§ 762 ABGB). Die Bestimmungen des ME waren nicht anders zu verstehen (§ 761 Abs 1, §§ 763, 788 ABGB ME). Für Schenkungen hat die Berücksichtigung eingeschränkter Verwertbarkeit bei der Bewertung (Bewertungslösung) für die Hinzu- und Anrechnung schon im alten Recht gegolten. Im ME war das noch nicht, so wie für todeswegige Zuwendungen (§ 780 Abs 2 ABGB ME), ausdrücklich angeordnet. Die Verfasser des ME mochten dies im Hinblick auf den zweiseitigen Charakter von Schenkungsverträgen im Allgemeinen für überflüssig gehalten ha-

³² *Kalss*, Überlegungen zur Gestaltung der Unternehmensnachfolge im Zuge der laufenden Erbrechtsreform – Bericht über eine Diskussion, NZ 2015, 50 (52f); *Kalss*, Erbrecht und Nachfolge bei Unternehmen, *ecolex* 2015, 271.

³³ *Welser*, NZ 2012, 5.

³⁴ Dass sie bestehen, ist nicht zu bestreiten und offenbar auf den großen Zeitdruck zurückzuführen, unter den die Politik die Legisten des BMJ gesetzt hat. Diese haben ihrer ersten Kommentierung zum neuen Gesetz freimütig den folgenden Leitspruch vorangestellt: „Was wir Ergebnisse nennen, ist nur der Anfang.“ (*Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015 (2015) Vorwort).

³⁵ *Arnold*, *GesRZ* 2015, 353; *Klampfl*, *JEV* 2015, 135f; siehe auch *Hügel/Aschauer*, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), *Praxishandbuch des neuen Erbrechts* 227.

³⁶ 100/ME 25. GP, im Folgenden kurz „ME“ genannt.

³⁷ Der Schenkungsbegriff wurde verbreitert und verfeinert. Neben Vorschüssen und Vorempfängen nach bisherigem Verständnis (§§ 788, 789 ABGB aF) sind auch die Vermögenswidmung an eine Privatstiftung oder die Einräumung einer Begünstigtenstellung als Schenkung erfasst. Schließlich wurde auch ein Auffangtatbestand geschaffen, unter den jede andere Zuwendung fällt, die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt als unentgeltlich einzustufen ist.

³⁸ *Kletečka*, Anrechnung auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), *Das neue Erbrecht* 89f. Der ME hat für mehr als zehn Jahre vor dem Tod gemachte Schenkungen eine generelle Ausnahme vorgesehen (§ 781 Abs 3 ABGB ME) und früher als zwei Jahre vor dem Tod an nicht Pflichtteilsberechtigte erbrachte Schenkungen nur von der Ausfallhaftung des Geschenknehmers befreit (§ 792 ABGB ME). Das ErbRÄG 2015 ist zur differenzierten Anrechnungspflicht (unbefristet für Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte und zweijährige Frist für Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte) zurückgekehrt (§ 782 Abs 1 ABGB).

³⁹ Bei Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte hat die Anrechnung auf Antrag von Erben, Pflichtteilsberechtigten und beitragspflichtigen Vermächtnisnehmern zu erfolgen, bei Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte nur auf Antrag von Pflichtteilsberechtigten (§§ 782, 783 ABGB; §§ 782, 783 ABGB ME).

ben. Das Einräumen einer Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung (als Schenkung iSd § 781 Abs 2 Z 5 ABGB) ist aber nicht annahmbedürftig (siehe e)).⁴⁰ Daraus hätte Rechtsunsicherheit entstehen können, die mit § 762 ABGB beseitigt ist.

c) Deckung durch Zuwendungen auf den Todesfall

Die Einrechnung von Zuwendungen des Erblassers auf den Todesfall wurde mit dem ErbRÄG 2015 gleichermaßen verfeinert und ausgebaut. Zur Aufzählung von Erbteil, Vermächtnis und Schenkung auf den Todesfall wurden im Gleichlauf mit der Schenkungsanrechnung auch durch den Todesfall ausgelöste Begünstigtenzuwendungen aus einer vom Verstorbenen errichteten Privatstiftung gereiht (§ 780 Abs 1 ABGB; § 780 Abs 1 ABGB ME). Damit nahm der Gesetzgeber Vorschläge der Lehre auf, den Pflichtteil letztwillig auch in Form von Ausschüttungen aus einer Stiftung ratenweise (aufgeschoben) zu erfüllen.⁴¹

Im Unterschied zum ErbRÄG 2015 hielt der ME für todeswegige Zuwendungen aber noch an der durch Lehre und Rsp liberal interpretierten Anfechtungslösung des § 774 ABGB aF fest.⁴² Allerdings mit der Maßgabe, dass nicht mehr unterschieden wurde zwischen letztwillig verfügbaren Belastungen und solchen, die auf anderen Rechtsgeschäften beruhen (siehe B.1.). Einschränkungen der Verwertbarkeit konnten nach dem ME im Ausmaß der dadurch bewirkten Verkürzung angefochten, eine damit belastete Mehrzuwendung ausgeschlagen werden (§ 762 Abs 1 und 2 ABGB ME).⁴³ Ergänzend

⁴⁰ AA Klampfl, JEV 2015, 129, der auf die Möglichkeit der Zurückweisung durch den Begünstigten verweist. Das mag zutreffen, kann aber nach der Bewertungslösung des ErbRÄG 2015 nicht zum Geldpflichtteil führen. Gleichwohl können auch in die Bewertung der lebzeitig nach § 781 Abs 2 Z 5 ABGB eingeräumten Begünstigtenstellung nur die innerhalb des gem § 766 ABGB höchstmöglichen Stundungszeitraums zukommenden bzw zu erwartenden Ausschüttungen einfließen (siehe e)).

⁴¹ Siehe FN 28.

⁴² Siehe B.1. und 2; Kalls/Cach, Unternehmensnachfolge „neu“ – Was bringt die Erbrechtsreform 2015? SWK 2015, 659 (660).

⁴³ § 762 ABGB ME lautete wie folgt: „(1) Bedingungen oder Belastungen, die der Verwertbarkeit der nach § 761 Abs. 1 Z 1 zugewendeten Sache entgegen stehen, kann der Pflichtteilsberechtigte anfechten, soweit dadurch der Pflichtteil geschmälert wird. (2) Wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten durch eine Zuwendung nach § 761 Abs. 1 Z 1 ein den Pflichtteil übersteigendes Vermögen zugebracht hat, kann der Pflichtteilsberechtigte die Bedingung oder Belastung insoweit nicht anfechten, als sie allein auf die Mehrzuwendung bezogen ist oder auf diese eingeschränkt werden kann. Der Pflichtteilsberechtigte kann die belastete Mehrzuwendung auch ausschlagen. (3) Betrifft die Bedingung oder Belastung die Zuwendung als Ganzes, so kann der Pflichtteilsberechtigte sie dennoch nicht anfechten, wenn er unter Außerachtlassung der Bedingung oder Belastung über den Wert des Pflichtteils hinaus bedacht und dadurch der vom Erblasser verfolgte Zweck vereitelt werden würde. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten ein den Pflichtteil übersteigendes Vermögen nur dann zukommen lassen wollte, wenn dieser die Bedingung oder Belas-

tung im ME in Anlehnung an die Überlegungen Schauers⁴⁴ die Sozinische Kautel gesetzlich verankert. Haftete einer übersteigenden Vermögenszuwendung ein unteilbares Verwertungshindernis an und sprach der Erblasserwille dagegen, sollte die Anfechtung ausgeschlossen sein, aber gegen Ausschlagung des Zugewendeten der Geldpflichtteil gefordert werden können (§ 762 Abs 3 ABGB ME). Für den Fall des Unterbleibens einer Anfechtung blieb es nach § 780 Abs 2 ABGB ME bei der Einrechnung mit dem der Verwertbarkeit entsprechenden Ansatz (§ 780 Abs 2 ABGB ME).

Mit der bloßen Verfeinerung der Anfechtungslogik des alten Systems wären die sich daraus ergebenden Probleme und Rechtsunsicherheiten nur fortgeschrieben worden. Bei einer Anfechtung hätte einzelfallbezogen geprüft werden müssen, ob ein den Pflichtteil schmälern und die Anfechtung rechtfertigendes Verwertungshindernis vorgelegen ist, oder ob die notwendige Deckung durch eine Teilanfechtung erzielt werden konnte;⁴⁵ weiters, ob der Erblasser dem Empfänger eine Mehrzuwendung nur unter der Voraussetzung zukommen lassen wollte, dass dieser sich auch mit allen Lasten abfindet. Das hätte die Regulierung des Pflichtteils auch künftig mit ungewünschten prozessualen Risiken belastet und weder dem Erblasser noch dem Pflichtteilsberechtigten etwas gebracht.

Das ErbRÄG 2015 hat deshalb auch für die todeswegigen Zuwendungen die Anfechtungslösung zur Gänze aufgegeben. § 762 ABGB idF des ErbRÄG 2015 ordnet an, dass letztwillige Zuwendungen als Erfüllung des Pflichtteils zu akzeptieren sind, selbst wenn ihnen Bedingungen oder Belastungen anhaften, die der Verwertung entgegenstehen. Solche verwertungsschädlichen Eigenschaften haben sich nur in der Bestimmung des anrechenbaren Wertes niederzuschlagen. Ihre Anfechtung ist nicht möglich (Bewertungslösung). Mit diesem Modell hat der Gesetzgeber Überlegungen umgesetzt, die schon von der zu § 774 ABGB aF kritisch eingestellten älteren Lehre geäußert worden waren.⁴⁶

d) Stundung

Ein Novum des ErbRÄG 2015 ist die Stundungsmöglichkeit.⁴⁷ Zur Fälligkeit enthielt schon der ME entsprechende Regelungen wie das ErbRÄG 2015. Grundsätzlich ist der Geldpflichtteil ein Jahr nach dem Tod fällig (§ 765 Abs 2 ABGB; § 765 Abs 3 ABGB ME). Der Erblasser

tion hinnimmt. Der Pflichtteilsberechtigte kann aber in solchen Fällen die Zuwendung nach § 761 Abs. 1 Z 1 ausschlagen und den Geldpflichtteil fordern.“

⁴⁴ Siehe FN 17.

⁴⁵ Nach den Erläuterungen zu § 762 Abs 1 ABGB ME war Anfechtungsvoraussetzung, dass die Sache nicht „am Markt verwertet“ werden kann (ME Erläut 100/ME 25. GP 22).

⁴⁶ Siehe FN 10.

⁴⁷ Verweijen, ÖJZ 2016, 997; Brehm, Die Stundung des Pflichtteils, Zak 2017, 87; Cach/Brehm, Die Stundung des Pflichtteils – ein „attraktives Werkzeug“ im Rahmen der Unternehmensnachfolge? JEV 2015, 137.

kann aber letztwillig die Stundung bzw die Zahlung in Teilbeträgen für höchstens fünf Jahre verfügen (§ 766 Abs 1 ABGB; § 766 Abs 1 ABGB ME). Unter Abwägung der Interessen des Pflichtteilsschuldners und seiner Vermögenslage einerseits sowie des Pflichtteilsberechtigten andererseits kann das Gericht den Aufschub bei unbilliger Härte einschränken, aufheben oder aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen auf bis zu zehn Jahre erstrecken (§ 766 Abs 2 und 3 ABGB; § 766 Abs 2, § 767 Abs 3 ABGB ME). In Härtefällen (insbesondere, um die Befriedigung eines dringenden Wohnbedürfnisses oder ein existenzsicherndes Unternehmen zu erhalten oder wenn unzureichende Liquidität den Fortbestand eines Unternehmens bedrohen würde) kann die Stundung auch gerichtlich auf fünf, aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen auf höchstens zehn Jahre angeordnet werden (§ 767 ABGB; § 767 ABGB ME). Wird gestundet, so ist die Forderung zu verzinsen (§ 778 Abs 2 ABGB; § 778 Abs 2 ABGB ME) und auf Antrag sicherzustellen (§ 768 ABGB; § 768 ABGB ME).

Stundung und Pflichtteilsdeckung stehen in einer Wechselbeziehung. Die ratenweise Erfüllung im Rahmen alternativer Deckungsmodelle ist deshalb attraktiv, weil sich damit Stundungseffekte erzielen lassen. Ihre Anordnung kommt einer konkludenten Stundungsanordnung gleich. Wird die Stundung des Geldpflichtteils eingeschränkt, liegt es aber nahe, auch dem Leistungsaufschub in Form von nicht monetären Zuwendungen Grenzen zu setzen.⁴⁸

Für ein- oder anrechenbare Zuwendungen, die den Geldpflichtteil ersetzen, enthielt der ME noch eine besondere Schutzbestimmung. Nach dem System des ME hatten solche Zuwendungen dem Pflichtteilsberechtigten innerhalb von fünf Jahren nach dem Tod zuzukommen (§ 765 Abs 2 ME). Erhielt der Pflichtteilsberechtigte auf diese Weise bis zum Ende der Fälligkeit keinen dem Pflichtteil entsprechenden Wert, konnte er die Ergänzung in Geld fordern (§ 765 Abs 2 Satz 2 ME). Die Regelung ließ nicht eindeutig erkennen, was mit der Wendung „dem Pflichtteil entsprechender Wert“ gemeint und in der Stundungsfrist eigentlich geschuldet war. Offenbar war an einen Zufluss von Liquidität oder einen vergleichbaren Vorteil gedacht.⁴⁹ Die Erläuterungen sprachen von einem „verwertbaren Vermögenszufluss“.⁵⁰ Ein reiner Wertzuwachs ohne Aussicht auf des-

sen Umwandlung in Liquidität innerhalb der fünf Jahre konnte nicht bezweckt gewesen sein, weil dies im Regelungszusammenhang keinen Sinn ergeben hätte. Diese Unschärfe hätte die mangelnde Planungssicherheit des alten Rechts insofern verschärft, als bei der Handhabung der Stundungsregelungen Zuwendungen (zB ein Fruchtgenuss- oder Rentenlegat) zusätzlich einer nachträglichen Verwertbarkeitsprüfung zu unterziehen und mit ungewissem Ausgang angreifbar gewesen wären. Die unklare Formulierung ist in der Begutachtung daher auf Kritik gestoßen.⁵¹

Das ErbRÄG 2015 hat diesen Bedenken Rechnung getragen und § 765 Abs 2 ME gestrichen. Stattdessen unterwirft § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB auch die Deckung durch Zuwendungen den allgemeinen Voraussetzungen für die letztwillige Stundung des Geldpflichtteils auf fünf Jahre und bestimmt, dass auch sie höchstens auf diesen Zeitraum erstreckt werden kann. Deshalb wird die richterliche Eingriffsbefugnis aus Billigkeit nach § 766 Abs 2 und 3 ABGB (insbesondere die Verlängerung auf zehn Jahre aus besonderen Gründen) auch Stundungen in Form einer aufgeschobenen Pflichtteilsdeckung korrigieren können.⁵²

Daraus folgt nach der hier vertretenen Ansicht, dass dem Pflichtteilsberechtigten im jeweils höchstmöglichen Stundungszeitraum⁵³ ausreichende Liquidität bzw Vermögensvorteile von äquivalentem Marktwert zufließen müssen, um dem Deckungserfordernis zu genügen. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist im Rahmen der Bewertung gem § 762 ABGB zum Todestag (§ 780 Abs 2 ABGB) ex ante festzustellen und einzuschätzen (siehe E.3. und 4.). Hätte der Gesetzgeber mit § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB nur den (Rechts)Erwerb der Zuwendung iS eines bloßen Wertzuwachses innerhalb des anwendbaren Stundungszeitraums im Auge gehabt, hätte er das zum Ausdruck bringen müssen.

Steht aufgrund der Ex-ante-Betrachtung eine unzureichende Deckung des Pflichtteils fest, so löst das den Ergänzungsanspruch auf den restlichen Geldpflichtteil aus. Dieser ist bereits nach einem Jahr fällig, sofern der Erblasser dafür nicht eine eigene Stundungsanordnung getroffen hat (§§ 763, 765 Abs 2 ABGB).

⁴⁸ Gleiches gilt, wenn sich der aufgeschobene Nutzenzufluss aus einer bestehenden Belastung der Zuwendung ergibt und nicht auf der letztwilligen Anordnung über die Zuwendung beruht (Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ § 762 Rz 6; aA Zollner/Pitscheider, PSR 2016, 19; differenziert Umlauf in FS Eccher 1202ff, der solche Lasten nur der Billigkeitskontrolle des § 766 Abs 2 ABGB unterwerfen will).

⁴⁹ Schauer/Motal/Reiter/Hofmair/Wöss, Erbrechtsreform: Paradigmenwechsel oder Window Dressing? JEV 2015, 40 (53); aA Kalss/Cach, SWK 2015, 660.

⁵⁰ ME Erläut 100/ME 25. GP 25.

⁵¹ Siehe die Stellungnahmen von Hügel 41/SN-100/ME 25. GP 8f und Schauer 25/SN-100/ME 25. GP 19f. Der in beiden Stellungnahmen zwischen § 780 Abs 2 und § 765 Abs 2 ABGB ME vermutete Widerspruch hätte sich mE nach der Lex-specialis-Regel beheben lassen.

⁵² Schauer in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht NEU 68; Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ §§ 766–768 Rz 3 mwN.

⁵³ Unter den Voraussetzungen der Billigkeitskontrolle des § 766 Abs 3 ABGB kommt durch richterliche Gestaltung eine Verlängerung auf zehn Jahre in Betracht.

e) Exkurs: Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung nach § 781 Abs 2 Z 5 ABGB

Unter Zuwendung iSd § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB können mE nicht ausnahmslos nur Zuwendungen auf den Todesfall iSd § 780 ABGB verstanden werden.⁵⁴ § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB enthält keinen einschränkenden Verweis auf diese Legaldefinition und der Gesetzgeber spricht in den Erläuterungen zu § 781 ABGB, der die anrechnungspflichtigen Schenkungen definiert, auch von „Zuwendungen zu Lebzeiten“, einer „lebzeitigen Zuwendung“ und von „Zuwendungen unter Lebenden“.⁵⁵ Zugegebenermaßen können die Restriktionen des Stundungsrechts für den überwiegenden Teil der unter § 781 ABGB fallenden Schenkungen keine Bedeutung haben, weil sie als zweiseitige Rechtsgeschäfte annahmbedürftig sind und nur unter der Voraussetzung der Annahme eine Deckungswirkung iSd § 761 ABGB entfalten können.⁵⁶ Auf eine zu Lebzeiten eingeräumte Begünstigtenstellung (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB), die der Begünstigte nicht als Deckung (durch vertraglichen Verzicht auf deren Zurückweisung) akzeptiert hat, trifft das allerdings nicht zu.⁵⁷ Wird mit ihr einseitig eine Pflichtteilsdeckung beabsichtigt, ist sie einer letztwilligen Verfügung funktionsgleich. Auch besteht nach § 766 Abs 1 ABGB keine formale Anforderung, die Stundungsanordnung in Form einer letztwilligen Verfügung zu treffen.⁵⁸ Sowohl aus Gründen der Wortinterpretation als auch aus teleologischen Erwägungen wird daher zumindest auch die Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Stiftung iSd § 781 Abs 2 Z 5 ABGB ohne einen vertraglichen Verzicht auf deren Zurückweisung durch den Begünstigten als Zuwendung iSd § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB zu behandeln und an § 766 ABGB zu messen sein. Zum selben Ergebnis kommt man, wenn man eine solche Begünstigtenstellung hinsichtlich der erst nach dem Tod zur Ausschüttung gelangenden Zuwendungen § 780 Abs 1 ABGB zuordnet. Daher wird sich ihr für die Hinzu- und Anrechnung maßgeblicher Wert aus den bis zum Todeszeitpunkt gewährten Zuwendungen und dem zum Todestag zu ermittelnden Wert der künftigen Zuwendungen (bewertet nach den Grundsätzen der §§ 762, 766 ABGB) zusammensetzen.⁵⁹

Im Folgenden soll anhand gegenteiliger Positionen im Schrifttum der hier vorgeschlagene Lösungsweg genauer dargelegt werden.

⁵⁴ AA Umlauf in FS Eccher 1193f; Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ § 762 Rz 6, §§ 766–768 Rz 2. RV 688 BlgNR 25. GP 32f.

⁵⁵ Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ § 762 Rz 6; vgl dazu auch Umlauf in FS Eccher 1204f.

⁵⁶ Eccher, Das Spannungsverhältnis zwischen Pflichtteilsberechtigung und Begünstigtenstellung bei einer Stiftung, in Schurr (Hrsg), Handbuch des Vermögensschutzes (2015) 238.

⁵⁷ Cach/Brehm, JEV 2015, 142.

⁵⁸ RV 688 BlgNR 25. GP 33; siehe dazu Schauer, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 205f.

D. Bisherige Stellungnahmen in der Lehre

Arnold⁶⁰ hält es für unzutreffend, bei der An- und Hinzurechnung nur Zuwendungen innerhalb des möglichen Stundungszeitraums zu berücksichtigen. Er beruft sich auf den Wortlaut des § 781 Abs 2 Z 5 ABGB und auf eine den Gesetzesmaterialien zugrundeliegende Gesamtkonzeption, ohne dies weiter auszuführen.

Dieselbe Meinung vertritt Klampff⁶¹ mit dem Verweis auf das Ziel der Erbrechtsreform 2015, die Nachfolge in Unternehmen und andere Nachlässe mit hohem Vermögenswert und geringer Liquidität zu erleichtern. Dieses Ziel wäre nur begrenzt zu erreichen, wenn Zuwendungen wie ein Rentenanspruch, ein Fruchtgenussrecht oder eine Begünstigtenstellung nach den Liquiditätsanforderungen der Stundungsbestimmungen zu beurteilen wären.

Auch Hügel/Aschauer⁶² legen den Fokus auf § 762 ABGB. Sie folgern, dass zB bei einer auf Lebenszeit eingeräumten Begünstigtenstellung die auf die Lebensdauer zufließenden Ausschüttungen zu kapitalisieren seien und mit dem Barwert die Pflichtteilsdeckung bestimmen würden. Mit dem Spannungsverhältnis zu § 766 ABGB setzen sie sich nicht auseinander. Die Stundungsregelung wird von ihnen nur im Zusammenhang mit anderen legistischen und systematischen Mängeln des ErbRÄG 2015 einer kurzen rechtspolitischen Kritik unterzogen (insbesondere die nach Ansicht der Autoren mangelnde Eignung der neu geschaffenen Stundungsmöglichkeit, Unternehmen mit schwacher Finanzierungs- und Ertragskraft vor unerwünschter Gefährdung zu bewahren).

Kalss⁶³ unterstellt, dass § 762 ABGB von § 766 ABGB nicht verdrängt werde. Zum Verhältnis der beiden Normen führt sie aus, dass diese miteinander „korrelieren“ würden und die mangelnde Verwertungsmöglichkeit einer Zuwendung die Stundung „ergänzen“ könne.

Aus dem Kreise jener, die § 762 ABGB den Vorzug einräumen, hat sich Giller⁶⁴ ausführlicher mit dem Problem auseinandergesetzt. Er argumentiert zum einen historisch und will aus dem Gesetzgebungsprozess und der Streichung des § 762 ABGB ME nach Kritik in der Begutachtung eine „eindeutige Tendenz in Richtung möglichst weitreichender Gestaltungsfreiheit des Erblassers“ erkennen. § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB hält er für ein wertungswidersprüchliches Redaktionsversehen. Unter teleologischen Gesichtspunkten argumentiert er, dass eine Durchbrechung des § 762 ABGB durch das Stundungsregime dazu führen würde, „dass zeitliche Belastungen des Pflichtteils anders behandelt wer-

⁶⁰ GesRZ 2015, 353.

⁶¹ JEV 2015, 135f.

⁶² In Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 237 ff (243 f, 262).

⁶³ In Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht NEU 95 (114).

⁶⁴ JEV 2016, 61 ff.

den sollen als Belastungen anderer Art“, was nicht sachlich sei. Schließlich, so *Giller*, könnte der Pflichtteilsberechtigte entgegen dem Erblasserwillen übermäßig bedacht werden, wenn er zwar die ganze Zuwendung erhalte, diese aber nur teilweise deckungswirksam wäre.⁶⁵

*Schauer*⁶⁶ schließt aus dem Ablauf der Gesetzwerdung, dass es im Rahmen des § 762 ABGB nicht darauf ankomme, ob dem Pflichtteilsberechtigten innerhalb des zulässigen Stundungszeitraums ein liquider Gegenwert zufließt.⁶⁷ Auf das dogmatische Verhältnis zu § 766 geht er nicht weiter ein. Vorrangig sei auf die durch die Zuwendung verschaffte Rechtsstellung und deren Bewertung abzustellen. Andererseits beanstandet *Schauer*, dass § 766 Abs 2 ABGB nur die verfügte Stundung des Geldpflichtteils der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterwirft, und plädiert für eine analoge Anwendung auf dem Geldanspruch vergleichbare Vermächtnisse. Insofern bleiben *Schauers* Ansichten zu dem Problem ambivalent.

*Zollner/Pitscheider*⁶⁸ thematisieren das Zusammenspiel von Stundungsgrenzen und Unanfechtbarkeit verwertungsschädlicher Bedingungen und Belastungen. Sie konstatieren einen offensichtlichen Widerspruch und stellen zur Diskussion, nur letztwillig angeordnete Einschränkungen der Verwertbarkeit an § 766 ABGB zu messen, nicht jedoch solche, die schon zu Lebzeiten begründet worden sind.

Barth/Pesendorfer,⁶⁹ die hauptverantwortlichen Legisten des ErbRÄG 2015, schreiben, dass eine sukzessive oder zeitlich aufgeschobene Deckung funktionsgleich zur angeordneten Stundung sei. In diesem Fall sei gem § 766 Abs 2 ABGB zu prüfen, ob der Wert der Zuwendungen nach Ablauf des Stundungszeitraums den vollen Wert des Pflichtteils erreicht habe, andernfalls der (restliche) Geldpflichtteil gefordert werden könne.

Der Ansicht von *Barth/Pesendorfer* hat sich *Umlauf*⁷⁰ mit folgenden Ergänzungen angeschlossen. Eine mit aufgeschobenen Zuwendungen verbundene Deckung sei als konkludente Stundung iSd § 766 Abs 1 Satz 2

ABGB zu werten und unterliege denselben Einschränkungen. Um zu vermeiden, dass der Pflichtteilsberechtigte am Ende des Stundungszeitraums den Geldpflichtteil und die Zuwendung erhält, will *Umlauf* für letztwillig verfügte Aufschübe dem Pflichtteilsberechtigten nach Ablauf der Stundungsfrist ein Wahlrecht einräumen. Bei Option für den Geldpflichtteil unter Anrechnung des bisher Erhaltenen soll er weiter gehende Ansprüche auf das Zugesagte verlieren. Entscheidet er sich für das Behalten der Zuwendung, ist sie ihm uneingeschränkt mit dem vollen Barwert zum Todestag anzurechnen.⁷¹ Wird hingegen etwas zugewendet, dessen eingeschränkte Verwertbarkeit eine erstreckte Deckung bewirkt, die nicht auf dem Erblasserwillen beruht (zB eine Kreditforderung gegenüber Dritten), soll in Analogie zu § 766 Abs 2 ABGB eine Billigkeitsprüfung greifen. Der Pflichtteilsberechtigte soll dann nach Billigkeit zwischen dem Geldpflichtteil oder der Zuwendung wählen können.⁷²

Den Auffassungen von *Barth/Pesendorfer* sowie von *Umlauf* sind im Wesentlichen auch *Musger*,⁷³ *Eccher*⁷⁴ und *Verweijen*⁷⁵ gefolgt.

E. Eigene Ansicht

1. Erfordernis eines methodischen Zugangs nach der Lex-specialis-Regel

*Musger*⁷⁶ hat gemahnt, dass das Spannungsverhältnis des § 762 ABGB mit den Stundungsvorschriften einer methodisch schlüssigen Auflösung bedarf, was im Folgenden unternommen werden soll.

Scheinen zwei Rechtsnormen für einen Sachverhalt inkonsistente Rechtsfolgen anzuordnen, spricht man von Antinomie. Der Rechtsanwender hat in solchen Fällen primär zu prüfen, ob sich der Widerspruch nicht durch die in der Methodenlehre anerkannte Lex-specialis- oder Lex-posterior-Regel beheben lässt. Ist dies möglich, entpuppt sich der Gesetzeswiderspruch als scheinbare Antinomie.⁷⁷ Nur die unauflösbare Antinomie begründet eine Gesetzeslücke. Erst sie zwingt den Anwender, die beiden Normen durch andere Interpretationsbehelfe voneinander so abzugrenzen, dass ihnen unterschiedliche, aber jeweils noch real bedeutsame alternative Anwendungsbereiche verbleiben. Auf diese Weise hat sich in der Antinomie-Diskussion zum alten Erbrecht mehrheitlich die Auffassung gebildet, dass

⁶⁵ A. *Tschugguel* (EF-Z 2017, 111 f) kommt im Wesentlichen zum selben Ergebnis. Er will zwischen Stundung einerseits und Gestaltung der Pflichtteilsdeckung andererseits differenzieren und auf diese Weise den §§ 762, 766 ABGB unterschiedliche Regelungsbereiche zuweisen. Die Stundungsregeln will *Giller* ausnahmsweise nur beim „Ratenvermächtnis“ gelten lassen, weil es sich von der einfachen Stundung nur „rein konstruktiv“ unterscheidet, nicht jedoch beim „Rentenvermächtnis“ (JEV 2016, 63). Worin der Unterschied besteht, bleibt unklar.

⁶⁶ In *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU 62 (64, 68).

⁶⁷ Als Beispiel nennt er das Vermächtnis einer Rente.

⁶⁸ PSR 2016, 19.

⁶⁹ Erbrechtsreform 2015 (2015) 97; ebenso *Barth* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 181 FN 112; ihnen offenbar folgend *Kathrein* (Die Reform des österreichischen Erbrechts 2015 – Rechtspolitische Ziele, in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU [2015] 1, 8).

⁷⁰ In FS *Eccher* 1196 ff.

⁷¹ In FS *Eccher* 1199 f.

⁷² In FS *Eccher* 1202 ff.

⁷³ In *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ § 762 Rz 6.

⁷⁴ Erbrechtsreform Rz 139.

⁷⁵ ÖJZ 2016, 999.

⁷⁶ Vortrag, gehalten bei dem am 7. 10. 2016 von der Anwaltsakademie in Melk zum Thema „Erben und Vererben – jetzt und in Zukunft“ veranstalteten Seminar.

⁷⁷ *Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 6 Rz 27; *Kodek* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ (2015) § 6 Rz 165, 168.

eine pflichtteilsdeckende Zuwendung nicht ohne weiteres ausgeschlagen werden konnte.⁷⁸

Die Lex-specialis-Regel greift indes dann, wenn die im Verdacht des Widerspruches stehenden Normen nicht unvereinbar sind, sondern kumulativ angewendet werden können. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ihre Auslegung ergibt, dass der Anwendungsbereich der einen Norm die andere konkretisiert und daher gegenüber dieser als spezieller zu qualifizieren ist.⁷⁹ Im Folgenden wird der Versuch unternommen, aus systematisch-logischer Sicht aufzuzeigen, dass § 766 Abs 1 ABGB als Spezialnorm § 762 ABGB einschränkt und zwischen diesen Bestimmungen kein Widerspruch besteht. Weiters soll gezeigt werden, dass historische und teleologische Erwägungen diese Interpretation unterstützen.

2. Abgrenzung der Begriffe Zuwendung und Deckung in § 766 Abs 1 ABGB

Mit dem ErbRÄG 2015 wurde erstmals gesetzlich festgeschrieben, dass der Pflichtteil grundsätzlich in Geld zu leisten ist (§ 761 Abs 1 Satz 1 ABGB). Wenn § 756 ABGB vom Pflichtteil als Anspruch auf Teilhabe am Wert des Vermögens des Verstorbenen spricht, wird nur verdeutlicht, dass es sich dabei um ein Geldinteresse und nicht um eine (zwingende) Erbquote iSd § 532 ABGB handelt.⁸⁰ Das Gesetz stellt es dem Erblasser aber frei, den Pflichtteil durch eine Zuwendung auf den Todesfall des Verstorbenen (§ 781 ABGB) oder eine Schenkung unter Lebenden (§ 780 ABGB) zu decken (§ 761 Abs 1 ABGB). Erst das Fehlen einer (ausreichenden) Deckung löst den Geldanspruch auf den restlichen Wert aus (§ 763 ABGB).

Die Stundungsbestimmungen richten sich an den letztwillig verfügenden Erblasser (§ 766 Abs 1 ABGB). Sie differenzieren nicht zwischen der Erfüllung des Pflichtteils durch Geld oder Deckung. Auch die Deckung durch eine Zuwendung darf der letztwillig Verfügende zur Gänze oder teilweise nur auf den fünfjährigen Stundungszeitraum erstrecken (§ 766 Abs 1 Satz 2 ABGB). Um diese Regelung zu verstehen und richtig anzuwenden, müssen die Begriffe Zuwendung und Deckung auseinandergehalten werden. Mit Zuwendung ist eine der in § 780 ABGB bzw in § 781 Abs 2 Z 5 ABGB (siehe C.2.e) angeführten Rechtspositionen gemeint, die der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten einräumt. Die von ihr ausgehende Deckung wird indessen erst durch die konkreten ökonomischen Vorteile bewirkt, die dem Berechtigten daraus zukommen. Die Deckung ist der aus der Zuwendung folgende Vermögenszuwachs. Wird zB ein Fruchtgenussrecht eingeräumt, dann liegt die Zu-

wendung in der Einräumung dieses Rechts. Die Deckung ist in den Nutzungen (zB vereinnahmte Mietzinse oder persönliche Nutzung) zu erblicken, die der Fruchtgenussberechtigte daraus zieht. § 766 Abs 1 ABGB, der die zulässige Deckung durch eine Zuwendung auf den Stundungszeitraum einschränkt, bestimmt sohin, dass eine Zuwendung den Pflichtteil nur insoweit decken kann, als der Pflichtteilsberechtigte aus ihr innerhalb des Stundungszeitraums entsprechende Nutzungen ziehen kann. Jede andere Interpretation würde § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB seines Anwendungsbereichs berauben.⁸¹ Aus methodischer Sicht wäre es aber unhaltbar, dem Gesetzgeber zu unterstellen, dass er mit § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB eine zweck- und funktionslose Anordnung getroffen hätte.⁸²

Arnold,⁸³ der (auch) aus systematischen Erwägungen die gegenteilige Meinung vertritt, lässt § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB unerwähnt und beruft sich nur auf den Wortlaut des § 781 Abs 2 Z 5 ABGB. § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB muss aber aus den unter C.2.e) ausgeführten Gründen auch die Deckungswirkung aus der Einräumung einer Begünstigtenstellung nach § 781 Abs 2 Z 5 ABGB einschränken, die im Regelfall so wie eine letztwillige Zuwendung keiner Zustimmung des Begünstigten bedarf.

3. Kein Widerspruch zwischen § 762 und § 766 ABGB und Fälligkeit des ungedeckten Geldpflichtteils

Überträgt man die Unterscheidung zwischen Zuwendung und Deckung auf § 762 ABGB, löst sich der Widerspruch zu § 766 ABGB auf. In Abkehr zum Anfechtungssystem des alten Rechts besagt § 762 ABGB, dass sich grundsätzlich jede Zuwendung zur Deckung eignet, und ein fehlender bzw verminderter Nutzen bei der Bewertung zu berücksichtigen ist. Wird der Nutzen einer letztwilligen Zuwendung durch die sukzessive Struktur ihrer kausalen Deckungen gekürzt oder gemindert, greift bei deren Bewertung die Spezialnorm des § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB ein, ohne § 762 ABGB seinen Anwendungsbereich zu nehmen.⁸⁴ Nur solche Vermögensvor-

⁷⁸ Bydlinski in Rummel, ABGB³ § 6 Rz 27; Kodek in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ § 6 Rz 166.

⁷⁹ Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 Rz 172; Schauer in ABGB-ON^{1.01} § 6 Rz 12.

⁸⁰ RV 688 BlgNR 25. GP 23.

⁸¹ Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015 (2015) 97; Barth in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 181 FN 112; Verweijen, ÖJZ 2016, 999; Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkomentar⁵ § 762 Rz 6; Rabl, NZ 2015, 332; Umlauf in FS Eccher 1196 ff; anders Giller (JEV 2016, 62f), der § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB als Redaktionsversehen sieht, und A. Tschugguel (EF-Z 2017, 112), der den nach der hier vertretenen Ansicht relevanten Unterschied zwischen Deckung und Zuwendung negiert.

⁸² OGH 1. 3. 1971, 4 Ob 363/70 (verst Senat) JBl 1971, 525 = SZ 44/25; 19. 3. 1985, 4 Ob 27/85 Arb 10.447.

⁸³ GesRZ 2015, 353.

⁸⁴ Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkomentar⁵ § 762 Rz 6. Die Ansicht von A. Tschugguel (EF-Z 2017, 112), dass § 766 ABGB nur das Stundungsinteresse einschränkte, nicht indes das von § 762 ABGB erfasste Gestaltungsinteresse, überzeugt nicht. Die Stundungsmöglichkeit

teile, die innerhalb des maßgeblichen Stundungszeitraums liegen, können anerkannt und bei der Bewertung berücksichtigt werden. Ein zuwendungskausal Nutzen, der aus dem Stundungsrahmen herausfällt, hat außer Betracht zu bleiben. Bei der Bewertung einer Zuwendung, die zum maßgeblichen Stichtag⁸⁵ ex ante⁸⁶ zu erfolgen hat, ist sohin zu unterstellen, dass sie nur innerhalb des zulässigen Stundungszeitraums für den Berechtigten einen rechtlich anerkannten und sohin bezifferbaren Nutzen abwirft. Fallweise – unter den Voraussetzungen einer gerichtlichen Billigkeitskontrolle des § 766 Abs 3 ABGB – wird hierbei auch von dem auf zehn Jahre verlängerten Zeitraum ausgegangen werden können.

Wohl kann die beschriebene Rechtslage dazu führen, dass der Pflichtteilsberechtigte mehr als die Mindestquote erhält. Das wäre dann der Fall, wenn in die Bewertung nur die stundungskonformen Nutzenzuflüsse einfließen und dem Berechtigten zusätzlich zum ungedeckten Rest (Geldpflichtteil) die späteren Zuwendungsvorteile zukommen. Ein möglicher Konflikt mit dem Erblasserwillen kann daraus aber nicht entstehen.⁸⁷ Wer die Verteilung seines Nachlasses plant, muss auf die Stundungsbestimmungen Bedacht nehmen. Hierbei kann freilich nicht darauf vertraut werden, dass das Gericht einen intendierten Stundungszeitraum von mehr als fünf Jahren durch rechtsgestaltende Anordnung nach § 766 Abs 3 ABGB vollziehen wird. Der Erblasser hat es aber in der Hand, entweder die Deckung auf die zulässige Stundungsdauer einzuschränken oder anzuordnen, dass eine wirtschaftlich wertvollere Zuwendung verwirkt, wer auf dem Geldpflichtteil besteht (Sozinische Kautel). Mit der Bewertungslösung hat das ErbRÄG 2015 die Sozinische Kautel (im Unterschied zum ME – siehe C.2.c) nicht gesetzlich geregelt. Zur Vermeidung einer unerwünschten Doppelbegünstigung ist der privatautonome Gestaltungswille des letztwillig Verfügenden gefordert. Damit hat die Klausel im neuen Recht zur Absicherung einer Nachlassplanung an Bedeutung gewonnen.⁸⁸

Dem Vorschlag von *Barth/Pesendorfer* und *Umlauf*,⁸⁹ den Ergänzungsanspruch auf den Geldpflichtteil ex post, nach Ablauf der Stundungsfrist aufgrund der tat-

dient auch einem Gestaltungsinteresse des Testators. Umgekehrt bezwecken alternative Deckungen häufig eine Stundungswirkung (siehe C.2.d)). Die Anwendungsbereiche und Regelungsziele beider Normen überschneiden sich.

⁸⁵ Zuwendungen auf den Todesfall sind zum Todestag zu bewerten (§ 780 Abs 2 ABGB). Zu den Besonderheiten einer Begünstigtenstellung nach § 781 Abs 2 Z 5 ABGB siehe C.2.e)).

⁸⁶ *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 206; ebenso *Verweijen*, ÖJZ 2016, 999.

⁸⁷ *AA Giller*, JEV 2016, 63.

⁸⁸ *Rabl*, NZ 2017, 147.

⁸⁹ *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 97; ebenso *Barth* in *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 181; *Umlauf* in *FS Eccher* 1198f; diesen folgend: *Musger* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ § 762 Rz 6; *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 139.

sächlichen Nutzenzuflüsse zu berechnen, kann nicht gefolgt werden. Ihre Überlegungen orientieren sich noch am Konzept des § 765 Abs 2 ABGB ME, der keinen Eingang in das Gesetz gefunden hat. Wenn § 766 Abs 2 ABGB davon spricht, dass der restliche Pflichtteil in den Fällen des Abs 1 am Ende der Stundungsfrist gefordert werden kann, dann kann damit nur ein Zahlungsaufschub gemeint sein, der sich gegebenenfalls aus einer für den Geldpflichtteil verfügbaren Stundungsanordnung ergibt. Die erstreckte Deckung durch eine Zuwendung kann aber nicht dazu führen, dass ein allfälliger Ergänzungsanspruch automatisch gestundet wird. Nach der hier vertretenen Auffassung kann der entsprechend dem Ergebnis der Bewertung (siehe 4.) ungedeckte Geldpflichtteil gem § 765 Abs 2 ABGB ein Jahr nach dem Tod eingefordert werden.

Das dem Pflichtteilsberechtigten von *Umlauf* zuerkannte Recht, sich am Ende des Stundungszeitraumes an Stelle der Zuwendung für den Geldpflichtteil zu entscheiden, trägt noch Elemente der Anfechtungslösung, die vom ErbRÄG 2015 gestrichen wurde. Dieser Vorschlag würde einer gesetzlich angeordneten Sozinischen Kautel und einem Eingriff in die Privatautonomie des Erblassers gleichkommen,⁹⁰ zu dem kein Grund besteht.

4. Bewertungsprozess

Grundsätzlich wird es bei der Bewertung einer Zuwendung auf den (objektivierten) Verkehrswert (fair market value) ankommen (sog gemeiner Wert iSd § 305 ABGB). Das ist der Preis, der im hypothetischen Verkaufsfall am Markt für die Rechtsposition gewöhnlicherweise erlöst werden könnte.⁹¹ Das bedeutet nicht, dass es einen Markt für die Zuwendung geben muss, um ihr einen Wert zuweisen zu können. Sie wird aber, etwa im Fall höchstpersönlicher Rechte, zumindest solche Nutzungsmöglichkeiten vermitteln müssen, deren wirtschaftlicher Vorteil sich iS von ersparten Aufwendungen bzw Beschaffungskosten, Nutzung von Gebrauchsvorteilen etc in Geldwert ausdrücken lässt (Nutzenzuflüsse iwS, wie zB der Mietwert eines Wohnungsgebrauchsrechts). Subjektive Komponenten werden – im Sinne einer Zumutbarkeitsprüfung – eine positive Bewertung dann mindern oder ausschließen, wenn der Berechtigte aus dem Zugewendeten im Einzelfall kaum oder überhaupt keine konkreten Vorteile für sich ziehen kann, weil es sich für ihn als reine „Farce“ erweist.⁹²

Die zur Unternehmensbewertung entwickelten Grundsätze (KFS/BW 1) des Stichtagsprinzips und der Zukunftsorientierung können auch für § 762 ABGB frucht-

⁹⁰ *Eccher*, Erbrechtsreform Rz 139. Insofern erscheint die Kritik von *A. Tschugguel* (EF-Z 2017, 111) an der Ansicht von *Umlauf* berechtigt.

⁹¹ Siehe dazu *Aschauer*, Unternehmensbewertung bei erbrechtlichen Bewertungsanlässen, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 72.

⁹² Kritisch *Giller*, JEV 2016, 65; vgl OGH 29. 1. 2002, 5 Ob 14/02y.

bar gemacht werden.⁹³ Der Wert ist zum jeweiligen Stichtag festzustellen. Abzuleiten ist er aus den zu diesem Stichtag prognostizierten Nutzenzuflüssen (zB Ratenzahlungen, Dividenden, Mieten, Ausschüttungen aus einer Stiftung, hypothetischer Veräußerungs- oder Liquidationserlös, Mietwert aus einem Gebrauchsrecht etc), jeweils abgezinst auf den Gegenwartswert (present value) des Stichtags. In jedem Fall werden aber im Sinne des oben unter Punkt 3. Ausgeführten in die Bewertung nur solche konkreten Nutzenzuflüsse eingehen können, die der Pflichtteilsberechtigte nach der zum Stichtag angestellten Einschätzung innerhalb des relevanten Stundungszeitraums konsumieren wird oder konsumieren könnte.

Die Prognose für das Ausmaß und insbesondere auch den Zeitpunkt des zukommenden Nutzens wird immer von den Umständen des Einzelfalles abhängen. Die geschätzte Lebenserwartung des Berechtigten aus einem Rentenvermächtnis kann keine Rolle spielen, wenn sie die Stundungsfrist überdauert.⁹⁴ Den Wert einer vinkulierten oder durch sonstige Beschränkungen gebundenen Gesellschaftsbeteiligung wird sich der Pflichtteilsberechtigte nur insoweit anrechnen lassen müssen, als ihm zwar zu einem späteren Zeitpunkt, aber zumindest noch innerhalb der Stundungsfrist ein wertwahrender Exit aus der Gesellschaft möglich ist.

Der Wert der Begünstigtenstellung in einer Unternehmensträgerstiftung wird sich nicht einfach durch Zuschreibung eines anteiligen Wertes der von der Stiftung gehaltenen Beteiligung abbilden lassen; selbst dann nicht, wenn nach der Stiftungserklärung alle Begünstigten gleich zu behandeln sind. Ob, in welchem Verhältnis oder Ausmaß und wann Beteiligungserträge der Stiftung zur Ausschüttung an den Begünstigten gelangen, hängt von den spezifischen Regelungen in der Stiftungserklärung und den darauf gegründeten Entscheidungen des Stiftungsvorstandes ab, dem auch ein Ermessen eingeräumt sein kann. Ebenso wenig kann dem Begünstigten ein fiktiver Anteil am Liquidationswert der gestifteten Beteiligung zugerechnet werden, solange nicht sichergestellt ist, dass er innerhalb des gesetzlichen Stundungszeitraums daran partizipieren kann. Insofern greifen die von *Hügel/Aschauer*⁹⁵ für die Bewertung einer Begünstigtenstellung angestellten Überlegungen noch zu kurz. Auch zur Frage, ob eine Begünstigtenstellung klagbare Ansprüche verleihen muss, um als Zuwendung anrechenbar zu sein, lassen sich keine pauschalen Aussagen machen.⁹⁶ Ein Ermessensbegünstigter kann

mit starken Einflussrechten auf die Stiftung ausgestattet sein. Der „Stiftungsplan“ wird es unter Umständen gerade darauf anlegen, ihm die alleinige Kontrolle über das Vermögen zu verschaffen. Unter dieser Voraussetzung wird ihm auch bei schwacher Ausgestaltung seiner Begünstigtenrechte das gesamte Vermögen der Stiftung zuzurechnen sein. Wer der Stiftungsorganisation hingegen nicht nahesteht, wird als Begünstigter nur jenen Erwartungswert als abfindungswirksam gegen sich gelten lassen müssen, der die im Voraus nach Art und Höhe bestimmbar, unentziehbaren und noch in der Stundungsfrist klagbaren Ansprüche repräsentiert.⁹⁷ Bei aufrechten Änderungsrechten eines Stifters, von denen die bewertungsgegenständliche Begünstigungsregelung nicht ausgespart bleibt, wird eine für § 762 ABGB relevante Werthaltigkeit auszuschließen sein.⁹⁸

5. Historische und teleologische Erwägungen

Jene Stimmen in der Lehre, die für eine vollständige Verdrängung des § 766 ABGB bei der Bewertung von Zuwendungen mit sukzessiver Deckung im Rahmen des § 762 ABGB plädieren, berufen sich auf grundlegende Regelungsziele des ErbRÄG 2015 (insbesondere *Arnold, Klampfl und Giller* – siehe D.). Diese Argumentation hält auch einer Prüfung aus historischer und teleologischer Sicht nicht stand. Zu keinem Zeitpunkt hat sich in den verschiedenen Phasen der Gesetzwerdung eine Absicht des Gesetzgebers erkennen lassen, die Balance zwischen Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht zu Lasten der zwingenden Ansprüche zu verschieben. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 hat am Pflichtteilsrecht nicht nur festgehalten, sondern dieses ausgeweitet und gegen Umgehungsstrategien besser bewehrt.

a) Ausbau des gesetzlichen Erbrechts der Pflichtteilsberechtigten

Indirekt wurde das Pflichtteilsrecht durch den **Ausbau des gesetzlichen Erbrechts des Ehegatten bzw eingetragenen Partners** erweitert. Großeltern (vgl § 757 Abs 1 ABGB aF) und Geschwister (vgl § 757 Abs 1 ABGB aF) sind neben ihm nicht mehr erbberechtigt (§ 744 Abs 1 ABGB). Der Anteil eines vorverstorbenen Elternteils wächst bereits dem Ehegatten bzw eingetragenen Partner zu (§ 744 Abs 1 ABGB).⁹⁹ Dadurch wird auch dessen Pflichtteil künftig eher höher ausfallen bzw

⁹³ *Aschauer in Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht 73.

⁹⁴ *AA Hügel/Aschauer in Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 235 (269).

⁹⁵ In *Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 262 ff (269 ff).

⁹⁶ RV 688 BlgNR 25. GP 33; siehe dazu ausführlich *Zollner/Pitscheider*, PSR 2016, 11 f.

⁹⁷ *Schauer in Barth/Pesendorfer* (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 206; Diskussionsbeitrag von *Aschauer in Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht und Erbrecht 84.

⁹⁸ Der im Entwurf für die Privatstiftungsgesetz-Novelle 2017 vorgeschlagene Ausbau der Änderungsrechte für den Stiftungsvorstand (§ 33 Abs 3 und 4 PSG idF 323/ME 25. GP) sollte sich im Hinblick auf die dort vorgesehenen Zustimmungsrechte der Begünstigten nicht bewertungsschädlich auswirken.

⁹⁹ Nach § 757 Abs 1 ABGB aF iVm § 737 ABGB aF kam es in der 2. Parentel noch zur Akkreszenz von einem kinderlos verstorbenen Elternteil an den anderen.

häufiger mit der Hälfte auszumessen sein.¹⁰⁰ Die Streichung der Pflichtteilsberechtigung von Aszendenten (§ 757 ABGB), die nur selten schlagend geworden ist, ändert nichts an dieser tendenziellen Ausweitung der Pflichtteilslast.

b) Wirtschaftliche statt typisierende Betrachtungsweise bei der Erfassung unentgeltlicher Zuwendungen

Durch das Anerkennen der **wirtschaftlichen Betrachtungsweise** im Pflichtteilsrecht wurde der Anwendungsbereich der **Hinzu- und Anrechnung** von Schenkungen und Vermögenszuwendungen für Zwecke der Ausmessung des Pflichtteils **ausgeweitet**. Das Netz, um mögliche Vermögensabflüsse als anrechnungspflichtige unentgeltliche Zuwendungen zu erfassen, wurde enghmaschiger geknüpft.

§ 781 Abs 2 ABGB enthält eine Auflistung von lebzeitigen Transfers aus dem Vermögen des Erblassers, die als **Schenkung** gelten sollen, und die bei der Ausmessung des Pflichtteils zu berücksichtigen sind, weil ihnen kein äquivalenter Zufluss in das Vermögen des Erblassers gegenübersteht. Dabei handelt es sich **nicht** um eine **taxative Aufzählung** bestimmter Tatbestände. Mit § 781 Abs 2 Z 6 ABGB wurde ein **Auffangtatbestand** angefügt, der als Schenkung „jede andere Leistung, die nach ihrem **wirtschaftlichen Gehalt** einem **unentgeltlichen Rechtsgeschäft** unter Lebenden **gleichkommt**“, definiert. In den Erläuterungen der RV findet sich dazu die Erklärung, dass damit alle sonstigen unentgeltlichen Vermögensverschiebungen gemeint sind, die, auch wenn sie keine Schenkung im technischen Sinne darstellen, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise den Empfänger der Zuwendung einseitig begünstigen bzw bereichern. Ausdrücklich werden als Beispiele **Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen** (sog entgeltfremde Verträge), die sich faktisch nur zugunsten einer Seite als Begünstigung auswirken können,¹⁰¹ oder Zuwendungen an ausländische Stiftungen oder Trusts genannt.¹⁰² Der Gesetzgeber hat somit die **wirtschaftliche Betrachtungsweise** im Pflichtteilsrecht verankert

und einer **typisierenden Betrachtungsweise**¹⁰³ **entgegengestellt**.¹⁰⁴ Für die Qualifikation einer Zuwendung als anrechnungsrelevante Schenkung kommt es auf die wirtschaftliche Substanz an. Das Pflichtteilsrecht wird damit gegen Umgehungen besser abgesichert, was die **Gestaltungsfreiheit des Erblassers** weiter **ein-schränkt**. Der geschmeidige, auf eine wirtschaftliche Betrachtung ausgelegte Schenkungsbegriff des § 781 ABGB lässt keinen Planungsspielraum mehr für eine „Flucht“ aus den Tatbeständen des Pflichtteilsrechts, womit Berater des Erblassers erfahrungsgemäß kokettiert haben, wenn im Rahmen einer Übergaberegulierung die Kontrolle über große Vermögen in bestimmte Hände übergeführt werden sollte.

Mit der Anerkennung der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ hat der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 auch die **Vermögensopfertheorie** auf eine **verlässliche Grundlage** gestellt.¹⁰⁵ Einigen Vertretern der Lehre mochte dieses Konstrukt deshalb fragwürdig erscheinen sein, weil dafür im Erbrecht anhin keine dogmatische Grundlage bestanden hat.¹⁰⁶ Mit dem ErbRÄG 2015 wurde das anders. Auf eine Legaldefinition und typisierende Umschreibung, was unter dem Begriff Vermögensopfer zu verstehen sei, hat der Gesetzgeber verzichtet.¹⁰⁷ Vielmehr wird das Auslösen der zweijährigen Frist für die Hinzu- und Anrechnung einer Schenkung an eine nicht pflichtteilsberechtigende Person (§ 782 Abs 1 ABGB), die Festlegung des Bewertungsstichtags (§ 788 ABGB) und der Beginn des Fristlaufes für die zeitlich beschränkte Haftung des nicht pflichtteilsberechtigenden Geschenknehmers (§ 792 ABGB) jeweils daran geknüpft, dass die **Schenkung „wirklich gemacht“** wurde. Ob der Erblasser vom Vermögen tatsächlich losgelassen hat, bleibt sohin einer flexiblen Einzelfallbeurteilung überlassen, bei der es auf die getroffenen Gestaltungen, deren wirtschaftlichen Gehalt und wohl auch auf die eigentlichen Absichten der Vertragsteile ankommt. Der Erblasser oder seine Berater werden jedenfalls nicht mehr hoffen dürfen, dass eine auch nur geringfügige oder unwesentliche Abweichung von einem bestimmten Tatbestand helfen könnte, der unbefristeten Anrechnung für eine Zuwendung zu entkommen.¹⁰⁸ Mehr Rechtssicherheit in die-

¹⁰⁰ Die Testierfreiheit wird vom neuen Recht stärker beschränkt (Zöchling-Jud in Rabl/Zöchling-Jud [Hrsg], Das neue Erbrecht 73 FN 11).

¹⁰¹ Dass es durch gesellschaftsvertragliche Abfindungsklauseln zu keiner Schmälerung von Pflichtteilsansprüchen kommen darf, wurde von der Rsp bisher nur in einem obiter dictum ausgesprochen (OGH 11. 2. 1997, 10 Ob 34/97 s GesRZ 1997, 106). Schauer (Nachfolge im Recht der Personengesellschaften, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer [Hrsg], Erbrecht und Vermögensnachfolge [2010] 1004) hat diese Aussage dahingehend konkretisiert, dass bei der Beurteilung einer gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung als entgeltlich oder unentgeltlich aus der Sicht des Pflichtteilsschutzes darauf Bedacht zu nehmen ist, ob aufgrund des unterschiedlichen Alters der Gesellschafter nur ein einseitiger Vermögenstransfer anzunehmen ist. Für solche Überlegungen findet sich nun in § 781 Abs 2 Z 6 ABGB eine gesetzliche Grundlage.

¹⁰² RV 688 BlgNR 25. GP 33.

¹⁰³ Vgl OGH 29. 9. 2016, 2 Ob 144/16i; 6. 8. 2015, 2 Ob 125/15v; 25. 2. 2016, 2 Ob 185/15t; vgl allerdings (auch schon mit einem Hinweis auf das ErbRÄG 2015) 27. 10. 2016, 2 Ob 145/16m NZ 2017, 20 = JBl 2017, 329.

¹⁰⁴ Zollner/Pitscheider, PSR 2016, 9f; aA offenbar Klampfl, JEV 2015, 125.

¹⁰⁵ RV 688 BlgNR 25. GP 34.

¹⁰⁶ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht III⁴ Rz 2366.

¹⁰⁷ Diesbezügliche Vorschläge zum ME hat der Gesetzgeber nicht umgesetzt – siehe zB die Stellungnahme von Hügél 41/SN-100/ME 25. GP 5.

¹⁰⁸ Siehe dazu Limberg, Bemessung der Pflichtteile nach Stiftern, in Eißelsberg, Jahrbuch Stiftungsrecht 09 (2009) 218f. In der bisherigen Diskussion zur Vermögensopfertheorie im neuen Recht dürfte dieser Aspekt noch nicht ausreichend bedacht

sem Zusammenhang hätte sich nur einseitig, zu Gunsten des letztwillig Verfügenden und zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten, ausgewirkt.

c) Kein Sondererbrecht für Unternehmen und keine befristete Anrechnung für Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte

Das Pflichtteilsrecht bedeutet einen massiven (mittelbaren) Eingriff in die Eigentumsfreiheit. Insofern kommt ihm eine eminente gesellschaftspolitische Bedeutung zu. Dem ErbRÄG 2015 ist verständlicherweise eine intensiv geführte Debatte vorangegangen, ob und mit welchen Umbauten am Pflichtteilsrecht überhaupt festgehalten werden soll.¹⁰⁹

Die ökonomische Relevanz des Pflichtteilsrechts liegt vor allem darin, dass von ihm ein Druck zur Aufgabe des Familieneigentums an Unternehmen oder zu deren Zerschlagung ausgehen kann. Von Experten des Unternehmensrechts wurden deshalb liquiditätsschonende Modelle für die Übertragung von KMUs und Familienunternehmen im Erbweg eingefordert. *Probst*¹¹⁰ hat zB eine aus den Ergebnissen der letzten zehn Jahre abzuleitende Mindestabfindung, verteilt über zehn Jahre, die nach Maßgabe künftiger Gewinne gegebenenfalls zu bessern sei, zur Debatte gestellt. *Kalss* wies wiederholt auf die besondere Volatilität und Risikostruktur von unternehmerischem Vermögen sowie darauf hin, dass dessen Wert vom Management und der passenden gesellschaftsrechtlichen Konzentration und Bündelung der Interessen seiner Eigentümer abhängt. Das auf die Teilung von stabileren und risikoresistenteren Werten ausgelegte Erbrecht sei dem nicht adäquat, weshalb unternehmerisches Vermögen in erbrechtlicher Hinsicht als Sondervermögen privilegiert werden müsse.¹¹¹ Die Umsetzung dieser Vorschläge wäre praktisch auf die Schaffung eines (an der anerbenrechtlichen Idee des Wohl-Bestehen-Könnens angelehnten) Sondererbrechts für Unternehmen hinausgelaufen. Im selben Zusammenhang hat sich *Kalss* mit anderen auch für eine Befristung der Anrechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte ausgesprochen.¹¹²

Aus Gründen der Gleichbehandlung sind dagegen gewichtige kritische Stimmen laut geworden. So hat *Wel-*

worden sein (siehe dazu *Umlauf*, Das Vermögensopfer nach dem ErbRÄG 2015, NZ 2017, 241).

¹⁰⁹ Siehe dazu *Rabl*, NZ 2015, 322 f.

¹¹⁰ Aktuelles zur Erbrechtsnovelle, Kathrein Privatbank UnternehmerCircle 2014, 20. Als Mitglied einer vom BMJ eingesetzten Arbeitsgruppe war *Probst* an der Diskussion und Ausarbeitung jenes internen Entwurfes beteiligt, der dem ME zugrunde lag (*Pesendorfer*, Hintergründe und Ziele der Reform, in *Barth/Pesendorfer* [Hrsg], Praxishandbuch des neuen Erbrechts 7). In ihrer Stellungnahme zum ME hat die Industriellenvereinigung das von *Probst* vorgeschlagene Unternehmensnachfolgemodell nochmals in die Diskussion eingebracht (37/SN-100/ME 25. GP 4f).

¹¹¹ NZ 2015, 52 f; *Kalss*, *ecolex* 2015, 271.

¹¹² NZ 2015, 54.

ser bezweifelt, ob es gerecht sei, wenn sich ein Pflichtteilsberechtigter, der schon zeit seines Lebens von der Familie zurückgesetzt wurde, auch noch eine Kürzung seines Pflichtteils gefallen lassen müsse, um die heimische Wirtschaft zu fördern.¹¹³ Der Gesetzgeber hat sich schlussendlich auch nicht zu den geforderten Einschnitten in das Pflichtteilsrecht durchgerungen. Diese rechtspolitische Entscheidung fügt sich zur Rsp des VfGH, der zum AnerbenG erkannt hat, dass Eingriffe in das Pflichtteilsrecht den Vermögensschutz des Art 1 1. ZP und des Art 5 StGG berühren, sohin dessen Wesensgehalt respektieren und die Kriterien des öffentlichen Interesses und der Verhältnismäßigkeit erfüllen müssen.¹¹⁴ Der Vorschlag von *Kalss*, auch die Hinzunahme und Anrechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte zu befristen, hat zwar noch Eingang in den ME gefunden (zehn Jahre – § 781 Abs 3 ABGB ME), wurde aber nach starker Kritik in der Begutachtung nicht in das ErbRÄG 2015 übernommen.

d) Begrenzte wirtschaftliche Vorteile der Stundungsbestimmungen

Auch anhand der Ausgestaltung des **Stundungsrechts** lässt sich nachzeichnen, dass der Gesetzgeber dem Anliegen, das Pflichtteilsrecht in besonderer Weise **unternehmensfreundlich auszugestalten, nicht entgegengekommen** ist. Der Erblasser kann die Stundung des Pflichtteils für höchstens fünf Jahre anordnen (§ 766 Abs 1 ABGB). Diese ist einer Billigkeitskontrolle zu Gunsten (§ 766 Abs 2 ABGB – Verkürzung) und zu Lasten (§ 766 Abs 3 ABGB – Verlängerung bis zehn Jahre) des Pflichtteilsberechtigten unterworfen. Die Erstreckung auf zehn Jahre ist nur unter besonders berücksichtigungswürdigen Umständen möglich und dem Gericht vorbehalten (§ 766 Abs 3 ABGB). Für den Erben ist damit nicht wirklich viel gewonnen. Die Stundung ändert nichts an der Fälligkeit von einem Jahr nach dem Tod (§ 765 Abs 2 ABGB), ab der der Anspruch mit dem gesetzlichen Satz von **4%** per anno **zu verzinsen** ist (§ 778 Abs 2 ABGB), was bei niedriger Zinsenlandschaft eher eine Bürde bzw. Barriere für einen friktionslosen Unternehmensübergang sein kann.¹¹⁵ Außerdem ist der gestundete Anspruch auf Antrag **sicherzustellen** (§ 768 ABGB). Das kann den wirtschaftlichen Nutzen aus dem Leistungsaufschub weitgehend zunichtemachen, zumal es für das Sicherstellungsbegehren **keiner objektiven Gefährdungslage** bedarf. Eine subjektive Besorgnis des Berechtigten genügt.¹¹⁶

Das spezifische **Interesse am Fortbestand eines Unternehmens** findet im Gesetz nur **rudimentär** im Zusam-

¹¹³ *Welser*, NZ 2012, 5.

¹¹⁴ VfGH 9. 12. 2015, G 165/2015 JBI 2016, 96.

¹¹⁵ *Schauer* in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU 66; *Brehm*, Zak 2017, 89 mwN.

¹¹⁶ *Brehm*, Zak 2017, 89; *Musger* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ §§ 766–768 Rz 8.

menhang mit der Möglichkeit der **gerichtlichen Stundungsanordnung** bei **unbilliger Härte** (grundsätzlich auf **fünf Jahre**, in **besonders berücksichtigungswürdigen Fällen auf zehn Jahre**) in § 767 Abs 1 Satz 3 ABGB Erwähnung.¹¹⁷ Nach dieser Bestimmung sind die Interessen des Pflichtteilsberechtigten bei der Abwägung jedoch stärker zu gewichten als nach § 766 Abs 2 ABGB.¹¹⁸ Aus § 767 ABGB lässt sich daher wohl **kaum eine übergreifende Wertung** des Gesetzgebers ableiten, zur Förderung von Unternehmensnachfolgen **sukzessive Deckungsmodelle** zu billigen, die den zeitlichen Rahmen des **Stundungssystems insgesamt sprengen**.

Festzuhalten bleibt, dass die Stundungsregeln hinter den unter c) beschriebenen Erwartungen, betriebliches Vermögen von den gewöhnlichen Anforderungen des Pflichtteilsrechts spürbar zu entlasten, zurückgeblieben sind. Das ErbRÄG 2015 hat dem Unternehmens-Erben nur die Wohltat eines möglichen Zeitgewinns von (in der Regel) fünf Jahren zur Abtragung der Pflichtteilslast beschert, der auch vom Gericht gewährt werden kann, wenn ihn nicht schon der Verstorbene gem § 766 Abs 1 ABGB letztwillig angeordnet hat (§ 767 ABGB).¹¹⁹ Darüber hinausweisende Regelungsziele sind dem Gesetz nicht zu entnehmen. Dass der Gesetzgeber Vorschläge aus Lehre und Praxis nicht erwartungsgemäß umgesetzt hat, kann die Rechtslage nicht als wertungswidersprüchlich erscheinen lassen.¹²⁰ Im Hinblick auf die zahlreichen Vorschläge und Stellungnahmen, die von den verschiedensten Seiten zum Gesetzwerdungsprozess beigesteuert wurden, wird davon auszugehen sein, dass dem Gesetzgeber die einschlägige Problemlage bewusst war.

Außerdem darf nicht übersehen werden, dass Rsp und Lehre schon zum **alten Recht** Anhaltspunkte für die **Zulässigkeit** einer **sukzessiven Pflichtteilsdeckung** gesehen haben (siehe B.2.).¹²¹ Mit dem ErbRÄG 2015 und der gänzlichen **Abkehr** von der **Anfechtungslösung** des § 774 ABGB aF (§ 762 ABGB ME) wurde für entsprechende Gestaltungen nur die für Pflichtteilsberechtigte wie für Pflichtteilsschuldner gleichermaßen wünschenswerte **Rechtssicherheit** geschaffen. Die **Kehrseite** der Beseitigung der gesetzlichen Unschärfen der Anfechtungslösung besteht allerdings darin, dass auch die **zeitlichen Grenzen** für **stundungswirksame For-**

men der **Hinterlassung präzisiert** und der Testierfreiheit insofern im Vergleich zum früheren Recht auch klarere Grenzen gesetzt wurden.¹²² Dass der im Aufschub des Zuflusses liegende Nachteil im Unterschied zu anderen Formen der Belastung dadurch, dass er einer starren zeitlichen Grenze unterworfen wird, in unsachlicher Weise unterschiedlich geregelt werde,¹²³ lässt sich nicht sagen. Die zeitliche Höchstgrenze liegt in der Natur des Stundungsrechts als *lex specialis*. Sie gilt unterschiedslos für alle Formen eingeschränkter Verwertung, sofern sie sich (auch) auf den Zeitfaktor auswirken.

e) Bewertung statt Anfechtung und nachträglicher Verwertbarkeitsprüfung

Aus der Abkehr von der Anfechtungslösung des § 774 ABGB aF kann daher nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber Abstriche vom Erfordernis der Verwertbarkeit einer Zuwendung machen wollte, um den Gestaltungsspielraum für sukzessive Deckungsformen zu erweitern.¹²⁴ Der Gesetzgeber ist von der Anfechtungslösung abgerückt, weil sie die Rechtspraxis mit den unter B.2. und C.2.c) geschilderten Unsicherheiten belastet hat. Demnach hing eine erfolgreiche Verfolgung des Geldpflichtteils nicht nur der Höhe, sondern auch dem Grunde nach davon ab, ob die Zuwendung zur Deckung bezweckt und grundsätzlich verwertbar war und in welchem Umfang verwertungsschädliche Bedingungen zum Wegfall gebracht werden konnten. War der Zuwendung die Tauglichkeit zur Pflichtteilserfüllung von vornherein abzuspochen und der Geldpflichtteil zuzuerkennen, konnte dies wiederum die Gefahr einer Irrtumsanfechtung des Testaments nach sich ziehen. Die Bewertungslösung vereinfacht hingegen den Zugang des Pflichtteilsberechtigten zum fehlenden Geldpflichtteil. Sie entlastet ihn und die anderen Beteiligten von den mit der Anfechtungslösung sonst verbundenen Prozess- und Kostenrisiken.¹²⁵ Geringere Anforderungen an die Verwertbarkeit einer Zuwendung folgen aus ihr nicht. Im Rahmen der Schätzung nach § 762 ABGB ist sowieso der hypothetische Marktwert eines zugeordneten wirtschaftlichen Vorteils zu beziffern (siehe E.4.). Unverwertbaren, dh wertlosen Zuwendungen kann auch im Rahmen der Bewertungslösung des § 762 ABGB kein Wert zugemessen werden. Sie können den Geldpflichtteilsanspruch nicht ersetzen.

¹¹⁷ Es wird (neben dem Schutz des Unternehmens als Lebensgrundlage des Pflichtteilsschuldners – § 767 Abs 1 Satz 2 ABGB) nur als Grund für die gerichtliche Stundung genannt (§ 767 Abs 1 Satz 3 ABG).

¹¹⁸ Verweijen, ÖJZ 2016, 998f; Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkommentar⁵ § 766–768 Rz 3.

¹¹⁹ Kalss in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht NEU 109.

¹²⁰ Vgl jedoch Giller, JEV 2016, 62.

¹²¹ Ausführlich dazu Giller, JEV 2014, 18, der schon vor dem ErbRÄG 2015 dafür plädierte, dem Nachteil, der in der zeitlichen Verzögerung des Anfalls liegt, auf der Bewertungsebene Rechnung zu tragen.

¹²² Siehe Rabl, NZ 2017, 147.

¹²³ So Giller, JEV 2016, 63.

¹²⁴ Hügel/Aschauer in Barth/Pesendorfer (Hrsg), Praxishandbuch des neuen Erbrechts 238.

¹²⁵ Wer sich in der Einschätzung eines Nutzens vergriffen und deshalb überklagt hat, dem wird nach der Bewertungslösung die Kostenregel des § 43 Abs 2 ZPO zugutekommen. Die Überprüfung der Deckungseignung und Verwertbarkeit einer Zuwendung unter dem Anfechtungssystem war indes nicht als Ermessensentscheidung des Gerichts iS dieser Bestimmung zu betrachten.

Ebenso wenig lässt die Streichung des § 765 Abs 2 ME auf eine Absicht des Gesetzgebers schließen, die Verwertungsanforderungen zu Lasten des Noterben zu verdünnen. Vom ME war offenbar bezweckt, die Deckung aus gestundeten oder stundungswirksamen Zuwendungen nach Ablauf der Stundungsfrist (ex post) einem Liquiditätstest zu unterziehen. Der Entwurf hat das allerdings bei der Fälligkeit des Geldpflichtteils zu undeutlich formuliert (siehe C.2.d)). Das war in der Begutachtung kritisiert worden. Eine nachträgliche Überprüfung der Verwertbarkeit des Nutzenzuflusses hätte auch dem Prinzip der Zukunftsorientierung des vom ErbRÄG 2015 vollständig implementierten Bewertungssystems (siehe E.4.) widersprochen. Der im Fall einer sukzessiven Deckung dem zwingenden Pflichtteilsrecht geschuldete Schutz wurde daher systemkonform in den Regeln über die Stundungsvoraussetzungen (§ 766 Abs 1 Satz 2 ABGB) untergebracht. Die damit aufgestellten Schranken schneiden auf der Bewertungsebene eine Verwässerung der Deckung insofern ab, als projektierte Nutzenzuflüsse jenseits des maßgeblichen Stundungshorizontes auszublenden sind.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

- Der Gesetzgeber des ErbRÄG 2015 hat die Anfechtungslösung des § 774 ABGB aF beseitigt. § 762 ABGB schließt aus, dass einer Zuwendung wegen verwertungsschädlicher Bedingungen oder Belastungen die Eignung zur Deckung des Pflichtteils aberkannt werden kann. Ein daraus fehlender oder verminderter Nutzen ist nur bei der Bewertung zu berücksichtigen (Bewertungslösung).
- Die Bewertungslösung schafft Rechtssicherheit für die Erfüllung und Regulierung von Pflichtteilsansprüchen; insbesondere für die Ausmittlung und Erlangung eines fehlenden Geldpflichtteils. Das liegt sowohl im Interesse des letztwillig Verfügenden als auch des Pflichtteilsberechtigten.
- Aus systematischer Sicht schränkt das Stundungsregime des § 766 ABGB (grundsätzlich fünf Jahre, unter besonders berücksichtigungswürdigen Umständen durch richterlichen Eingriff zehn Jahre) als *lex specialis* auch eine Stundung (sukzessive Deckung) in Form von (nicht annahmebedürftigen) Zuwendungen iSd § 761 Abs 1 ABGB ein (§ 766 Abs 1 Satz 2 ABGB).
- Der Prozess der Gesetzwerdung sowie historische und teleologische Erwägungen bestätigen dieses Ergebnis. Das ErbRÄG 2015 ist nicht von der Absicht getragen gewesen, zur Erleichterung der Nachfolge in große Vermögen den Teilhabeanspruch der

Pflichtteilsberechtigten zu Gunsten der Testierfreiheit wesentlich einzuschränken. Vorschläge in dieser Richtung hat der Gesetzgeber bewusst nicht aufgegriffen. Weil mit der Bewertungslösung für stundungswirksame Formen der Hinterlassung des Pflichtteils Rechtssicherheit geschaffen wurde, wurden andererseits von dem auf einen fairen Interessenausgleich bedachten Gesetzgeber auch die zeitlichen Grenzen dafür präziser gezogen.

- Nutzenzuflüsse aus einer erstreckten Deckung, die nicht innerhalb des relevanten Stundungszeitraums lukriert werden oder lukriert werden können, sind bei der Bewertung nach § 762 ABGB auszuschneiden.
- Für die Bewertung nach § 762 ABGB ist in sinngebender Heranziehung der für eine Unternehmensbewertung geltenden Grundsätze (KFS/BW 1 – Stichtagsprinzip und Zukunftsbezogenheit) der Marktwert der Zuwendung zum jeweiligen Bewertungsstichtag ex ante zu bestimmen. Die im Rahmen der Bewertung vorzunehmende Feststellung des hypothetischen Marktwerts einer Zuwendung ersetzt die nach der Anfechtungslösung erforderliche Prüfung der Verwertbarkeit. Grundsätzlich kommt es auf den objektivierten Verkehrswert an. Subjektive Komponenten sind dann als wertmindernd zu berücksichtigen, wenn sich aus der Zuwendung für den Berechtigten (als bloße „Farce“) keine konkreten wirtschaftlichen Vorteile ergeben.
- Auch ein nach dem Ergebnis der Ex-ante-Bewertung ungedeckter Pflichtteil (Geldpflichtteil) ist ein Jahr nach dem Tod fällig (§ 765 Abs 2 ABGB), sofern ihn der Verstorbene nicht letztwillig gestundet hat. Entgegen der Ansicht von *Barth/Pesendorfer* und *Umlauf* steht der ungedeckte Pflichtteil nicht erst auf Grund einer ex post, am Ende des Stundungszeitraums vorgenommenen Feststellung zur Einforderung an. Der Pflichtteilsberechtigte hat entgegen der Meinung von *Umlauf* auch kein Wahlrecht, am Ende des Stundungszeitraums an Stelle der Zuwendung den Geldpflichtteil zu verlangen. Einer unerwünschten Mehrzuwendung muss der umsichtige Testamentsverfasser durch die Sozinische Kautel vorbeugen, der im neuen Recht gesteigerte Bedeutung zukommt.

Über den Autor:

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

a.hofmann@hofmannlaw.at

In diesem wissenschaftlichen Beitrag werden Fragen überlegt, die für ein anhängiges Verfahren bedeutsam sind, an dem der Autor beteiligt ist.