

Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M.  
Wirtschaftsuniversität Wien

Univ.-Lektor RA Dr. Stephan Probst  
Partner der NEUDORFER Rechtsanwälte

# Privatstiftung – Pflichtteilsansprüche

1. BEFRIEDIGUNG DER PFLICHTTEILSANSPRÜCHE
2. ANRECHNUNG
3. AUSBLICK

## 1. BEFRIEDIGUNG DER PFLICHTTEILSANSPRÜCHE

In allen wirtschaftlich und rechtlich sorgsam geplanten Unternehmensnachfolgen – mit oder ohne Heranziehung einer Privatstiftung – wird die vertragliche Vereinbarung der Übergabe an den Unternehmensnachfolger mit entsprechenden vertraglichen Regelungen zwischen dem Unternehmer und seinen anderen Kindern und dem Ehepartner begleitet. Kernstück mit den nicht zur Unternehmensnachfolge bestimmten Personen sind finanzielle Versorgungsleistungen und insbesondere Pflichtteilsverzichtvereinbarungen. Die Übergabe einerseits und der Abschluss dieser ausgleichenden Regelungen andererseits sollten Hand in Hand vorgenommen werden und das Ergebnis eines ausgewogenen Diskussions- und Entscheidungsprozesses sein, um dauerhaft Akzeptanz und Vertrauen aller Betroffenen zu sichern.<sup>1)</sup> Ein Pflichtteilsverzicht hat hohe Bedeutung, zumal er die Möglichkeit bietet, sich mit der Nachfolge im Unternehmen und mit den anderen potenziell Erbberechtigten bereits zu Lebzeiten auseinanderzusetzen und mögliche Streitigkeiten nach dem Tod des Unternehmers hintanzuhalten.

Gelingt hingegen der Abschluss eines Pflichtteilsverzichts nicht oder sind die ausgleichenden Gestaltungen sowohl in rechtlicher als auch in wirtschaftlicher Sicht unzulänglich ausformuliert, sind der Übernehmer und allenfalls auch das Unternehmen selbst der Gefahr ausgesetzt, in lange Streitigkeiten um die Pflichtteilsergänzung einbezogen zu werden und beträchtliche Mittel zur Befriedi-

gung von Pflichtteilsansprüchen aufbringen zu müssen. Um ein Unternehmen dauerhaft in der Familie halten zu können, ist Vorsorge zu treffen, dass nicht alle Familienmitglieder zu gleichen Teilen beteiligt werden, vielmehr ist die Konzentration und Bündelung der Anteile anzustreben. Die Privatstiftung findet gerade in ihrer Bündelungswirkung der Anteile ihre Rechtfertigung. Zugleich ist aber ein angemessener vermögensmäßiger Ausgleich unter den Berechtigten herzustellen. Möglich und zulässig ist es etwa, die Kinder als Begünstigte einzusetzen. Überwiegend werden werthaltige aktuelle Begünstigtenpositionen auch als pflichtteilstauglich gehalten. Werden hingegen für die Pflichtteilsdeckung keine geeigneten Zuwendungen gemacht oder decken sie den Pflichtteilsanspruch nicht ab, haben die jeweils Berechtigten, dh der Ehepartner und die Kinder, einen Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Nachlass und nach der Einantwortung des Nachlasses gegen den oder die Erben. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch zielt auf einen schuldrechtlichen Ausgleich in Geld.

## 2. ANRECHNUNG

Damit Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht ins Leere gehen, weil sich der Unternehmer rechtzeitig seines Vermögens begeben hat, ordnet das ABGB für bestimmte Vermögensleistungen die Anrechnung an. Neben der Anrechnung von Vorempfängen und Vorschüssen gem § 788 f ABGB (sogenannter Nachlasspflichtteil) sieht das Gesetz auch eine Pflichtteilserhöhung bei bestimmten Schenkun-

1) S Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 21/18 ff, 41 ff, 191 ff.

gen des Erblassers vor. Der Erblasser soll die ihn treffenden Pflichtteilsansprüche nicht dadurch vereiteln können, dass er vor seinem Tod noch Dispositionen tätigt, die sein Vermögen zulasten der Pflichtteilsberechtigten vermindern. Die Anrechnungsregelungen schränken die Freiheit der Vermögensdisposition des Erblassers ein. Sie dienen dem Schutz der Pflichtteilsberechtigten und sind, soweit ein Pflichtteilsanspruch besteht, logische, sinnvolle und flankierende Ergänzungen dieses Anspruchs.

Welche Schenkungen werden in die Anrechnung einbezogen? Der Begriff der Schenkung gem § 785 ABGB ist weit zu verstehen. Umfasst werden alle einseitigen und zweiseitigen unentgeltlichen Zuwendungen. Maßgeblich ist das Fehlen einer Gegenleistung. Schenkungen aus sittlicher Pflicht fallen aus der Pflichtteilsbemessung heraus. Jedenfalls sind aber auch Zuwendungen der Privatstiftung an begünstigte Personen in analoger Anwendung von § 785 ABGB und § 951 ABGB erfasst.<sup>2)</sup> Der Schenkungspflichtteil ist aus dem Nachlass zu entrichten. Nur wenn der Nachlass nicht ausreicht, kann gem § 951 ABGB auch der Beschenkte durch Klage verhalten werden, an dem Ausgleich mitzuwirken. Zu beachten ist dabei, dass nach der Judikatur die Verjährungsfristen parallel laufen, sodass beim schlichten Verdacht, dass der Nachlass nicht ausreicht, unbedingt sowohl den Nachlass bzw die Erben als auch der Beschenkte zu klagen ist. Widrigenfalls verjährt der Anspruch gegen den Beschenkten, wenn doch auf ihn gegriffen werden muss.<sup>3)</sup>

§ 785 Abs 3 ABGB bezieht nur Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Personen in die Anrechnung ein, die der Erblasser in den letzten zwei Jahren vor seinem Tod gemacht hat bzw die in dieser Zweijahresfrist getätigt worden sind. Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen sind jedenfalls – ohne jede Befristung anrechenbar. Der Grund der Zweijahresfrist liegt darin, dass das Gesetz nur die letzte Zeit vor dem Tod des Erblassers wegen der Umgehungsgefahr als kritisch ansieht. Die Umgehungs- und die Verkürzungsgefahr sind umso naheliegender, wenn der Erblasser die faktischen Folgen einer Schenkung selbst nicht spürt. Gemeint ist damit der Übergang der rechtlichen und wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis. Hat sich der Erblasser tatsächlich schon länger dieser Verfügungsgewalt begeben, so spürt er die nachteiligen Folgen der Schenkung längst. Maßgeblich für die Auslösung der Fristen gem § 785 Abs 3 ABGB sind der Umstand, dass eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung auf Übertragung des Vermögens eingegangen wurde und der Beschenkte eine sachenrechtliche Eigentümerstellung erhalten haben muss, ohne dass der Schenker den Ei-

gentumsübergang jederzeit wieder rückgängig machen kann. Die Kombination dieser beiden Elemente wird bündig mit dem Begriff der Vermögensopfertheorie umschrieben.<sup>4)</sup>

Wann ist nunmehr die Schenkung im Sinn von § 785 Abs 3 ABGB gemacht? Für eine Festlegung dieses Zeitpunkts sind mehrere Differenzierungen erforderlich. Die Spürbarkeit der Schenkung setzt sich aus mehreren Komponenten zusammen. Gemeint sind damit die rechtliche Verfügbarkeit, das Ausmaß über das er tatsächlich verfügt hat und das Ausmaß über das er wieder verfügen kann. Die Differenzierung ist danach vorzunehmen,

- ob das hingebene Vermögensgut jederzeit wieder erlangbar ist (rechtliche Verfügbarkeit)
- in welcher Höhe es wieder erlangbar ist und
- ob die Verfügungsmacht nur partiell aufgegeben worden ist, da noch Komponenten der vollen Verfügungsmacht gegeben sind.

#### a) Rechtliche Verfügbarkeit

Die rechtliche Verfügungsbefugnis ist noch nicht zur Gänze aufgegeben, wenn der Schenker die Sache jederzeit durch die Ausübung eines einfachen Gestaltungsrechts, etwa durch einen freien Widerruf zurückverlangen kann. Bei einer Schenkung gem § 938 ABGB läuft die Zweijahresfrist daher grundsätzlich

mit dem Abschluss des Vertrages und der Übertragung des Eigentums. Behält sich allerdings ein Schenker etwa gerade bei einer vorweggenommenen Erbfolge jedenfalls für eine bestimmte Zeit ein jederzeitiges Widerrufsrecht vor, hat er die Verfügungsbefugnis rechtlich noch nicht aufgegeben und die Schenkung noch nicht gemacht. Während dieser Erprobungsphase läuft die Zweijahresfrist nicht. Bei einer Schenkung auf den Todesfall beginnt die Zweijahresfrist ebenfalls nicht zu laufen, da der Schenker noch über die Sache verfügt. Qualifiziert man eine Schenkung auf den Todesfall überhaupt als Vermächtnis, fällt die geschenkte Sache zu Zwecken der Anrechnung ohnehin in den Nachlass. Bei einer Widmung von Vermögen an eine Privatstiftung läuft die Zweijahresfrist parallel wie bei einer Schenkung erst, wenn der Stifter seine rechtliche Verfügungsbefugnis aufgegeben hat, dh wenn er nicht mehr ohne Weiteres durch einseitigen Akt die Vermögenswidmung an sich rückgängig machen kann, etwa wenn er ein jederzeitiges und voraussetzungsloses Widerrufsrecht hat, wenn ihm ein weitgehendes jederzeitiges Änderungsrecht zukommt und er auf das Stiftungsvermögen greifen kann. Schließlich führen auch sonstige weitreichende Einflussrechte des Stifters, die ihm die rechtliche Verfügungsbefugnis über das gewidmete Vermögen belassen, etwa die Bestimmung der Begünstigten, dazu, dass die rechtliche Verfü-

2) OGH 8 Ob 115/11m, PSR 2012/35.

3) OGH 1 ob 139/12s, JEV 2012/ 28, 138.

4) OGH 10 Ob 45/07a.

gungsbefugnis noch besteht und die Schenkung nicht gemacht wurde. Die Frist von zwei Jahren läuft nicht.

### b) Ausmaß

Die einseitige Wiederverfügbarkeit, dh das schenkungs- oder stiftungsrechtliche Widerrufs- oder Änderungsrecht muss nicht auf den gesamten zugewendeten Teil ausgerichtet sein. Der Schenker kann das Widerrufsrecht auch nur auf einen Teil des zugewendeten Vermögens beziehen, der Stifter nur ein Teiländerungsrecht haben. Die rechtliche Verfügungsmacht ist dann nur für den nicht widerrufbaren Teil bereits übergegangen. Für diesen Vermögensteil läuft die Zweijahresfrist ab Eigentumsübergang. Für den sonstigen, noch widerrufbaren Teil wird die Frist eben erst mit Aufgabe der Widerrufbarkeit ausgelöst. Die Beschränkung der Widerrufbarkeit kann nicht nur privatautonom festgelegt werden, vielmehr setzt auch das zwingende Recht Grenzen. Jedenfalls ist die steuerliche und gebührenrechtliche Belastung anlässlich einer Vermögensübertragung oder Rückübertragung abzuziehen und beginnt für diesen Teil jedenfalls die Zweijahresfrist sofort. Der Schenker bzw Stifter erlangt beim Widerruf oder bei einer sonstigen Ausübung eines Gestaltungsrechts nicht mehr den vollen zugewendeten Betrag zurück, sodass nur mehr der maximal erlangbare Betrag anzurechnen ist.

### c) Wirtschaftliche oder faktische Verfügungsbefugnis

Die Übertragung des rechtlichen Eigentums ist nicht unbedingt mit der vollen wirtschaftlichen (faktischen) Verfügungsbefugnis über eine Sache verbunden. So kann sich der Schenker oder übernehmende Unternehmer ein Fruchtgenussrecht oder ein sonstiges dingliches Gebrauchs- oder Nutzungsrecht vorbehalten. Die rechtliche Verfügungsbefugnis im Sinne der Veräußerbarkeit und Belastbarkeit des Vermögens ist jedenfalls übergegangen. Der übergebende Schenker kann das Eigentum auch nicht mehr jederzeit rückerlangen. Dennoch hat er wirtschaftlich in einem bestimmten Ausmaß noch die Verfügungsbefugnis. Die Einschränkung der wirtschaftlichen Verfügungsbefugnis ändert aber nichts an der Zweijahresfrist, sondern ist nur bei der Bewertung des Geschenkes voll zu berücksichtigen. Entgegen der Judikatur<sup>5)</sup> ist die Bewertung nicht nur danach vorzunehmen, ob überhaupt eine Schenkung vorliegt, vielmehr ist der volle versicherungsmathematisch ermittelte Wert des Fruchtgenussrechts vom Wert der geschenkten Sache abzuziehen (vgl noch unten Punkt 4). Nur dieser Differenzwert, nämlich der Wert der gesamten geschenkten Sache minus dem Wert des Fruchtgenussrechts ist als geschenkte Sache anzusehen; für diesen Betrag beginnt daher die Zweijahresfrist mit der Schenkung zu lau-

fen. Dieser Differenzwert bildet die Bemessungsgrundlage für die Pflichtteilsberechnung und für die Ausmittlung der allfälligen Pflichtteilsergänzungsansprüche. Allein in dem Fall, in dem ein Übergeber und Fruchtgenussberechtigter nach Übertragung der Sache nachträglich auf sein Fruchtgenussrecht verzichtet, liegt in der vorzeitigen Aufgabe dieser Rechtsposition eine neuerliche Schenkung des Übergebers zugunsten des beschenkten Übernehmers. Der Restwert des Fruchtgenussrechts ist nunmehr zu bewerten und als zweite Schenkung zu qualifizieren, wofür neuerlich eine Zweijahresfrist ausgelöst wird.

Die Differenzierung für die Auslösung der Zweijahresfrist für die unterschiedlichen Formen der Schenkung lassen sich in einem Schaubild zusammenfassen und verdeutlichen: siehe Seite 32.

### d) Bemessungsgrundlage für die geschenkte Sache und die Ermittlung des Schenkungspflichtteils

Die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung des Schenkungspflichtteils ist im Gesetz unterschiedlich geregelt und wird von der Judikatur widersprüchlicher und nicht interessengerecht ausgelegt.

*Der Beginn der Zweijahresfrist ist bei Pflichtteilsansprüchen von wesentlicher Bedeutung.*

§ 785 und § 794 ABGB unterscheiden zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen und Bargeld. Bargeld wird entsprechend der Inflation auf-

gewertet. Bewegliche Sachen sind nach dem Wortlaut zum Todeszeitpunkt zu bewerten. Die Judikatur bewertet auch unbewegliche Sachen im Endergebnis zum Todeszeitpunkt, wenngleich der Zeitpunkt und nicht der Todeszeitpunkt der maßgebliche Ausgangspunkt ist.<sup>6)</sup> Nach der Judikatur ist vom Wert der geschenkten Sache im Zeitpunkt des Erbanfalls auszugehen. Dabei ist der Zustand des Geschenkes zum Zeitpunkt des Empfangs zu fingieren. Bei der Berechnung sei zu prüfen, welchen Wert die Verlassenschaft hätte, wäre die pflichtteilsbeeinträchtigende Schenkung unterblieben.<sup>7)</sup> Der Pflichtteilsberechtigte sei daher so zu stellen, wie er stünde, wäre die Schenkung unterblieben. Allein wertverändernde Umstände, die auf den Beschenkten selbst zurückzuführen sind, seien von der Bewertung auszuklammern.<sup>8)</sup> Weder ist die Wertverminderung der Sache durch den gewöhnlichen Gebrauch des Beschenkten zu vertreten, noch sind Wertsteigerungen einzubeziehen, die allein auf die Tätigkeit des Zuwendungsempfängers zurückzuführen sind. In der Lehre wird bereits seit langem eine Vereinheitlichung der Regelungen von beweglichen und unbeweglichen Sachen vorgeschlagen. Generell ist danach mit dem Gesetzeswortlaut bei unbeweglichen Sachen auf den Wert im Zuwendungszeitpunkt, dh auf den Schenkungszeitpunkt, abzustellen, der dann zu valorisieren ist. Dies trifft für Immobilien ebenso zu wie für Unternehmen

5) Zuletzt OGH 7 Ob 248/11p, JEV 2012, 101.

6) S zuletzt nur OGH 7 Ob 248/11p, JEV 2012, 101 als Beispiel einer langen Judikaturkette.

7) OGH 7 Ob 188/01z; OGH 6 Ob 54/11a.

8) OGH 4 Ob 138/02a; OGH 6 Ob 154/06z.

oder Unternehmensanteile oder sonstige mobile Gegenstände wie Kunstwerke. Die kurz dargelegte Judikatur ist bereits im Ansatz abzulehnen und konsequent fortzuentwickeln, wobei für eine neue interessengerechte Auslegung folgende Leitlinien heranzuziehen sind:

- Alle Sachen sind nach den gleichen Grundsätzen in die Anrechnung einzubeziehen.
- Maßgeblich ist der Wert der Sache zum Empfangszeitpunkt (Übergabezeitpunkt).
- Der Geldwert zum Empfangszeitpunkt ist auf den Todeszeitpunkt aufzuwerten.

Mit dieser Vorgehensweise kann Rechtssicherheit unter den Beteiligten geschaffen werden. Aleatorische Elemente im Zeitablauf zwischen der Schenkung und dem Tod des Schenkers (Erbanfall) werden dadurch ausgeschlossen. Zudem werden negative Anreize, eine Sache gut zu bewirtschaften, ausgeschlossen. Aufgrund der von vornherein gegebenen Rechtssicherheit wird auch ein Rechtsfriede unter den Beteiligten hergestellt. Maßgeblich ist damit der Wert, den der Beschenkte zum damaligen Empfangszeitpunkt bezahlt hätte, hätte er die Sache nicht geschenkt erhalten, sondern hätte er sie erworben. Zum Todeszeitpunkt ist somit für die Anrechnung der Geldwert der Schenkung im Schenkungszeitpunkt zu ermitteln. Zu bestimmen ist – nachträglich – was der Beschenkte zum Zeitpunkt der Schenkung tatsächlich bezahlt hätte. Dieser fiktive Kaufwert (Geldwert) ist in einem zweiten Schritt auf den Zeitpunkt des Todes aufzuwerten. Diese Valorisierung bildet nur die Geldentwertung ab, wofür in Regelfall der Verbraucherpreisindex herangezogen werden kann. Maßgeblich ist der Perspektivenwechsel zur aktuellen Judikatur. Nun wird nicht mehr danach beurteilt, ob das Unternehmen oder eine sonstige Sache nicht an den Beschenkten übergeben worden wäre; vielmehr ist zu beurteilen, zu welchem Preis der Beschenkte diese zum Zeitpunkt des Empfangs gekauft hätte.

Zu empfehlen ist daher bei einem derartigen Vorgehen und einer Schenkung, den Zustand der übernommenen Sache, insbesondere eines Unternehmens oder einer Liegenschaft durch Sachverständige dokumentieren und bewerten zu lassen.<sup>9)</sup> Bei einer Bewertung zum Übergabezeitpunkt spielt die weitere Entwicklung, dh gutes oder schlechtes Wirtschaften durch den Übernehmer, keine Rolle mehr. Unerheblich ist auch, ob das Unternehmen, ein Gesellschaftsanteil oder eine Liegenschaft oder ein Kunstgegenstand nachträglich veräußert wird. Die nachträgliche Veräußerung wirkt sich auf die Wertermittlung und die Ausmittlung der Bemessungsgrundlage für den Pflichtteilsergänzungsanspruch nicht mehr aus.

Diese Sichtweise macht eine vorweggenommene Schenkung rechtssicher, planbar und interessenswährend. Deutlich zeigt sich dies etwa an dem Beispiel einer Liegenschaftsschenkungen:

*Ein Vater schenkt im Jahr 1988 in vorweggenommener Erbfolge seinen drei Kindern einen Teil seines Vermögens. Das Vermögen besteht aus einer Liegenschaft mit einem Verkehrswert von 20 Mio Schilling, weiters verfügt er über Barmittel im Ausmaß von 10 Mio Schilling. Die Liegenschaft wird geteilt; jede Tochter erhält eine Liegenschaftshälfte; der Sohn erhält das Bargeld sodass jedes Kind 1988 ein Vermögen von 10 Mio Schilling erhält. Eine Tochter behält die Liegenschaft, die zweite Tochter verkaufte ihre Liegenschaft ein Jahr nach der väterlichen Schenkung 1989 um 10 Mio Schilling (zum damaligen Zeitpunkt wertkongruent) und der Sohn verwendet das Geld, um eine Familie zu gründen und eine berufliche Existenz aufzubauen. Der Vater stirbt Anfang 2013. Beide Liegenschaftshälften haben nun aufgrund einer Umwidmung und aufgrund der Ansiedelung interessanter Betriebe in der Nahregion den Wert von jeweils 30 Mio Euro (wohlgemerkt nicht Schilling).*

Der Bruder klagt nun seine beiden Schwestern auf Pflichtteilsergänzung und macht den Schenkungspflichtteil geltend, obwohl sie alle drei vor 25 Jahren den gleichen „Wert“ erhalten haben. Folgt man der Judikatur, sind die beiden Liegenschaften zum Zeitpunkt des Todes zu bewerten, wobei aber ihr (tatsächlich unveränderter) Zustand beim Empfang zu berücksichtigen ist. Die Tochter, die ihre

Liegenschaft behalten hat, wird den Ausgleich ggf. leisten können. Voraussichtlich muss sie hierfür zumindest einen Teil der geschenkten Sache veräußern. Die Wertsteigerung aus der neutralen Sphäre wird nach aktueller Rechtsprechung berücksichtigt. Die Pflichtteilsergänzung wird vom hohen Wert zum Todeszeitpunkt bemessen. Bei der Tochter, die ihr Grundstück 1989 verkauft hat, ist der hohe Wert zum Todeszeitpunkt ebenso maßgeblich, selbst wenn sie ehemals aus dem Grundstück nur 10 Mio Schilling lukriert hat. Wiederum ist der Wert der geschenkten Liegenschaft zum Todeszeitpunkt zu bewerten (als ob die Schenkung nicht stattgefunden hätte); dies unter Zugrundelegung des (unveränderten) Zustands der Liegenschaft im Empfangszeitpunkt: Diese Tochter kann den Pflichtteilsergänzungsanspruch aus dem Wert der geschenkten Sache unmöglich befriedigen! Noch deutlicher wird die Korrekturbedürftigkeit der aktuellen Judikatur, wenn man in dem angeführten Fall unmittelbar nach erfolgter Schenkung durch den Vater den Sohn die Liegenschaft seiner Schwester um 10 Mio Schilling ankaufen läßt. In diesem Fall hätte der Sohn die Wertsteigerung von 10 Mio Schilling auf 30 Mio Euro und zudem auch noch den vorbeschriebenen Pflichtteilsausgleich gegenüber seiner Schwester. Die genannten Beispiele (der erste Fall

---

*Die Wertbemessung einer Schenkung ist auf den Zeitpunkt der Schenkung zu machen und danach zu valorisieren.*

---

9) S dazu Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 21/221 ff.

ist vor wenigen Jahren durch namhafte Zahlungen an den Sohn außergerichtlich bereinigt worden) belegen, dass die aktuelle Judikatur weder sachgerecht, noch dem innerfamiliären Rechtsfrieden dienlich ist.

Bei dem hier vorgeschlagenen Perspektivenwechsel ist der Empfangszeitpunkt für alle drei maßgeblich. Die Bewertung ist auch im Jahr 2013 für das Jahr 1988 nachholbar. Nach dem ersten Schritt der Bewertung ist eine Aufwertung des jeweiligen Geldbetrags vorzunehmen. Der aufgewertete Betrag ist jeweils gleich hoch, es besteht daher kein Pflichtteilsergänzungsanspruch.

Die gleichen Überlegungen können für Unternehmensanteile oder Kunstgegenstände angestellt werden, deren Wert oft nicht wegen der Tüchtigkeit des beschenkten Übernehmers steigt, sondern aufgrund allgemeiner Markttrends. Ein Bruder oder eine Schwester, der oder die ein Bar Geschenk erhalten oder den Anteil oder Gegenstand sofort veräußert hat, hat bei dieser Sichtweise keinen Pflichtteilsergänzungsanspruch. Angesichts der gleichen Behandlung durch die Eltern ist dies auch sachgerecht.

Besteht an einer geschenkten Sache ein Fruchtgenussrecht, so ist dieses bei der Wertermittlung der Sache im Zeitpunkt der Schenkung an die Pflichtteilsberechtigten zu berücksichtigen. Nach der aktuellen Judikatur wird ein Fruchtgenussrecht, das dem übergebenden Schenker selbst bisher kraft Eigentumsrecht zusteht und das er sich nunmehr vorbehält, im Rahmen der Schenkungsanrechnung nicht berücksichtigt.<sup>10)</sup> Nach der Judikatur könne die Belastung mit einem Fruchtgenussrecht bei der Schenkungsanrechnung gem § 785 ABGB außer Acht gelassen werden, weil der Fruchtgenuss ohnehin mit dem Tod des Schenkers erlösche. Der Fruchtgenuss wird allein bei der Frage, ob überhaupt eine Schenkung vorliegt, berücksichtigt. Wendet man nunmehr wie eben ausgeführt die Vorgehensweise an, dass die Bewertung der Sache im Zeitpunkt des Empfangs vorzunehmen ist, so bedeutet dies konsequenterweise auch eine Anwendung auf eine Schenkung unter Vorbehalt des Fruchtgenusses. Wenn der Übergeber seinen Anteil an den Übernehmer verschenkt und sich ein Fruchtgenuss bis zu seinem Tod vorbehält, erwirbt der Übernehmer zwar sofort Eigentum an dem Anteil. Die Nutzung behält sich der Erblasser und Übergeber vor. Diese Nutzung hat einen Wert, der nicht dem Beschenkten zukommt, sondern dem Schenker. Diese Vorgehensweise führt somit zur Minderung der Vermögenszuwendung. Daher ist ein Fruchtgenussrecht, das sich der Übergeber vorbehält, im Rahmen der Bewer-

tung der Sache, dh der Ermittlung der Höhe des Geschenkes zu berücksichtigen. Zu prüfen ist daher nicht nur, ob überhaupt eine Schenkung vorliegt, sondern wie sich der Abzug des Werts des Nutzungsrechts auf den Wert des Geschenkes auswirkt, dem Beschenkten entgeht ja eine jahrelange Nutzungsmöglichkeit. Sachgerecht ist es daher auch hier, vom Geldwert der geschenkten Sache im Zeitpunkt des Empfangs auszugehen. Dabei ist auch das Fruchtgenussrecht des übergebenden Erblassers in die Bewertung des Vermögensgegenstands zum Zeitpunkt der Übergabe nach versicherungsmathematischen Grundsätzen wie auch bei sonstigen Personen miteinzubeziehen.<sup>11)</sup> Der übernehmende Beschenkte erhält dadurch nicht mehr. Das Fruchtgenussrecht wird daher bei der Bewertung im Zeitpunkt der Zuwendung berücksichtigt und wirkt sich daher auf die Pflichtteilsbemessung und die Schenkungsanrechnung aus.

*Die gesetzliche Regelung sollten an die wirtschaftliche Realität angepasst werden.*

Deutlich zeigt sich das etwa bei einem Vergleich einer Übergabe einer Liegenschaft oder eines Unternehmensanteils durch einen 86-jährigen Vater mit Fruchtgenussvorbehalt an seine Tochter. Versicherungsmathematisch ist dieses Fruchtgenussrecht deutlich weniger wert als die Übergabe einer Liegenschaft oder eines Unternehmensanteils eines 58-jährigen Vaters an seine Tochter unter Fruchtgenussvorbehalt. Der Geldwert des jeweiligen Unternehmensanteils ist unter versicherungsmathematischer Berücksichtigung des Fruchtgenusswerts zu bewerten. Der versicherungsmathematische Wert des Fruchtgenussrechts zugunsten des 58-Jährigen ist deutlich höher als jener zugunsten des 86-Jährigen. Dies unabhängig davon, ob der 58-Jährige ein Jahr später an einem Sportunfall stirbt, oder der 86-jährige Vater noch ein schönes Jahrzehnt verlebt.

Der Übergeber kann durch die Auferlegung eines Fruchtgenussrechts eine Verminderung der Bemessungsgrundlage erlangen. Die Bewertung zugunsten des Schenkers ist somit in gleicher Weise vorzunehmen wie die Bewertung eines Fruchtgenussrechts gegenüber einem Dritten. Diese Gestaltung anerkennt auch die Judikatur.<sup>12)</sup> Für diese Sichtweise spricht auch der Umstand, dass bei einer alternativen Gestaltung ein gleiches wirtschaftliches Ergebnis erzielt werden kann. Wird etwa zu Lebzeiten für die Übergabe eines Vermögenswerts eine Rente ausbedungen, ist sie als wertmindernd zu berücksichtigen. Die Gesamtsumme der bezahlten Renten ist vom Wert der Schenkung abzuziehen. Die Wertermittlung folgt wiederum versicherungsmathematischen Grundsätzen.<sup>13)</sup>

10) S nur OGH 6 Ob 620/82; OGH 5 Ob 589/89; OGH 7 Ob 248/11p, JEV 2012, 101.

11) Robl, NZ 1999, 291, 299, 302; Schauer, JEV 2007, 90, 92; Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 21/247; aA OGH 7 Ob 248/11p, JEV 2012, 101.

12) OGH 7 Ob 188/01z; OGH 2 Ob 592/95.

13) OGH 2 Ob 185/04a.

### 3. AUSBLICK

Will man Rechts- und Planungssicherheit, Rechtsfrieden, nachhaltige Bewirtschaftbarkeit, und Transparenz schaffen, ist für alle Schenkungen und Zuwendungen ausschließlich auf die Bewertung zum Schenkungszeitpunkt samt angemessener Wertfortschreibung (Aufwertung) des ermittelten Betrages auf den Todeszeitpunkt abzustellen. Wünschenswert wäre es naturgemäß, wenn die gesetzlichen Regelungen und die Rechtsprechung an die ökonomische Realität angepasst werden und den Familienunternehmen im Zusammenhang mit dem Pflichtteilsregime der notwendige gesetzliche Bestandsschutz im Sinne der vorgestellten Bewertungsregelungen zugestanden wird und sich damit auch an dem anerbenrechtlichen Regelungsregime für landwirtschaftliche Betriebe orientiert. ■

### LEBENSÄUFE

Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss



Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M., promovierte 1989 an der Universität Wien und habilitierte sich 2000 an der Wirtschaftsuniversität für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht. Von 2000 bis 2003 hatte sie eine Professur für Privatrecht an der Universität Klagenfurt inne, seit Oktober 2003 ist sie Professorin für Zivil- und Unternehmensrecht an der Wirtschaftsuniversität.

Univ.-Lektor RA Dr. Stephan Probst  
Partner der NEUDORFER Rechtsanwälte



Dr. Stephan Probst betreut mit seinem Team die Gebiete Immobilienrecht, Familienunternehmen, Land- und Forstwirtschaft, Stiftungs- und Vereinsrecht. Als Mitglied diverser nationaler Fachausschüsse berät er Interessenvertretungen in der Phase der Gesetzgebung. Dr. Probst vertritt Familienunternehmen, Stiftungen, Vereine, Klöster sowie zahlreiche namhafte Land- und Forstwirtschaftsbetriebe in Österreich und Deutschland.



## SCHENKUNGSANRECHNUNG – PHASE VOR DEM TOD

Maßgebliche Zeitpunkte Art des Rechtsgeschäfts	Schuldrechtliche Verpflichtung	Sachenrechtlicher Eigentumsübergang (mit Belastungen)		Übergang der tatsächlichen uneingeschränkten rechtlichen und faktischen Verfüugungsmacht		Tod des schenkenden Stifters	
Schenkung gem § 938ff ABGB		Beginn des Fristenlaufs für die Schenkungsanrechnung	▶				
Schenkung gem § 938ff ABGB mit vertraglichem Widerrufsrecht				Beginn des Fristenlaufs für die Schenkungsanrechnung, wenn auf das Widerrufsrecht verzichtet wird	▶	Beginn des Fristenlaufs für die Schenkungsanrechnung, wenn auf das Widerrufsrecht nicht verzichtet wird	▶
Schenkung gem § 938ff ABGB mit Vorbehalt des lebenslangen Fruchtgenussrechtes		Beginn des Fristenlaufs für die Schenkungsanrechnung hinsichtlich des Differenzwertes (Substanzwert, vermindert durch den Ertragswert auf Fruchtgenussdauer)	▶				
Schenkung gem § 938ff ABGB mit Vorbehalt des lebenslangen Fruchtgenussrechtes (Verzicht)		Beginn des Fristenlaufs für die Schenkungsanrechnung hinsichtlich des Differenzwertes (Substanzwert, vermindert durch den Ertragswert auf Fruchtgenussdauer)	▶	Beginn des Fristenlaufs für die Schenkungsanrechnung hinsichtlich des verbliebenen Ertragswertes, weil aktiv auf das Fruchtgenussrecht verzichtet wurde	▶		
Schenkung auf den Todesfall gem § 956 ABGB						Erst mit dem Tod (Bedingung) ist die Schenkung umgesetzt	▶
Vermögenswidmung an die Privatstiftung mit Widerrufs- und Änderungsrecht				Mit der tatsächlichen Vermögenswidmung vermindert sich die Bemessungsgrundlage sofort um Eingangssteuern und Abgaben, die bei Ausschüttungen zwingend zu bezahlen sind	●	Mit Wegfall des Widerrufs- und Änderungsrechtes für den Zuwendenden oder dessen Tod beginnt der Fristenlauf für die Schenkungsanrechnung	▶
Vermögenswidmung an die Privatstiftung ohne Widerrufs- und Änderungsrecht				Mit der tatsächlichen Vermögenswidmung beginnt der Fristenlauf für die Schenkungsanrechnung	▶		