schenkempfängern als „Treuhändern" die Rechte der übrigen Noterben beeinträchtigt oder vereitelt.

Eine merkwürdige Regelung ist in Deutschland Gesetz geworden: Schenkungen des Erblassers sind für den Schenkungspflichtteil „gleitend" zu berücksichtigen. Je mehr Zeit seit der Schenkung verstrichen ist, umso weniger soll vom Geschenk angerechnet werden. Eine Schenkung im letzten Jahr vor dem Tod des Erblassers wird bei Ermittlung der Pflichtteilsgrundlage voll berücksichtigt, im zweiten Jahr vor dem Tod jedoch nur noch zu 9/10 usw. Ob man diesem Beispiel folgen soll, ist zweifelhaft. ME darf man das „Gleitmodell" nicht anwenden, weil dies im Verhältnis zu den anderen Pflichtteilsberechtigten dem Ausgleichsgedanken (Gleichbehandlungsprinzip) widersprechen würde: Je länger die Schenkung bei einem Pflichtteilsberechtigten zurückliegt, umso mehr wird der Ausgleich im Verhältnis zu den übrigen Pflichtteilsberechtigten vereitelt. Der verkürzte Teil kann aber nichts dafür, dass der Erblasser das eine Kind früher bedacht hat als ihn selbst. Ihm wird nun am meisten angerechnet. Die „Gleit-Lösung" ist offenbar nur auf dem Reißbrett entstanden, ohne dass man Gespür für die Konsequenzen gehabt hat.

5. Privatstiftung

Besondere Probleme hat im Hinblick auf eine Pflichtteilsumgehung die Privatstiftung gebracht, welche vielfach zur missbräuchlichen Pflichtteilsverkürzung benützt wird. Das Problem liegt erstens darin, dass die Privatstiftung für die Schenkungsanrechnung ein unbeteiligter Dritter ist, für den bei unentgeltlichen Zuwendungen die Zweijahresfrist des § 785 gilt. In Wirklichkeit ist aber die Stiftung im Verhältnis zum Erblasser kein unbeteiligter Dritter, sondern sein perpetuierter oder zementierter Wille, nach dem die Stiftung für immer wirtschaftet, Geld verwendet und weitergibt. Nach zwei Jahren schauen aber die Pflichtteilsberechtigten durch die Finger.

Die zweite Problematik ergibt sich daraus, dass die Stiftung nach dem Willen des Erblassers, der ja die Begünstigten festgelegt hat, Ausschüttungen an bestimmte Pflichtteilsberechtigte vornehmen und andere Pflichtteilsberechtigte ausschließen kann. Die Empfänger solcher unentgeltlicher Leistungen sind gegen Anfechtungen nach § 785 immun, weil sie ja vom Erblasser gar keine Zuwendung bekommen haben, sondern nur von der Stiftung. Überdies wären unentgeltliche Zuwendungen, die nach dem Tod des Erblassers erfolgen, von § 785 ABGB gar nicht erfasst. Was könnte man gegen diese „Schlupflöcher" tun?

Vom Pflichtteilsrecht her wäre es wünschenswert, die Stiftung einer unbefristeten Anrechnung zu unterwerfen. Das bisher eingesetzte Vehikel der „Vermögensopfertheorie" ist nicht nur dogmatisch höchst fragwürdig, sondern schafft auch nur in ganz bestimmten Fällen der ersten Gruppe (eher zufällig) Abhilfe. Bei Befristung der Anrechnungsverpflichtung müsste die Anrechnungsfrist jedenfalls sehr lang sein. Zur Verminderung von Pflichtteilsverkürzungen sollten aber auch Personen der Anrechnung und Anfechtung unterworfen werden, die von der Stiftung aus dem vom Erblasser stammenden Vermögen unentgeltliche Zuwendungen erhalten, wenn diese auf dem Willen des Erblassers beruhen, was bei pflichtteilsberechtigten Zuwendungsempfängern zu vermuten wäre.

Sie sehen, dass die Reform des Erbrechts einige Aufgaben erledigen muss. Hoffen wir, dass sie es klug und weise tut.

NZ 2012/2

Zwei wichtige Themen für die anstehende Erbrechtsreform

Von Univ.-Doz. Dr. **Manfred Umlauft,** Notar in Dornbirn

Anlässlich des Delegiertentages des Österreichischen Notariats im Oktober 2011 in Innsbruck hat auf der dortigen Universität ein Symposium zum Thema „Reform des Erbrechts" stattgefunden. Der folgende Beitrag ist die schriftliche Zusammenfassung des vom Autor auf diesem Symposium gehaltenen Referats. Dabei geht es um zwei wichtige Reformfragen aus dem Pflichtteils- und Anrechnungsrecht.

Inhaltsübersicht:

A. Einleitung
B. Das zur Pflichtteilsdeckung geeignet Vermögen – Stundungsmöglichkeit bezüglich des Pflichtteilsrechts?
1. Derzeitige Rechtslage
2. Sinnhaftigkeit einer gesetzlichen Neuregelung
3. Anforderungen an eine Neuregelung
4. Eckpunkte einer Neuregelung
C. Vorempfang/Vorschuss – Schenkung
1. Rechtslage
2. Kritik
3. Reformüberlegungen

A. Einleitung

Nachfolgend sollen zwei Themen erörtert werden, die im Rahmen der anstehenden Erbrechtsreform beson-

dere Beachtung verdienen. Einerseits handelt es sich um die Frage, welches Vermögen zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist; damit im Zusammenhang steht auch eine allfällige Stundungsmöglichkeit bezüglich des Pflichtteilsanspruchs. Der zweite Themenkreis befasst sich mit der Frage der Unterscheidung zwischen Vorempfang/Vorschuss (§§ 788 f ABGB) und Schenkung (§ 785 ABGB).[1]

B. Das zur Pflichtteilsdeckung geeignete Vermögen – Stundungsmöglichkeit bezüglich des Pflichtteilsrechts?

Zu Recht wird vorgebracht, dass das Pflichtteilsrecht von einer gewissen Rigidität bzw Strenge gekennzeichnet ist, die mitunter dazu führen kann, dass **Unternehmen** im Falle der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen in ihrem Bestand gefährdet sind. Dasselbe gilt in Bezug auf **Ehewohnungen.** Es ist daher gerechtfertigt und angebracht zu fragen, ob das Pflichtteilsrecht im Falle einer Reform des Erbrechts in dieser Form unverändert bestehen bleiben oder ob bzw inwieweit es im Hinblick auf die geschilderte Problematik durch einen gesetzgeberischen Akt entschärft werden soll.

1. Derzeitige Rechtslage

Der Erblasser kann den Pflichtteil auf vielfache Weise hinterlassen, nämlich als **Erbteil,** als **Legat,** als **Schenkung auf den Todesfall,** allenfalls auch durch Einräumung einer **Begünstigtenstellung** in einer Privatstiftung (§ 774).[2] § 774 bestimmt weiters: Der Pflichtteil „muss aber dem Noterben ganz frei bleiben. Jede denselben einschränkende Bedingung oder Belastung ist ungültig. Wird dem Noterben ein größerer Erbteil zugedacht, so kann sie nur auf den Teil, welcher den Pflichtteil übersteigt, bezogen werden".

Demgegenüber bestimmt § 808 letzter Satz, dass Noterben „die Erbschaft mit Vorbehalt ihres Pflichtteiles ausschlagen" können.

Über das Verhältnis der soeben zitierten Bestimmungen der §§ 774, 808 wurde lange Zeit heftig diskutiert. Die heute hA kann wie folgt zusammengefasst werden: Wird dem Noterben **mehr als sein Pflichtteil** mit einer **Belastung** zugewendet, so kann er jenen Teil der Zuwendung, der dem Pflichtteil entspricht, **unbelastet annehmen** und die **Mehrzuwendung ausschlagen.** Es ist aber nicht zulässig, statt der zugewendeten Pflichtteilsdeckung den Geldpflichtteil zu beanspruchen.[3] Dies ist ausnahmsweise nur dann möglich, wenn die verfügte Belastung unteilbar ist und somit nicht auf die Mehrzuwendung beschränkt werden kann.[4] Keine unzulässigen Belastungen iSd § 774 sind hingegen solche, die vom Erblasser nicht letztwillig verfügt wurden, sondern der zugewendeten Sache gleichsam schon anhaften, wie zB bezüglich eines Gesellschaftsanteils die im Gesellschaftsvertrag verankerte Verfügungs- und/oder Stimmrechtsbeschränkung, eine Dienstbarkeit oder eine Hypothek auf einem zugewendeten Grundstück.[5]

Eine gewisse **Liberalisierung** in diesem Bereich ist in der jüngeren oberstgerichtlichen Rsp zu erkennen:

In 6 Ob 189/98 g[6] judiziert der OGH, dass die Einräumung einer **Unterbeteiligung** an dem auf den Erben übergegangenen OHG-Anteil als Pflichtteilsdeckung geeignet ist. Eine ungehinderte Verwertungsmöglichkeit habe der Gesetzgeber in § 774 nämlich nicht im Auge, zumal er nicht angeordnet habe, dass der Pflichtteil vom Erblasser nur in Geld oder in sofort verwertbaren Sachen zugewendet werden dürfe. Dies gelte im entschiedenen Fall umso mehr, als es um die Erhaltung eines Unternehmens gehe, welche durch die sofort in Geld auszuzahlenden Pflichtteilsansprüche gefährdet sein könnte.

Ganz auf dieser Linie liegen die weiteren Entscheidungen des OGH:

- 1 Ob 2364/96 w:[7] Nach dieser Entscheidung kann der erblasserische Ehegatte grundsätzlich nicht zwischen dem gesetzlichen Vorausvermächtnis des Ehegattenwohnrechts gem § 758 und der Pflichtteilsabgeltung in Geld wählen, sodass er also das gesetzliche **Ehegattenwohnrecht** grundsätzlich als Pflichtteilsdeckung annehmen **muss.** Dies gilt nur dann nicht, wenn dem Ehegatten das Verbleiben in der Wohnung aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen unzumutbar oder unmöglich ist (Notwendigkeit der Unterbringung in einem Alten- oder Pflegeheim); in diesem Falle kann der Ehegatte den ungekürzten Geldpflichtteil beanspruchen.
- Ganz ähnlich auch OGH 5 Ob 14/02 y:[8] Dem erblasserischen Sohn wurde gestattet, das ihm zur Pflichtteilsdeckung vermachte **persönliche Wohnungsgebrauchsrecht in Österreich** auszuschlagen und den **Geldpflichtteil** zu verlangen, da er weit entfernt (in Australien) wohnhaft und sehr krank war.

[1] Paragrafenzitate ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das ABGB.

[2] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] 549 mwN.

[3] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] 550; *Eccher* in *Schwimann,* ABGB[3] III § 808 Rz 7; *Welser* in *Rummel*[3] § 808 Rz 3; *Ehrenzweig/Kralik,* Erbrecht[3] 53.

[4] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] 550.

[5] Vgl *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] 549; *Eccher* in *Schwimann,* ABGB[3] III § 774 Rz 3.

[6] NZ 2000, 36 *(Zankl)* = SZ 71/166.

[7] NZ 1998, 60.

[8] EFSlg 100.574.

- Schließlich hat der OGH[9] auch ein zugewendetes **Fruchtgenussrecht** als zur Pflichtteilsdeckung geeignet angesehen. Dasselbe müsste dann wohl auch für ein Rentenlegat gelten.

Diese **jüngere Rechtsprechungslinie des OGH** ist von einem durchaus **pragmatisch-realitätsnahen Blick** geprägt, der aber zu Recht dort Halt macht, wo das Pflichtteilsrecht **ad absurdum** geführt würde (persönliches Wohnungsgebrauchsrecht in Österreich für einen in Australien wohnhaften, kranken Sohn).

Die wesentlichen Aussagen des OGH lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Eine **sofortige Verwertbarkeit** der Zuwendung durch den Noterben ist nicht erforderlich. Es reicht ein **sukzessive zufließender Vermögensvorteil** (Mieteinkünfte auf Grund eines Fruchtgenussrechts; Gewinnansprüche aus einer Unterbeteiligung). Dieser Vermögensvorteil kann auch darin liegen, dass sich der Noterbe durch ein eingeräumtes Wohnungsrecht die Miete für eine Wohnung erspart.
- Der **Erhalt eines Unternehmens** wird ausdrücklich als dem Gesetz innewohnende Absicht erkannt (Vergleich mit dem bäuerlichen Anerbenrecht).
- Zu Recht betont der OGH aber auch, dass eine nicht sofort verwertbare zugewendete Sache dem Noterben dennoch einen – wenn auch nur über eine längere Zeit realisierbaren – Nutzen stiften muss.[10] Diese Zuwendung darf also für den Noterben nicht nutzlos bzw unzumutbar sein. **Unzumutbar** als Pflichtteilsdeckung ist nach dem OGH demnach ein höchstpersönliches Wohnungsgebrauchsrecht für den in Australien wohnhaften, kranken Sohn oder das Ehegatten-Wohnrecht gem § 758 für den Ehegatten, der im Hinblick auf die notwendige Unterbringung in einem Alters- bzw Pflegeheim dieses Wohnrecht nicht mehr ausüben kann.

2. Sinnhaftigkeit einer gesetzlichen Neuregelung

Diese Beispiele aus der Rsp zeigen, dass durchaus ein Bedürfnis besteht, die „Pflichtteilsstrenge" zu mildern, indem insb auch die Zuwendung von **Dauerrechten** als zur Pflichtteilsdeckung geeignet angesehen wird.

Auch der **Gesetzgeber** selbst hat schon durch drei gesetzliche Regelungen den Grundsatz der sofortigen Fälligkeit des Pflichtteils **durchbrochen:**

- Durch das WEG 1975 wurde erstmals die Möglichkeit der Stundung des Pflichtteils bezüglich des Hälfteanteils des Erblassers an der gemeinsamen bedarfsqualifizierten Eigentumswohnung bis zu fünf Jahren geschaffen (§ 10 WEG 1975 bzw § 14 WEG 2002).
- Im Zuge der ErbRNov 1989 wurde das Wohnrecht des überlebenden Ehegatten an der bisherigen Ehewohnung gesetzlich verankert (§ 758) und gleichzeitig angeordnet, dass sich der erblasserische Ehegatte dieses Wohnrecht in seinen gesetzlichen Pflichtteil einrechnen zu lassen hat (§ 789).
- Auch das Anerbenrecht kennt die Stundung der Pflichtteilsansprüche bis zu fünf Jahren (§ 17 iVm § 12 Abs 1 AnerbG).

Wünschenswert wäre jedoch eine generelle gesetzliche Regelung im Sinne einer gewissen Lockerung des Grundsatzes der sofortigen Fälligkeit des Pflichtteils, was durch die erwähnte Rechtsprechungslinie und die bereits jetzt im Gesetz bestehenden Ausnahmen „belegt" ist.

3. Anforderungen an eine Neuregelung

Welche Anforderungen sind nunmehr an eine solche gesetzliche Neuregelung zu stellen?

a) Eröffnung von Gestaltungsmöglichkeiten

Ich meine, dass die vom OGH als mit der Pflichtteilsdeckung nicht im Widerspruch stehenden Möglichkeiten der **Gestaltung** von Vermögenszuwendungen an Noterben durchaus geeignet sind, als **Orientierung** für eine künftige Neufassung der diesbezüglichen Gesetzesbestimmungen herangezogen zu werden. Diese vom OGH herausgearbeiteten Grundsätze überzeugen nämlich in zweierlei Hinsicht: **Einerseits** eröffnen sie gewisse **Gestaltungsfreiräume,** die gerade für den Erhalt zusammenhängender Vermögensmassen, insb von Unternehmen bzw Unternehmensanteilen, aber auch der Ehewohnung, sehr zweckdienlich sind. **Andererseits** zeigt der OGH auch **Grenzen** der Gestaltungsmöglichkeit dahingehend auf, dass das Pflichtteilsrecht dadurch **nicht ad absurdum** geführt werden darf. Es ist nämlich bezüglich der Frage, ob eine Vermögenszuwendung als zur Pflichtteilsdeckung geeignet angenommen werden muss oder diese ausgeschlagen und an ihrer Stelle der Geldpflichtteil beansprucht werden kann, die **Zumutbarkeitsgrenze** zu beachten.

b) Mit einer solchen „Öffnung" verbundene Probleme und der Versuch ihrer Lösung

i) Zumutbarkeit

Die Vorteile, die mit den vom OGH tolerierten Gestaltungsmöglichkeiten verbunden sind, dürfen allerdings den Blick auf die damit allenfalls einhergehenden Probleme nicht verstellen. Exemplarisch sei auf folgende, aus dem Leben gegriffene Sachverhalte verwiesen:

- An einem Gesellschaftsanteil wird ein Fruchtgenussrecht zur Pflichtteilsdeckung eingeräumt. Was ist,

[9] 3 Ob 47/97 a.

[10] So auch *Zankl*, Das gesetzliche Vorausvermächtnis des Ehegatten (1996) 129.

wenn das Unternehmen zwar einen hohen Substanzwert hat (wertvolle Liegenschaften), allerdings marktbedingt auf längere Zeit voraussehbar keinen Gewinn abwerfen wird? Das Fruchtgenussrecht geht ins Leere!

- Selbst wenn im vorgenannten Fall ein Gewinn erwirtschaftet wird, die Mehrheitsgesellschafter jedoch zur Finanzierung künftiger Investitionen beschließen, diesen Gewinn nicht auszuschütten, stiftet das Fruchtgenussrecht dem Noterben auch keinen vermögenswerten Vorteil.
- Der betagte erblasserische Ehegatte kann zwar das Ehegatten-Wohnrecht gem § 758 noch eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Es ist allerdings absehbar, dass er mittelfristig in einem Heim untergebracht werden muss. In diesem Falle stellt das Ehegatten-Wohnrecht einen sehr beschränkten Nutzen dar.

Es zeigt sich also, dass die notwendige und begrüßenswerte Vergrößerung des Gestaltungsspielraums eine **Begrenzung** dahingehend verlangt, dass solche Zuwendungen, wenn sie für die Pflichtteilsdeckung geeignet sein sollen, für den Noterben **objektiv zumutbar** sein müssen.

Weniger problematisch wird das **Fruchtgenussrecht an einem Haus** oder an einer **Wohnung** sein. Hier hat der Noterbe die Möglichkeit, das betreffende Objekt selbst zu bewohnen oder auch zu vermieten. Freilich kann es zu Mietausfällen kommen; theoretisch ist auch denkbar, dass der Vermietungsmarkt zusammenbricht. Dagegen ist einzuwenden, dass auch der geltend gemachte Geldpflichtteilsanspruch problematisch ist, wenn es zu einer galoppierenden Inflation oder zu einem Zusammenbruch des Währungssystems käme. Von solchen Extrem-Situationen sollte sich der Gesetzgeber aber nicht leiten lassen, da unter diesen Umständen jede Regelung „anfechtbar" ist.

Wenn jedoch zB ein höchstpersönliches Wohnrecht eingeräumt wird, so wird diese Zuwendung nur dann zur Pflichtteilsdeckung geeignet sein, wenn die Ausübung dieses Wohnrechts für den Noterben im Hinblick auf seine Lebensumstände überhaupt Sinn macht, also zumutbar ist.

ii) Befristung des zur Pflichtteilsdeckung vorgesehenen Vermögenszuflusses an den Noterben

In der Debatte über die Reform des Pflichtteilsrechts besteht mehr oder weniger Einigkeit darüber, dass eine gesetzliche Möglichkeit geschaffen werden soll, die Pflichtteilserfüllung unter bestimmten Voraussetzungen **zu stunden.**[11]

[11] *Welser,* Gutachten zum 17. Österreichischen Juristentag in Wien 2009: Die Reform des österreichischen Erbrechts (2009) 105 ff; vgl auch *Krejci,* Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht (2006) 1 ff.

In diesem Zusammenhang ist nunmehr das Augenmerk darauf zu legen, dass in eine Neuregelung **keine Wertungswidersprüchlichkeit** hineingetragen wird: Eine solche könnte nämlich leicht dadurch entstehen, dass einerseits die vorerwähnten Gestaltungsmöglichkeiten (Zuwendung von Dauerrechten) zugelassen werden und andererseits eine allgemeine Stundungsmöglichkeit für den Pflichtteil unter bestimmten Voraussetzungen für einen Zeitraum von zB fünf Jahren gesetzlich verankert wird. Dies würde bedeuten, dass durch die Einräumung eines Dauerrechts die (sukzessive) Fälligkeit des Pflichtteilsanspruchs allenfalls erheblich über die allgemeine Stundungsfrist hinaus verlängert werden könnte.

Eine Harmonisierung könnte **de lege ferenda** wie folgt erreicht werden:

Vorauszuschicken ist, dass die Vermögenszuwendung für den Noterben überhaupt als Pflichtteilsdeckung **zumutbar** sein muss. Das aus der Judikatur bereits bekannte, oben erwähnte Beispiel: Ein höchstpersönliches Wohnungsrecht in Österreich für den in Australien wohnhaften, kranken Sohn ist für diesen als Pflichtteilsdeckung nicht zumutbar. Ein solches Recht kann er von vornherein ablehnen und den Geldpflichtteil beanspruchen.

Wenn jedoch die Vermögenszuwendung in Form eines persönlichen Dauerrechts (zB Fruchtgenussrecht, Leibrente etc) für den Noterben als Pflichtteilsdeckung grundsätzlich **zumutbar** ist, kann er das eingeräumte Dauerrecht freiwillig annehmen und von vornherein erklären, dass dadurch sein Pflichtteil erfüllt ist. Er hat dann ein **Risiko,** gleichzeitig aber auch eine **Chance:** Das Risiko besteht darin, dass er vorzeitig stirbt. Die Chance dabei ist, dass er das Dauerrecht lange konsumieren kann und damit allenfalls wesentlich mehr als seinen Pflichtteil erhält.

Will der Noterbe das nicht, könnte ihm gesetzlich die Möglichkeit eingeräumt werden, dass das Dauerrecht, wenn diese Rechtseinräumung für die Pflichtteilsdeckung überhaupt zumutbar ist, mit der **Einschränkung** angenommen werden kann, dass dadurch der Pflichtteil **längstens innert der allgemeinen Stundungsfrist** (zu denken ist etwa an eine Dauer von fünf Jahren) erfüllt sein muss. Soweit dies nicht der Fall ist, kann nach fünf Jahren der nach Abzug des Werts des konsumierten Rechts **noch offene Pflichtteilsanspruch** in **Geld** gefordert werden, dies freilich **bei Verlust des Dauerrechts** für die weitere Zukunft. Alternativ kann auch das Dauerrecht weiterhin konsumiert werden, dies jedoch bei Verlust des Geld-Pflichtteilsergänzungsanspruchs.

Durch eine solche Regelung könnte mE eine gewisse **Harmonisierung** der einzuführenden Stundungsmöglichkeit einerseits und der Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Pflichtteilserfüllung andererseits herbeigeführt werden.

iii) Stundungsmöglichkeit

Wenn es dem Erblasser de lege ferenda ermöglicht werden soll, den Pflichtteil auch durch Zuwendung eines **zumutbaren Dauerrechts** zu erfüllen, dann muss dem Erblasser konsequenterweise auch gestattet werden, eine **Pflichtteilsstundung** nach seiner freien Entscheidung **letztwillig zu verfügen.** Ansonsten wird in das Gesetz wiederum eine Widersprüchlichkeit hineingetragen: „Bedient" sich der Erblasser einer Gestaltungsvariante in Form eines Dauerrechts, so kann er jedenfalls ohne Begründung den sukzessiven Zufluss des Pflichtteils über einen Zeitraum von fünf Jahren verfügen. Dies kann beispielsweise auch durch Einräumung eines Rentenlegats erfolgen. Worin sollte nun aber der Unterschied zwischen einem solchen, beispielsweise auf fünf Jahre befristeten Rentenlegat einerseits und der Anordnung andererseits bestehen, den Pflichtteil auf fünf Jahre zu stunden und dessen Erfüllung in mehreren Raten anzuordnen?

Das Ergebnis kann nur lauten:

Der Erblasser hat die Möglichkeit, den **Pflichtteil** auf fünf Jahre **zu stunden;** zu diesem Zweck kann er insb auch ein entsprechendes **Dauerrecht** (Wohnrecht, Fruchtgenussrecht, Rentenlegat etc) einräumen.[12]

Hat der Erblasser eine Stundung nicht angeordnet bzw ein solches Dauerrecht nicht zugewendet, kann der **Pflichtteilsschuldner** von sich aus beim Verlassenschaftsgericht eine **Stundung beantragen.** Da dies aber nicht vom Erblasser angeordnet wurde, soll diese Stundung nur **unter gewissen Voraussetzungen** gewährt werden dürfen. Dabei könnte man sich durchaus am § 14 Abs 3 WEG 2002 orientieren (**Unzumutbarkeit** der sofortigen Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs nach bestimmten Kriterien).[13]

Ein Sicherstellungsanspruch bezüglich des nicht erfüllten Pflichtteils sollte zugestanden werden, wenn dies die Gefährdungslage geboten erscheinen lässt.

iv) Unterscheidung zwischen unternehmensgebundenem und sonstigem Vermögen?

Wie ich soeben dargelegt habe, trete ich auf der Grundlage der vom OGH entwickelten Rechtsprechungslinie für **Gestaltungsmöglichkeiten** im Zusammenhang mit der Pflichtteilserfüllung, verbunden mit einer gewissen Zeitschranke, innerhalb welcher der Pflichtteil den Noterben zukommen muss, ein. Ich bin der Meinung, dass diese Gestaltungsmöglichkeiten nicht auf unternehmensgebundenes Vermögen eingeschränkt, sondern in Bezug auf das **gesamte** erblasserische Vermögen eröffnet werden sollen. **Für** diese Ansicht sprechen **folgende Gründe:**

- Wenn beispielsweise ein vom Erblasser und seiner Ehegattin bewohntes Einfamilienhaus Gegenstand des Nachlassvermögens ist, so ist das „sichere Dach über dem Kopf" für den zum Erben berufenen überlebenden Ehegatten des Erblassers persönlich genau so wichtig wie für einen anderen Erben die sichere Möglichkeit der Fortführung des erblasserischen Unternehmens. Beides sind in Bezug auf die Erfüllung der Pflichtteilsansprüche der Noterben **sehr berücksichtigungswürdige Situationen.**
- Außerdem kann zur Unterstützung dieser Meinung eine ganz unverdächtigte „Instanz" namhaft gemacht werden, nämlich der **Oberste Gerichtshof.** In seiner in diesem Zusammenhang entwickelten Rechtsprechungslinie, die ich eingangs dargelegt habe, sieht das Höchstgericht die Anwendung dieser Gestaltungsmöglichkeiten ganz **allgemein** bezüglich der Pflichtteilsansprüche und somit nicht nur im Zusammenhang mit unternehmensgebundenem Vermögen vor.
- Schließlich ist auch ein **politisches Kalkül** anzustellen: Nach meiner Ansicht werden die Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die Erfüllung des Pflichtteils, die in der Sache begründet sind und denen hier das Wort geredet wird, im politischen Diskurs leichter umzusetzen sein, wenn sie der Bevölkerung ganz allgemein und nicht nur einer eingeschränkten Bevölkerungsgruppe, nämlich den Unternehmern, offenstehen.

4. Eckpunkte einer Neuregelung[14]

Eine gesetzliche Neuregelung der Pflichtteilsdeckung sollte von folgenden Grundpfeilern getragen sein:

- Der Pflichtteil kann in Form eines **Erbteils,** eines **Legats,** einer **Schenkung auf den Todesfall,** einer **Lebensversicherung** und auch durch **Einräumung einer Begünstigtenstellung** in einer Privatstiftung zugewendet werden. Eine sofortige Verwertbarkeit der Zuwendung ist nicht Voraussetzung. Dem Noterben muss jedoch – allenfalls sukzessive – ein Vermögenswert in Höhe mindestens des Pflichtteils zufließen. Wenn eine Sache mit der Beschränkung durch ein Veräußerungs- und Belastungsverbot oder durch eine (strenge) fideikommissarische Substitution zugewendet wird, führt dies dazu, dass der zugewendete Wert während der (voraussichtlichen) Bestandsdauer dieser Beschränkung nur in der Nutzung dieser Sache besteht.
- Die Zuwendung ist als Pflichtteilsdeckung nicht geeignet, soweit deren Annahme für den Noterben **unzumutbar** ist. Dies ist dann der Fall, wenn die Zuwendung für den Noterben auf Grund seiner persönlichen

[12] Für eine Öffnung der Gestaltungsmöglichkeiten bezüglich der Erfüllung der Pflichtteilsansprüche auch *Schauer,* Ist das Pflichtteilsrecht noch zeitgemäß? NZ 2001, 70 ff.

[13] *Likar-Peer* in *Ferrari/Likar-Peer,* Erbrecht (2007) 509 f.

[14] Ein Textierungsvorschlag für die gesetzliche Neuregelung ist im Beitrag des Autors in der FS Woschnak (2010), Das zur Pflichtteilsdeckung geeignete Vermögen 593 ff (601 f), enthalten.

Umstände bei objektiver Betrachtung keinen verwertbaren Vermögenszufluss darstellt. Nimmt der Noterbe die Zuwendung dennoch an, so hat er sich den Wert in seinen Pflichtteil einrechnen zu lassen.

- Wird ein zur Pflichtteilsdeckung grundsätzlich zumutbares Dauerrecht zugewendet, so kann der Noterbe dieses bedingungslos annehmen. Will er dies nicht, so muss der Pflichtteilsanspruch dadurch in längstens fünf Jahren ab dem Tod des Erblassers erfüllt sein.
- Ist dies nicht der Fall, steht dem Noterben dann folgende Wahlmöglichkeit zu:
  - Er kann das zugedachte Recht für die Zeit nach Ablauf dieser fünfjährigen Frist ausschlagen und den dann noch offenen Pflichtteilsergänzungsanspruch in Geld geltend machen.
  - Die andere Möglichkeit besteht darin, dass der Noterbe das Recht weiterhin konsumiert; damit gilt sein Pflichtteilsergänzungsanspruch als zur Gänze erfüllt.
- Der Erblasser hat die Möglichkeit, letztwillig anzuordnen, dass der Pflichtteil bis zu fünf Jahren gestundet wird. Diese Stundungsmöglichkeit ist an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft.
- Ohne letztwillig angeordnete Stundung des Pflichtteils kann der Pflichtteilsschuldner beim Verlassenschaftsgericht die Stundung seiner Pflichtteilsverbindlichkeit bis zu fünf Jahren beantragen, soweit ihm die sofortige Leistung unzumutbar ist.

C. Vorempfang/Vorschuss – Schenkung[15]

1. Rechtslage

Das geltende Anrechnungsrecht unterscheidet zwischen:[16]

- **Vorempfang** gem § 788: Ausstattung bzw Heiratsgut; Zuwendung anlässlich des Berufsantritts eines Kindes; Bezahlung von Schulden volljähriger Kinder: Bei diesen Zuwendungen ergibt sich die Anrechnungspflicht aus dem Gesetz.
- **Vorschuss** gem § 789: Zuwendung, bei der die Anrechnungspflicht vereinbart wird.
- **Schenkung** gem § 785: Zuwendung, die kraft Gesetzes nur auf den Schenkungspflichtteil, nicht aber auf den Nachlasspflichtteil und auch nicht auf den gesetzlichen Erbteil anzurechnen ist.

2. Kritik

- Diese Regelungen sind zu **„fein gesponnen"**, weshalb die Anwendung auch Fachleuten große Schwierigkeiten bereitet.
- **Ohne Vereinbarung** der Anrechnungspflicht sind nur jene Zuwendungen auf den gesetzlichen Erb- und Pflichtteil anzurechnen, die in **§ 788** genannt sind.[17] Wie meine Erfahrung zeigt, deckt sich dies gewöhnlich **nicht** mit dem **Bewusstsein der Bevölkerung** (Durchschnittsbetrachtung des Gesetzgebers!). Vielmehr geht der Großteil der Bevölkerung davon aus, dass **jede unentgeltliche Zuwendung** an ein Kind selbstverständlich anzurechnen ist, unabhängig von der Art der Zuwendung und auch unabhängig davon, ob die Anrechnungspflicht vereinbart ist oder nicht.
- Außerdem ist die **Terminologie** verwirrend: **Anrechnung** heißt einerseits, verpflichtet zu sein, eine Zuwendung auf den eigenen gesetzlichen Erb- und Pflichtteil anrechnen zu lassen. Andererseits versteht man darunter auch die **Hinzurechnung** von Schenkungen (§ 785) zur Pflichtteilsbemessungsgrundlage der übrigen Noterben, ohne dass sich der Geschenknehmer diese Schenkung auf den eigenen gesetzlichen Erbteil bzw Nachlasspflichtteil anrechnen lassen muss.

3. Reformüberlegungen[18]

a) Klare Terminologie

Die Terminologie soll klarer werden: Unter **„Anrechnung"** wird die rechnerische Berücksichtigung lebzeitiger Zuwendungen im **zweipersonalen Verhältnis** zwischen dem Zuwendenden und dem Zuwendungsempfänger verstanden. Unter **„Hinzurechnung"** versteht man die Einbeziehung der Zuwendungen in die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung des Erb- bzw Pflichtteils.

b) Zuwendungen im zweipersonalen Verhältnis

Jede Zuwendung soll grundsätzlich im zweipersonalen Verhältnis **anrechnungspflichtig** sein.[19] Die Anrechnung erfolgt in der Weise, dass die betreffende Zuwendung der Bemessungsgrundlage rechnerisch zugeschlagen, von der solcherart vergrößerten Bemessungsgrundlage unter Zugrundelegung der Erb- bzw Pflichtteilsquote der Erb- bzw Pflichtteil ermittelt und von diesem sodann die anrechnungspflichtige Zuwendung abgezogen wird.

[15] Zur umfassenden Auseinandersetzung des Autors mit der Novellierung des Anrechnungsrechts s FN 16. Siehe außerdem *Umlauft*, Die Anrechnung im Pflichtteilsrecht, iFamZ 2011, 282 ff; dort ist auch ein Vorschlag für einen Gesetzestext abgedruckt.

[16] *Umlauft*, Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht, 17. ÖJT II/2, 132 mwN.

[17] *Umlauft*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsecht (2001) 16 ff.

[18] Hiezu grundsätzlich und weiterführend: *Welser*, Erbrechtsreform, 17. ÖJT II/1, 129 ff; *Umlauft*, Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht, 17. ÖJT II/2, 132 ff (jeweils mwN).

[19] *Welser*, Erbrechtsreform, 17. ÖJT II/1, 132 f; *Umlauft*, Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht, 17. ÖJT II/2, 134.

Daraus ergibt sich, dass jede anrechnungspflichtige Zuwendung auch hinzurechnungspflichtig ist.

Zuwendungen, die im zweipersonalen Verhältnis nicht anrechnungspflichtig sind, sind aber grundsätzlich hinzurechnungspflichtig (s sogleich).

c) Ausnahmen von der An- und/oder Hinzurechnung

- „Privilegierte" Zuwendungen (Zuwendungen ohne Schmälerung des Stammvermögens, zu gemeinnützigen Zwecken, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstands jeweils in einem üblichen Ausmaß): Diese sind weder an- noch hinzurechnungspflichtig.[20]
- Erlass der Anrechnungspflicht durch Vereinbarung oder durch letztwillige Verfügung: Es besteht keine An-, jedoch eine Hinzurechungspflicht.
- Zuwendung an eine Person, die nicht erb- bzw pflichtteilsberechtigt ist: Es kann keine Anrechnung im zweipersonalen Verhältnis erfolgen; wohl aber ist die Zuwendung – allenfalls befristet – hinzuzurechnen, wenn keine Ausnahme vorliegt (s oben: privilegierte Zuwendung).

Dies deckt sich gewöhnlich mit der Ansicht des „Durchschnittsbürgers".

d) Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Um einigermaßen alle relevanten Sachverhalte an- bzw hinzurechnungsrechtlich zu erfassen, muss der **Begriff der „unentgeltlichen Zuwendung" wirtschaftlich** verstanden werden: Dabei handelt es sich um Schenkungen und sonstige Rechtsgeschäfte, die, ohne dass die Voraussetzungen des § 938 formell erfüllt sind, nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommen.[21] Dazu gehören auch die Abfindung für einen Verzicht gem § 551 sowie die Ausstattungsleistung an ein Kind auch insoweit, als darauf ein Rechtsanspruch (§§ 1220 ff) besteht, ebenso die Zuwendung an eine Privatstiftung.[22]

e) Beispiel

Der Erblasser (E) hinterlässt seine beiden Söhne (A und B) sowie seine Lebensgefährtin (L). Sein Nachlassvermögen beträgt 60. Er hat zu Lebzeiten seinem Sohn A anlässlich dessen Verehelichung zur Unterstützung beim Hausbau 20 zugewendet. E wollte zu seinem Sohn B gerecht sein und hat diesem kurze Zeit später ebenfalls 20 unentgeltlich zuwendet. Dieses Motiv, gerecht sein zu wollen, wurde jedoch nicht zum Vertragsinhalt erhoben; vielmehr hat E dies nur für sich gedacht. B hat den Betrag sodann für die Finanzierung einer Weltreise und eines teuren Pkw verwendet. E hat in seinem Testament L zur Alleinerbin berufen.

Wie hoch sind die Pflichtteilsansprüche von A und B?

i) Derzeitige Rechtslage

Die Zuwendung an A stellt einen Vorempfang gem § 788 dar. Diese Zuwendung unterliegt daher, ohne dass dies ausdrücklich vereinbart werden muss, schon von Gesetzes wegen der Anrechnungspflicht. Hingegen hat sich B seine Zuwendung nicht auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, da diese Zuwendung weder einen Vorempfang nach § 788 noch einen Vorschuss nach § 789 darstellt.

Nachlasspflichtteil:

Nachlassvermögen	60
Zuwendung an A (Vorempfang)	20
Summe	80
Die Pflichtteilsquote von A und B beträgt je $^1/_4$:	80 : 4 = 20
Nachlasspflichtteilsanspruch von A:	20 – 20 = **0**
Nachlasspflichtteilsanspruch von B:	**20**

Schenkungspflichtteil:

Schenkung an B	20
Die Schenkungspflichtteilsquote von A und B beträgt wiederum je $^1/_4$:	20 : 4 = 5
Schenkungspflichtteilsanspruch von A:	**5**
Schenkungspflichtteilsanspruch von B:	5 – 20 = **0**

Erhöhter Pflichtteilsanspruch:

Der erhöhte Pflichtteilsanspruch beträgt:

A: 0 (Nachlasspflichtteilsanspruch) + (Schenkungspflichtteilsanspruch) =	**5**
B: 20 (Nachlasspflichtteilsanspruch) + 0 (Schenkungspflichtteilsanspruch =	**20**

Unterschiedliche Pflichtteilsansprüche, obwohl beide Söhne zu Lebzeiten je 20 erhalten haben!

ii) Nach der vorgeschlagenen Reform

Beide lebzeitigen Zuwendungen sind anrechnungspflichtig.

Nachlassvermögen	60
Zuwendung an A	20
Zuwendung an B	20
Summe	100
Die Pflichtteilsquote von A und B beträgt je $^1/_4$:	100 : 4 = 25
Pflichtteilsanspruch von A: 25 – 20 (Vorempfang) =	**5**
Pflichtteilsanspruch von B: 25 – 20 (Vorempfang) =	**5**

[20] Vgl § 785 Abs 3.

[21] *Eccher* in *Schwimann*[3] § 785 Rz 3; *Umlauft*, Fragen zur Anrechnung im Erb- und Pflichtteilsrecht, 17. ÖJT II/2, 152 ff; *Binder* in *Schwimann*[3] § 951 Rz 11 f; *Eccher* in *Apathy* (Hrsg), Erbrecht[4] Rz 12/6; nunmehr auch *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 556; OGH NZ 1988, 42 = JBl 1997, 663 = SZ 68/198.

[22] *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 556; *Eccher* in *Apathy* (Hrsg), Erbrecht[4] Rz 12/6; *Apathy* in KBB[3] § 785 Rz 2; OGH JBl 2007, 780.