

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

147. JAHRGANG

04  
2015



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## BEITRÄGE

---

*Manfred Umlauf:*

Erbrechtsnovelle: Bewertungsfragen in Bezug auf Schenkungen Seite 121

---

*Mathias Walch:*

Zur Notariatsaktspflicht der Geschäftsanteilsübertragung bei zeitlichem Auseinanderfallen von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft Seite 126

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Resolutiv bedingtes negatives Testament Seite 139

---

Auslegung einer vertraglichen Gewährleistungszusage für die Freiheit von „Altlasten“ Seite 150

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 2015/44

## Erbrechtsnovelle: Bewertungsfragen in Bezug auf Schenkungen

Im Zusammenhang mit der geplanten und notwendigen Novellierung des Erbrechts werden in der Fachwelt diverse Fragen diskutiert. Unter den vielen Diskussionspunkten ist eine Frage zentral und von besonderer Bedeutung: Wie soll in Hinkunft die Bewertung von zu Lebzeiten erfolgten Schenkungen im Gesetz sachgerecht geregelt werden?

Von Manfred Umlauf

### Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangsgrundlage
- B. Derzeitige Gesetzes- und Meinungslage
- C. Kritik an der Rechtsprechung
- D. „Gegenbeispiel“
- E. Grundsatzüberlegungen
- F. Aktuelle Judikatur als Vorbild für die gesetzliche Regelung?
  1. Liegenschaften
  2. Unternehmen, Geld und sonstige bewegliche Sachen
  3. Kritik *Schauers*
- G. Schlussfolgerung und Verprobung des Ergebnisses
  1. Schlussfolgerung
  2. Verprobung der Ergebnisse

### A. Ausgangsgrundlage

In vielen Fällen wendet der (künftige) Erblasser zu seinen Lebzeiten eigenen Familienangehörigen (insbesondere Kindern, dem Ehegatten oder eingetragenen Partner), aber auch sonstigen Dritten (insbesondere dem Lebensgefährten) Vermögenswerte unentgeltlich zu. Solche Zuwendungen wirken sich insbesondere auf das Ausmaß der Erb- bzw Pflichtteilsansprüche des Zuwendungsempfängers selbst, aber auch auf jene der sonstigen Nachlassbeteiligten aus. Eine zentrale Frage in diesem Zusammenhang besteht darin, wie solche Zuwendungen, die mitunter lange Zeit vor dem Tod des Erblassers erfolgen, zu bewerten sind.

### B. Derzeitige Gesetzes- und Meinungslage

Die derzeitige Gesetzeslage (§ 794 ABGB) stammt aus dem Jahr 1811. Der damalige **historische Gesetzgeber** ist im Wesentlichen von einer **Wertstabilität** ausgegangen. Diese Annahme trifft heute in keinsten Weise mehr zu, weshalb es diesbezüglich in den letzten Jahrzehnten zu einer richterlichen Rechtsfortbildung gekommen ist.<sup>1</sup> Heute wird vom Obersten Gerichtshof (OGH)<sup>2</sup> im Wesentlichen folgende Bewertungsformel

angewendet, welche von der ganz überwiegenden Lehre<sup>3</sup> grundsätzlich gebilligt wird. Diese Bewertungsformel lautet (mit mehr oder weniger geringfügigen Abweichungen) wie folgt:

Es wird fingiert, dass die Zuwendung nicht erfolgt ist und die zugewendete Sache sich somit noch im Nachlass befindet. Dabei werden jedoch Wertveränderungen, die auf den Zuwendungsempfänger zurückzuführen sind (zB seine Investitionen), nicht berücksichtigt. Die Bewertung erfolgt sodann nach dem Wertmaßstab im Todeszeitpunkt des Erblassers. Geldschenkungen werden nach dem Verbraucherpreisindex (VPI) auf den Todestag valorisiert.

### C. Kritik an der Rechtsprechung

Neuerdings wird in der einschlägigen Literatur Kritik an der derzeitigen Judikatur geäußert,<sup>4</sup> welche von den Autoren dieser Kritik durch folgendes Beispiel untermauert wird:

Ein Vater schenkt im Jahr 1988 in vorweggenommener Erbfolge seinen beiden Töchtern eine Liegenschaft mit einem Verkehrswert von damals je 10 Mio **ATS**. Gleichzeitig schenkt der Vater 1988 seine Barmittel im Ausmaß von ebenfalls 10 Mio **ATS** seinem Sohn. Diese verschenkten Vermögenswerte waren im Wesentlichen das gesamte Vermögen des Vaters. Eine Tochter behält die Liegenschaft, während die andere Tochter ihre Liegenschaft ein Jahr nach der väterlichen Schenkung 1989 um 10 Mio **ATS** (zum damaligen Zeitpunkt wertkongruent) verkauft. Der Sohn verwendet das Geld, um eine Familie zu gründen und eine berufliche Existenz aufzubauen. Der Vater stirbt 2013. Beide Liegenschaften der Töchter haben nunmehr auf Grund einer Umwidmung und der Ansiedelung interessanter Betriebe in der Nahregion den Wert von jeweils 30 Mio **Euro** (also etwa den 40-fachen Wert von damals).

<sup>1</sup> *Eccher* in *Schwimann/Kodek*, ABGB III<sup>4</sup> § 794 Rz 2 (mwN); *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 530.

<sup>2</sup> ZB OGH 7 Ob 248/11 p; 6 Ob 54/11 a; 6 Ob 108/97 v ua.

<sup>3</sup> *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007) 530; *Eccher*, Bürgerliches Recht VI<sup>5</sup> (2014) Rz 7/30; *ders* in *Schwimann/Kodek*, ABGB III<sup>4</sup> § 794 Rz 2; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 794 Rz 1; *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfangen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 241 f (jeweils mwN); aA *Ch. Rabl*, Die Auswirkungen eines Fruchtgenussvorbehalts auf die Schenkungsanrechnung, NZ 1999, 293 ff, welcher bei Liegenschaften auf den Wert im Zuwendungszeitpunkt abstellt und diesen Betrag sodann zur Kompensation der Geldentwertung auf den Todestag aufwertet.

<sup>4</sup> *Kalss/Probst*, Privatstiftung-Pflichtteilsansprüche, *StiftungsLetter*, Ausgabe 18, 1. Quartal 2013, 26 (28 ff); *dieselben*, Familienunternehmen (2013) Rz 21/220 ff.

Der Bruder macht gegenüber seinen Schwestern nunmehr den **Pflichtteilergänzungsanspruch** geltend, da seine Geldzuwendung nach dem Verbraucherpreisindex zwischen 1988 und 2013 „nur“ eine Wertsteigerung von etwa 80% erfahren hat, sodass seine Zuwendung mit etwa 18 Mio ATS (= ca 1,3 Mio Euro) anzusetzen ist, während bezüglich der an die Töchter geschenkten Liegenschaften nach der Judikatur fingiert wird, dass sie sich noch im Nachlass befinden; sie sind somit mit je 30 Mio Euro zu bewerten. Die Pflichtteilsbemessungsgrundlage beträgt somit:

30 Mio Euro + 30 Mio Euro + 1,3 Mio Euro = 61,3 Mio Euro.

Die Pflichtteilsquote jedes Kindes entspricht der Hälfte der gesetzlichen Erbquote, also je  $\frac{1}{6}$ ; der Pflichtteil beträgt sohin je ca 10,2 Mio Euro ( $61,3 : 6 = \text{ca } 10,2$ ). Von diesem Betrag muss sich der Sohn die eigene Zuwendung in Höhe von 1,3 Mio Euro abziehen lassen, sodass ihm ein Pflichtteilergänzungsanspruch gegen beide Schwestern in Höhe von insgesamt etwa 8,9 Mio Euro zusteht. Die beiden Schwestern sind bezüglich der Haftung für diese Pflichtteilergänzungsansprüche zweifach geschützt:

- Da die Schwestern auch pflichtteilsberechtigt sind, endet die Haftung für die Pflichtteilergänzungsansprüche eines anderen Pflichtteilsberechtigten dort, wo der eigene Pflichtteil verletzt würde, das heißt vom Geschenk bzw vom Erlös aus der Veräußerung des Geschenks kann jede Schwester jedenfalls so viel behalten, als ihrem eigenen Pflichtteil entspricht. Mit einem darüber hinausgehenden Wert wird für den Pflichtteilergänzungsanspruch des Bruders grundsätzlich gehaftet.
- Die Schwester, die das Grundstück schon bald nach der Schenkung um 10 Mio ATS verkauft hat, ist durch § 952 ABGB zusätzlich geschützt: Sie haftet über den noch vorhandenen Veräußerungserlös hinaus nur insofern, als sie bei der Veräußerung der geschenkten Sache **unredlich** war. Dies wäre dann der Fall, wenn sie mit der Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen anderer Pflichtteilsberechtigter rechnen musste. Das wird wohl kaum der Fall gewesen sein. Die Pflichtteilergänzungsansprüche resultieren aus der Umwidmung; hätte sie mit dieser Umwidmung gerechnet, hätte sie mit dem Verkauf zweifelsohne zugewartet. Da der Veräußerungserlös geringer war als der eigene Pflichtteilsanspruch dieser Schwester, haftet sie nicht für die Pflichtteilergänzung des Bruders. Einen eigenen Pflichtteilergänzungsanspruch kann sie aber nicht geltend machen, da sie sich den fiktiven Wert von 30 Mio Euro anrechnen lassen muss, sodass ihr Pflichtteil jedenfalls gedeckt ist.

Es wird kritisiert, dass durch diese Bewertungsmethode für die Geschenknehmer keine Planungs- bzw Rechtssi-

cherheit bestehe, weshalb von den vorgenannten Autoren<sup>5</sup> vorgeschlagen wird, die Bewertung im Zuge der Erbrechtsnovelle wie folgt neu zu regeln:

- Alle Sachen sind nach den gleichen Grundsätzen in die Berechnung einzubeziehen.
- Maßgeblich ist der Wert der Sache im Empfangszeitpunkt (Schenkungszeitpunkt).
- Der zum Empfangszeitpunkt ermittelte Wert ist sodann nach dem Verbraucherpreisindex (VPI) auf den Todeszeitpunkt zu valorisieren.

Mit dieser Vorgehensweise seien Rechtssicherheit und Rechtsfrieden verbunden – zwei sicher erstrebenswerte Ziele, die aber im **Gesamtzusammenhang** zu sehen sind.

#### D. „Gegenbeispiel“

Die Frage nach einer sachgerechten gesetzlichen Bewertungsregelung ist äußerst schwierig zu beantworten. Dass die in der Literatur vorgeschlagene neue Bewertungsregelung genauso zu höchst problematischen Ergebnissen führt bzw führen kann, sei an folgendem Beispiel demonstriert:

Das Vermögen des Vaters (künftigen Erblassers) besteht ausschließlich aus 3 ha Landwirtschaftsgrund. Er hat zwei Söhne und eine Tochter. Den beiden Söhnen schenkt er 2005 je 1 ha dieses Landwirtschaftsgrundes, während das restliche Hektar in seinem Eigentum verbleibt und im Erbweg auf seine Tochter übergehen soll. Im Zeitpunkt der Schenkung (2005) hatte dieser Grund einen Wert von € 10,- pro m<sup>2</sup>, 1 ha hatte also einen Wert von € 100.000,-. Aus damaliger Sicht hätte also jedes Kind einen Wert von € 100.000,- erhalten (Söhne) bzw Aussicht auf einen solchen Wert (Tochter) gehabt. Im Jahr 2010 kam es zur Umwidmung dieses Landwirtschaftsgrundes in „Baufläche“. 2015 ist der Vater gestorben. Die beiden Söhne sind nach wie vor im Besitz dieser Grundstücke. Die Tochter hat das verbliebene Hektar dieses Grundstückes geerbt. Auf Grund der Umwidmung beträgt der Wert nunmehr € 300,- pro m<sup>2</sup> (also das 30-fache des ursprünglichen Werts). Jedes Kind besitzt nunmehr einen Wert von 3 Mio Euro. (10.000 m<sup>2</sup> x € 300,- = 3 Mio Euro).

Käme die neuerdings in der Literatur vorgeschlagene Bewertungsregelung (siehe oben) zur Anwendung, so hätten die beiden Söhne einen **Pflichtteilergänzungsanspruch** gegenüber ihrer Schwester: Die beiden Söhne müssten sich nämlich lediglich den ursprünglichen Wert von je € 100.000,- zuzüglich Wertsicherung anrechnen lassen. Die Wertsicherung nach dem VPI beträgt für die zehn Jahre (zwischen 2005 und 2015) etwa 20%, jeder Sohn hätte sich also einen Wert in Höhe von € 120.000,- anrechnen zu lassen. In diesem Fall errechnet sich – nach der in der Literatur vorgeschlagenen Bewertungsmethode – der Pflichtteil jedes dieser drei Kinder wie folgt: 3 Mio Euro (im Nachlass befindlicher Grund) + € 120.000,- (Schenkung an einen Sohn) + € 120.000,- (Schenkung an den weiteren Sohn) =

<sup>5</sup> Siehe FN 4. So auch schon (de lege ferenda) Schauer, Die Bewertung von Vorempfang und Schenkungen bei der Pflichtteilsanrechnung, NZ 1998, 23 (32ff).

€ 3.240.000,-. Der Pflichtteil davon beträgt  $\frac{1}{6}$ , also je € 540.000,-. Die beiden Söhne hätten also einen Pflichtteil in Höhe von je € 540.000,-, wovon sich jeder die eigene Zuwendung in Höhe von € 120.000,- abziehen lassen muss, sodass der Pflichtteilsergänzungsanspruch jedes Sohnes € 420.000,- beträgt. Dieser Pflichtteilsergänzungsanspruch könnte also von beiden Söhnen gegenüber ihrer Schwester geltend gemacht werden, die somit insgesamt € 840.000,- Pflichtteilsergänzungsansprüche zu leisten hätte. Und dies, obwohl alle drei Kinder denselben Wert erhalten haben und im Todeszeitpunkt des Erblassers sogar noch besitzen – zweifellos ein höchst problematisches Ergebnis! Nach den derzeit von der Judikatur angewendeten Grundsätzen käme es zu keinen Pflichtteilsergänzungsansprüchen, da alle drei Liegenschaften zum Todeszeitpunkt zu bewerten sind.

## E. Grundsatzüberlegungen

Wie diese Beispiele zeigen, ist es augenscheinlich nicht zielführend, auf Extrembeispielen aufbauend – also im Wege der induktiven Methode – eine sachgerechte Gesetzesnorm zu suchen. Vielmehr ist dem Gesetzgeber zu empfehlen, Grundsatzüberlegungen über die **Anforderungen an eine solche Bewertungsregelung** anzustellen und daraus eine sachgerechte Norm abzuleiten. Die Angemessenheit der auf der Grundlage solcher Überlegungen entwickelten Gesetzesbestimmung soll dann an praktischen Beispielen „verprobt“ werden (siehe Abschnitt G). Aus meiner Sicht sind im Wesentlichen **drei Grundsatzüberlegungen** anzustellen:

1. Bei der Schenkungsanrechnung „trifft“ das zu **Lebzeiten** zugewendete anrechenbare Vermögen im **Todeszeitpunkt** auf das im Nachlass **noch vorhandene Vermögen**. Bezüglich dieser beiden Vermögensmassen unterschiedliche Wertmaßstäbe anzulegen hieße, eine **Verzerrung** zuzulassen, was vermieden werden sollte.<sup>6</sup> Zu dieser Verzerrung käme es nach der vorgeschlagenen neuen Bewertungsregelung insbesondere im Bereich der Liegenschaften, da es unbestritten ist, dass beispielsweise in den letzten Jahrzehnten die Immobilienpreise wesentlich stärker gestiegen sind als der Verbraucherpreisindex. ZB haben die Liegenschaftspreise in Vorarlberg in den letzten zehn Jahren eine Steigerung um etwa 100% erfahren, während der Verbraucherpreisindex in diesem Zeitraum lediglich um etwa 20% gestiegen ist. Ähnliches wird auch für die übrigen Teile Österreichs gelten. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass es – wie in den Beispielen dargestellt – zwischen dem Zuwendungs- und Todeszeitpunkt nicht selten zu **Umwidmungen** von Grünland in Bauland kommt. Wenn zugewendetes Grünland im Todeszeitpunkt als Bauland gewidmet ist und sich der Zuwendungsempfänger lediglich den Grünlandpreis zuzüglich Valorisierung nach dem VPI anrechnen lassen muss, ist dies be-

sonders deshalb nicht sachgerecht, weil die Erb- und Pflichtteilsauseinandersetzung im **Todeszeitpunkt** des Erblassers erfolgt und der VPI die Wertentwicklung speziell von Liegenschaften nur **unzulänglich abbildet**.

Von den oben erwähnten jüngeren Literaturstimmen wird kritisiert, dass durch die Bewertung im Todeszeitpunkt der Verkauf einer zu Lebzeiten zugewendeten Liegenschaft zu einem ungünstigen Zeitpunkt für den Beschenkten zu großen Nachteilen führen könne. Dieses Argument vermag aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

- Wenn der Geschenknehmer die Liegenschaft verkauft und mit dem Verkaufserlös ein Investment tätigt, mit welchem er bis zum Todeszeitpunkt des Geschenkgebers einen größeren Wertzuwachs als durch das Behalten der Liegenschaft erzielen kann, wird trotzdem nur der fiktive Liegenschaftswert im Todeszeitpunkt angerechnet; der darüber liegende Wertzuwachs bleibt unberücksichtigt. Konsequenterweise kommt es jedoch im umgekehrten Fall (schlechtes Investment) auch zur Anrechnung des fiktiven Werts der zugewendeten Liegenschaft zum Todeszeitpunkt. Der Zuwendungsempfänger hat also **Chance** und **Risiko**; **beides** bleibt bei der Bewertung unberücksichtigt.
  - Im Wirtschaftsleben ist es ein durchgängiges Prinzip, dass die Folgen einer wirtschaftlichen Entscheidung (Verkaufsentscheidung) von jenem zu tragen sind, der die Entscheidung trifft. Diesem Prinzip wird durch die der bisherigen Judikatur entsprechende Bewertung im Todeszeitpunkt Rechnung getragen, indem weder eine realisierte Chance noch ein eingetretener Verlust – gemessen am fiktiven Wert der geschenkten Sache im Todeszeitpunkt – bei der Anrechnung Berücksichtigung finden.
  - Wenn ein Geschenknehmer zu einem ungünstigen Zeitpunkt verkauft und dabei redlich ist (also keine Verteilung von Pflichtteilsansprüchen anderer Pflichtteilsberechtigter vor Augen hat bzw haben muss), haftet er nur im Rahmen des noch vorhandenen Veräußerungserlöses; außerdem kann er jedenfalls das, was seinem eigenen Pflichtteil entspricht, behalten.
2. Bei der legistischen Erarbeitung einer solchen Bewertungsregelung ist es sicher richtig, die Interessen des Geschenknehmers (insbesondere Planungs- und Rechtssicherheit) zu berücksichtigen. Dies allein **greift aber zu kurz**: Das Pflichtteilsrecht gilt nicht nur für die zu Lebzeiten Beschenkten, sondern auch für die **übrigen Pflichtteilsberechtigten**. Also sind auch **deren Interessen** in angemessener Weise zu berücksichtigen. Dieser Anforderung ist durch die Bewertung einer zu Lebzeiten zugewendeten Liegenschaft im Schenkungszeitpunkt mit Valorisierung nach dem VPI evident nicht entsprochen, wie durch das „Gegenbeispiel“ gezeigt wurde.
3. Wertveränderungen zwischen Zuwendungs- und Todeszeitpunkt, die dem Geschenknehmer zuzurechnen

<sup>6</sup> Vgl. Welser in Rummel<sup>3</sup> § 794 Rz 1.

sind (zB Investitionen in die geschenkte Sache), sollen bei der Bewertung unberücksichtigt bleiben.

## F. Aktuelle Judikatur als Vorbild für die gesetzliche Regelung?

### 1. Liegenschaften

Es erweist sich somit, dass die aktuelle Judikatur des OGH grundsätzlich durchaus als Vorbild für eine neue gesetzliche Regelung dienen kann, da sie den vorgenannten Postulaten für eine gesetzliche Bewertungsregelung entspricht. Jedenfalls gilt dies für die **Bewertung von Liegenschaften**.<sup>7</sup>

### 2. Unternehmen, Geld und sonstige bewegliche Sachen

Anders verhält es sich bei **Unternehmen** bzw **Unternehmensanteilen**. Kommt es hier zu einer Zuwendung zu Lebzeiten, wird die weitere Wertentwicklung des Unternehmens bzw des Unternehmensanteils bis zum Todeszeitpunkt des Geschenkgebers sehr wesentlich vom Geschenknehmer beeinflusst bzw verantwortet. Diese Umstände sind – wie auch zB Investitionen des Geschenknehmers in eine zugewendete Liegenschaft – bei der Bewertung außer Betracht zu lassen. Da es bei Unternehmen bzw Unternehmensanteilen sehr schwierig ist zu unterscheiden, ob bzw in welchem Ausmaß eine Wertveränderung durch objektive Umstände (Marktentwicklung) einerseits und durch das persönliche Engagement des Geschenknehmers andererseits verursacht wurde, erweist sich der in der Literatur gemachte Vorschlag, die Bewertung im Zuwendungszeitpunkt vorzunehmen und diesen Betrag sodann nach dem VPI zu valorisieren, diesbezüglich durchaus als zutreffend und sachgerecht.<sup>8</sup> Dasselbe gilt auch für **Geld** und **sonstige bewegliche Sachen** (wie zB Pkw, Möbel, verbrauchbare Sachen etc). Auch hier wäre es nicht sachgerecht, einen vor 20 Jahren einem Kind zugewendeten Pkw nach den Wertmaßstäben im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers zu bewerten. Auch wenn ein neuwertiger Zustand im Todeszeitpunkt angenommen wird, so ist der Pkw technisch vollkommen überholt, weshalb auch hier eine Bewertung im Schenkungszeitpunkt mit einer Valorisierung nach dem Verbraucherpreisindex bis zum Todeszeitpunkt als sachgerecht anzusehen ist.

### 3. Kritik Schauers

Schauer<sup>9</sup> kritisiert, dass der Unterscheidung zwischen Liegenschaften (Fiktion der Nachlasszugehörigkeit) und beweglichen Sachen bzw Geld (Aufwertung nach

dem VPI zum Todestag) kein klares Wertungskonzept zugrunde liege. Wenn fingiert werde, dass sich eine zu Lebzeiten verschenkte Liegenschaft noch im Nachlass befinde, müsste derselbe Gedanke auch bei beweglichen Sachen und insbesondere auch bei verschenktem Geld zum Tragen kommen, sodass diesbezüglich eine Valorisierung nach dem VPI also nicht konsequent sei. Aus diesem Grund plädiert Schauer (aaO) de lege ferenda dafür, bei Geld, sonstigen beweglichen Sachen und Liegenschaften einheitlich auf den Wert im Empfangszeitpunkt abzustellen und diesen Betrag nach dem VPI auf den Tag der Zuteilung des Pflichtteils zu valorisieren. Schauer nimmt also mit seinem Lösungsvorschlag offensichtlich die vielfach auftretenden problematischen Ergebnisse, die oben mit dem „Gegenbeispiel“<sup>10</sup> exemplarisch dargestellt wurden, in Kauf. Mit der in dieser Arbeit vorgeschlagenen Lösung wird versucht, diese Probleme zu vermeiden.

Außerdem besteht für die hier vertretene Lösung auch folgende **rechtstheoretische Rechtfertigung: Liegenschaften** werden typischerweise für die eigene dauerhafte Benützung oder aber als Wertanlage angeschafft. Die Immobilie verkörpert also im Normalfall gewissermaßen eine „**Besitzkontinuität**“; dem entspricht die Fiktion, dass sich die geschenkte Liegenschaft noch im Nachlass befindet. Ganz anders ist die Situation bei **Geld** und **sonstigen beweglichen Sachen**, die rasch an Wert verlieren. Kaum jemand verwahrt seine Ersparnisse zu Hause als Barschaft. Üblicherweise werden sie gewinnbringend angelegt. Es ist zwar zuzugeben, dass dies mit dem derzeitigen Zinsniveau nicht einfach ist. Dennoch besteht die – vielfach genutzte – Möglichkeit, durch Kauf von Fondsanteilen bzw sonstigen Wertpapieren den inflationsbedingten Wertverlust weitestgehend zu kompensieren. Die Valorisierung eines geschenkten Geldbetrags nach dem VPI zeichnet das Verhalten des „durchschnittlichen“ Geschenkgebers, wenn er diese Geldschenkung nicht gemacht hätte, nach und hält deshalb auch rechtstheoretischen Überlegungen stand. Ähnliches gilt für sonstige bewegliche Sachen, die üblicherweise kurzlebig sind und daher einem schnellen Wertverfall unterliegen. Ein zehn Jahre alter Pkw hat, auch wenn er ungebraucht ist, im Hinblick auf den laufenden technischen Fortschritt nur noch geringen Wert. Aus diesem Grund wird ein Pkw keinem vernünftigen Menschen als Wertanlage dienen. Wenn der künftige Erblasser seinem Sohn einen Pkw schenkt, so besteht sein Alternativverhalten im Fall des Unterbleibens dieser Schenkung nicht im Behalten dieses Pkw's. Vielmehr wird er den Pkw verkaufen und den Verkaufserlös möglichst fruchtbringend (bzw werterhaltend) anlegen. Damit korrespondiert die Bewertung des Pkw's im Zuwendungszeitpunkt mit Valorisierung nach dem VPI auf den Todestag. Freilich ist nicht auszuschließen, dass der künftige Erblasser den Verkaufserlös

<sup>7</sup> Im Ergebnis wohl ebenso Welser, Erbrechtsreform, 17. ÖJT 2009 II/2, 144 ff.

<sup>8</sup> Probst, Rechtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge in praktischen Fällen, UnternehmerCircle 2/2014, 4 ff; Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 21/228 ff.

<sup>9</sup> NZ 1998, 32 ff.

<sup>10</sup> Siehe Abschnitt D.

verbraucht. Diese Thematik stellt sich aber auch bei der Geldschenkung: Unterbleibt diese, so ist durchaus denkbar, dass der künftige Erblasser den betreffenden Geldbetrag verbraucht. Trotzdem ist unbestritten, dass der geschenkte Geldbetrag mit Valorisierung in die Bewertung einzubeziehen ist. Die Möglichkeit des Verbrauchs wird also ignoriert, was auf dem **Ausgleichsgedanken** beruht und daher nicht zu beanstanden ist.

Der in dieser Arbeit de lege ferenda vertretenen Lösung liegt also folgendes **Bewertungskonzept** zugrunde: Auf der Basis der Durchschnittsbetrachtung des Gesetzgebers ist das typische Verhalten des künftigen Erblassers die Richtschnur für die gesetzliche Bewertungsregel. Bei Liegenschaften überzeugt daher im Hinblick auf die ihnen innewohnende Besitzkontinuität der Ansatz der hA, wonach fingiert wird, dass sich diese noch im Nachlass befinden. Bei beweglichen Sachen und Geld ist, wie oben begründet, die Valorisierung nach dem VPI sachgerecht, da dadurch das hypothetische Verhalten des „durchschnittlichen“ Geschenkgebers bei unterbliebener Schenkung nachgezeichnet wird.<sup>11</sup> Dasselbe gilt für Unternehmen und Unternehmensanteile, weil bei diesen die Wertentwicklung nach dem Zuwendungszeitpunkt typischerweise stark vom Geschenknehmer abhängt, was bei der Bewertung – als zur Sphäre des Geschenknehmers gehörend – nicht zu berücksichtigen ist. Durch dieses Konzept können unbefriedigende Ergebnisse, die vor allem iZm Liegenschaften entstehen (stark vom VPI abgekoppelte Wertentwicklung und/oder erhebliche Wertsteigerung wegen Umwidmung), weitestgehend vermieden werden.

Schließlich wird die in dieser Arbeit vorgeschlagene Bewertungsregelung noch von folgender Überlegung „getragen“: Wenn die verschenkten Liegenschaften – wie hier vorgeschlagen – mit ihrem Wert im Todeszeitpunkt des Geschenkgebers veranschlagt werden, so wird dieser Betrag in der Regel höher sein als der Wert im Empfangszeitpunkt mit Valorisierung nach dem VPI auf den Todeszeitpunkt. Wenn „weichende Kinder“ des Erblassers eine Liegenschaft im Schenkungsweg bzw. als Vorschuss auf den Pflichtteil erhalten, so ist also durch die Bewertung im Todeszeitpunkt gewöhnlich ein größerer Teil ihres Pflichtteils erfüllt, als dies der Fall wäre, wenn die Bewertung im Zuwendungszeitpunkt mit Valorisierung auf den Todeszeitpunkt vorgenommen würde. Dieser Umstand **erleichtert** also **Unternehmensübergaben**, was einer berechtigten rechtspolitischen Forderung entspricht.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Basierend auf diesen Überlegungen könnte angedacht werden, dass Kunstgegenstände und Antiquitäten, für die gewöhnlich auch die Besitzkontinuität gilt, ebenfalls wie Liegenschaften bewertet werden, indem fingiert wird, dass sie sich noch im Nachlass befinden.

<sup>12</sup> Krejci, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht (2006) 1 f. Hierzu nimmt Welser (Erbrechtsreform, 17. ÖJT 2009 II/2, 105 ff) ausführlich Stellung: Er anerkennt diese Forderung als grundsätzlich berechtigt; gleichzeitig verlangt Welser (aaO) –

## G. Schlussfolgerung und Verprobung des Ergebnisses

### 1. Schlussfolgerung

**Zusammenfassend** ist daher dem Gesetzgeber aus meiner Sicht zu empfehlen, bei der Neuregelung der Bewertung lebzeitiger Zuwendungen folgende Grundsätze anzuwenden:

- Bei Liegenschaften ist zu fingieren, dass sie sich nach wie vor im Nachlass befinden. Wertverändernde Umstände, die zwischen dem Zuwendungs- und Todeszeitpunkt eingetreten und der Sphäre des Geschenknehmers zuzuordnen sind (zB Investitionen), sind nicht zu berücksichtigen.
- Geld, Unternehmen, Unternehmensanteile und sonstige bewegliche Sachen sind zum Zuwendungszeitpunkt zu bewerten; der Wert ist sodann nach dem Verbraucherpreisindex zum Todeszeitpunkt des Geschenkgebers zu valorisieren.

### 2. Verprobung der Ergebnisse

Die **Verprobung** der geschilderten Fälle ergibt folgendes Ergebnis:

- Durch den vorstehend gemachten Gesetzesvorschlag erfährt das „Gegenbeispiel“ (siehe oben Abschnitt D) zweifelsohne eine angemessene Lösung. Keinem Kind steht ein Pflichtteilergänzungsanspruch zu, was sachgerecht ist, da alle drei Kinder denselben Wert zugewendet erhalten haben und sogar noch im Besitz desselben sind.
- Das Ergebnis für das in der Literatur vorgebrachte Beispiel (siehe oben Abschnitt C) ist wie folgt zu würdigen: Die Tochter, die die geschenkte Liegenschaft behalten hat, unterliegt dem Bewertungsmaßstab im Todeszeitpunkt des Erblassers, was nachvollziehbar ist; es erfolgt keine Wertverzerrung in Bezug auf die geschenkte und die im Nachlass befindliche Liegenschaft. Die andere Tochter, die die Liegenschaft verkauft hat, muss sich den fiktiven Wert der Liegenschaft zum Todeszeitpunkt anrechnen lassen, was aber nicht zu beanstanden ist, da es doch geradezu selbstverständlich ist, dass jeder die wirtschaftlichen Folgen eigener Entscheidungen selbst tragen muss. Dies entspricht auch dem Grundsatz, dass wertverändernde Umstände, die dem Zuwendungsempfänger zuzurechnen sind (eigene Verkaufsentscheidung), außer Betracht bleiben. Bei Redlichkeit ist diese Tochter außerdem von einer Haftung über den vorhandenen Veräußerungserlös hinaus befreit. Bei Berücksichtigung der Interessen aller Nachlassbeteiligten (Pflichtteilsberechtigten) erscheint durch die hier vorgeschlagene Bewertungsregelung auch dieser Fall angemessen gelöst.

durchaus zu Recht – eine diesbezügliche Regelung „mit Augenmaß“, indem auch die Interessen der (übrigen) Pflichtteilsberechtigten angemessen berücksichtigt werden.

**Über den Autor:**

Dr. Manfred Umlauf ist Notar in Dornbirn, Vizepräsident der Notariatskammer für Tirol und Vorarlberg

und Universitätsdozent für Bürgerliches Recht an der Juridischen Fakultät der Universität Innsbruck (manfred.umlauft@notariat-umlauft.at).