

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

07<sup>141.</sup>  
2009  
JAHRGANG

  
NOTAR.AT

MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND FREIWILLIGE GERICHTSBARKEIT

Aus dem Inhalt:

---

Mag. Matthias Schimka

Zur Voraussetzung der vollen Handlungsfähigkeit von Beiratsmitgliedern  
einer Privatstiftung

Seite 193

---

MMag. Dr. Clemens Limberg und Mag. Andreas Tschugguel

Neues zu Privatstiftung und Pflichtteilsrecht

Seite 200

MANZ 

UNTER STÄNDIGER WISSENSCHAFTLICHER MITARBEIT VON: NOTAR UNIV.-DOZ. MAG. DDR. LUDWIG BITTNER,  
HOLLABRUNN | EM.O. UNIV.-PROF. DR. DR.H.C. HANS HOYER, WIEN | O. UNIV.-PROF. DDR. WALDEMAR JUD, GRAZ | O. UNIV.-  
PROF. DDR. HANS GEORG RUPPE, GRAZ | EM.O. UNIV.-PROF. DR. RUDOLF WELSER, WIEN | A. UNIV.-PROF. DR. WOLFGANG ZANKL, WIEN

NZ 2009/54

## Neues zu Privatstiftung und Pflichtteilsrecht

Von MMag. Dr. **Clemens Limberg**, LL. M., RAA in Wien, und Mag. **Andreas Tschugguel**, Notariatskandidat in Wien.<sup>1</sup>

*In der Praxis wird häufig versucht, das Pflichtteilsrecht mittels einer Privatstiftung zu umgehen. Während der OGH solche Umgehungen bisher nur grundsätzlich abgelehnt hat, haben sich in der Lehre verschiedene Ansichten herausgebildet, um derartige Umgehungen des Pflichtteilsrechts zu verhindern. Im vorliegenden Beitrag wird gezeigt, dass die hA nicht nur methodische Schwächen aufweist, sondern auch (tlw) zu pflichtteilsrechtlich unerfreulichen Ergebnissen führt. Demgegenüber wird hier ein neuerer Ansatz vertreten.<sup>2</sup>*

### Inhaltsübersicht:

- A. Allgemeines
- B. Die Vermögensopfertheorie
- C. Pflichtteile nach Stiftern ohne lebzeitiges Vermögensopfer
  - 1. Der Problemfall
  - 2. Die neuere Ansicht
    - a) Das Vermögensopfer als „Todesfolge“
    - b) Erbrechtliche Grundwertungen pro neuere Ansicht
    - c) Die neuere Ansicht im Ergebnis
- D. Reformvorschlag
  - 1. Ausmessung der (gemeinen) Pflichtteile
  - 2. Neue Frist bei Schenkungsanrechnung
- E. Zusammenfassung

### A. Allgemeines

Indem der Stifter sein Vermögen der Privatstiftung widmet, begibt er sich zugleich seines Eigentums zugunsten ebendieser, weshalb jener Vorgang – mangels einer speziellen gesetzlichen Regelung – pflichtteilsrechtlich (grundsätzlich) einer Schenkung gleichzuhalten ist, und zwar einer **Schenkungen an einen (nicht pflichtteilsberechtigten) Dritten** iSd § 785 Abs 3<sup>3</sup> (analog).<sup>4</sup> Da die Vermögenswidmung somit Schenkungsanrechnung (§ 785) und Schenkungsanfechtung (§§ 951 f) auslösen kann, seien im Folgenden vorweg einige Grundwertungen des Rechts der Schenkungsanrechnung dargestellt, die auch für die späteren Ausführungen von Bedeutung sind:

Das geltende Modell der **Schenkungsanrechnung** wurde mit der III. Teilnovelle in das ABGB eingefügt und sollte

einen Ausgleich zwischen den Interessen des späteren Erblassers (Privatautonomie) und jenen seiner Pflichtteilsberechtigten schaffen. Demgemäß wurden Schenkungen zwar in die Pflichtteilsbemessung einbezogen, aber doch in anderer, gegenüber letztwilligen Verfügungen privilegierter Weise. So sind Schenkungen aus laufenden Erträgen oder zu gemeinnützigen Zwecken oder in Entsprechung einer sittlichen Pflicht von der Anrechnung generell ausgenommen, da solche Schenkungen nach der gesetzgeberischen Vorstellung einen gegenüber dem Pflichtteilsrecht vorrangigen Zweck verfolgen bzw nicht zu dessen Umgehung getätigt werden. Gleiches gilt für Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigte Dritte, die früher als in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des Erblassers gemacht wurden, da sie nicht „umgehungsverdächtig“ erschienen.<sup>5</sup>

Ein weiterer Vorteil von unter Lebenden Beschenkten gegenüber letztwillig Begünstigten liegt auch darin, dass der Beschenkte erst subsidiär zur Abdeckung der erhöhten Pflichtteile beizutragen hat.

Diese Privilegierung der Schenkungen gründet darin, dass lebzeitige Zuwendungen für den Geschenkgeber insofern einen besonderen Stellenwert haben, als dieser für den (ex ante unbestimmbaren) Rest seines Lebens auf die zugewendeten Vermögenswerte verzichtet, also diese auch nicht mehr von sich aus wiedererlangen kann. Kein solches Vermögensopfer spürt der Erblasser hingegen bei einer Verfügung von Todes wegen, die ihn ja lebzeitig nicht einschränkt. Dieses für Schenkungen unter Lebenden also charakteristische (gleichwohl nicht notwendigerweise verbundene) **Vermögensopfer rechtfertigt deren pflichtteilsrechtliche Privilegierung.**

### B. Die Vermögensopfertheorie

Aus den oben dargelegten Wertungen des Rechts der Schenkungsanrechnung leitet die zutreffende hM<sup>6</sup> ab,

<sup>1</sup> Die Autoren waren Assistenten am Institut für Zivilrecht. MMag. Dr. *Clemens Limberg*, LL. M., ist RAA in Wien (DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH). Mag. *Andreas Tschugguel* ist Notariatskandidat in Wien (Öffentliche Notare Dr. Alexander Michalek & Mag. Robert Aschinger Partnerschaft).

<sup>2</sup> Vgl zur gesamten Thematik und auch zu praktischen Beispielen dazu den jüngst erschienenen Beitrag *Limberg*, Bemessung der Pflichtteile nach Stiftern, in *Eiselsberg* (Hrsg), Jahrbuch Stiftungsrecht 2009 (2009) 213.

<sup>3</sup> Sofern nicht anders angegeben beziehen sich alle Gesetzesstellen auf das ABGB.

<sup>4</sup> Es sind aber Sachverhaltskonstellationen denkbar, die es rechtfertigen zu erwägen, ob eine Privatstiftung nicht doch einem Pflichtteilsberechtigten gleichzuhalten ist.

<sup>5</sup> Zur Entwicklung der Schenkungsanrechnung ausführlich *B. Jud*, NZ 1998, 16.

<sup>6</sup> Im Anschluss an *Kralik*, Das Erbrecht<sup>3</sup> (1983) 304f; s für viele *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht (2001) 210ff; *Limberg*, Privatstiftung und Erbrecht (2006) 25ff, 31ff.

dass in jenen Fällen, in denen der rechtliche Eigentumsübergang und das wirtschaftliche Vermögensopfer auseinanderfallen, auf Letzteres abzustellen sei (Vermögensopfertheorie). Ob eine Schenkung in den zweijährigen Anrechnungszeitraum fällt, hängt demnach davon ab, wann der Geschenkgeber das wirtschaftliche Vermögensopfer erbracht hat.

Dieses (allgemeine) Problem entzündet sich bei der Privatstiftung in besonderer Weise: Denn gleichwohl die Privatstiftung jedenfalls Eigentümerin des gestifteten Vermögens wird, verfügt der Stifter bei der Errichtung der Privatstiftung über einen großen Gestaltungsspielraum, der es ihm ermöglicht, sich (in der Stiftungserklärung) einen maßgeblichen Einfluss auf das Stiftungsvermögen vorzubehalten. So kann sich der Stifter etwa selbst als Begünstigten einsetzen, sodass ihm die Ausschüttungen zufließen, oder sich Einflussrechte vorbehalten, die es ihm ermöglichen, über das Stiftungsvermögen gleichsam wie über sein eigenes zu verfügen,<sup>7</sup> oder sich ein Änderungs- und Widerrufsrecht vorbehalten, durch dessen Ausübung er das Stiftungsvermögen wiederzuerlangen vermag.

In solchen Fällen kann wahrlich nicht von einem (wirtschaftlichen) Vermögensopfer des Stifters gesprochen werden. Er hat sich dann (zwar, eventuell sogar nur vorübergehend, in rechtlicher, aber jedenfalls) nicht in wirtschaftlicher Hinsicht des gestifteten Vermögens begeben. Solange dies der Fall ist, gilt die Schenkung nicht als gemacht (iSd § 785 Abs 3). Erst wenn der Stifter sein Vermögensopfer erbringt, etwa indem er auf das Widerrufs- und Änderungsrecht verzichtet, steht der anrechnungsrechtlich maßgebliche Zeitpunkt fest. Fällt dieser in den zweijährigen Anrechnungszeitraum vor seinem Tod, so unterliegt das gestiftete Vermögen der Schenkungsanrechnung. Die Vermögensopfertheorie verhindert also, dass der Stifter das Pflichtteilsrecht umgehen kann, indem er sein Vermögen früh stiftet, aber erst spät „opfert“.

Zuletzt hat *Welser*<sup>8</sup> die Vermögensopfertheorie fundamental kritisiert: Sie sei theoretisch-dogmatisch fragwürdig, da „bei einer juristischen Betrachtung“ nicht angenommen werden könne, „dass bei Einbringung eines Vermögens oder bei einer Schenkung ein Vermögensopfer vom Übergeber nicht endgültig erbracht sei“. Daher könne die Vermögensopfertheorie nur (Anm: aber eben doch) als äußerster „Notbehelf“ angesehen werden, um „den düpierten Pflichtteilsberechtigten irgendwie zu helfen“. Den an sich berechtigten Bedenken *Welsers* gegen eine wirtschaftliche Betrachtung, die mit dem Sachen- und Schuldrecht nicht in Einklang steht, sei aber entgegengehalten, dass es hier tatsächlich nur um eine (isoliert) pflichtteilsrechtliche Betrachtung geht, die vornehmlich dem Zweck des Pflichtteilsrechts gerecht zu

werden hat. Im Übrigen darf auch nicht übersehen werden, dass auch schon die Schenkungsanrechnung als solche – durch die Berücksichtigung lebzeitiger Schenkungen überhaupt – sich von einer (aktuellen) schuld- und sachenrechtlichen Betrachtung löst und aufgrund anderer Erwägungen (s oben A.) eine Zuordnung geschenkter Vermögenswerte an den Erblasser gleichsam fingiert.

## C. Pflichtteile nach Stiftern ohne lebzeitiges Vermögensopfer

### 1. Der Problemfall

Es mag sein, dass der Erblasser bis zuletzt seinen maßgeblichen Einfluss auf das Stiftungsvermögen nicht aufgegeben hat (zB auf sein Widerrufsrecht nicht verzichtet hat), also bis zu seinem Tod kein Vermögensopfer erbracht hat. Wie ein solcher Fall pflichtteilsrechtlich zu kategorisieren ist, erscheint aufs Erste unklar: Weder handelt es sich dabei um einen typischen Fall der Schenkungsanrechnung, da eine Schenkung ja bis zuletzt (wirtschaftlich) nicht gemacht wurde, noch können vom Stiftungsvermögen ohne weiteres gemeine Pflichtteile berechnet werden, da das Stiftungsvermögen an sich dem Nachlass nicht zugehört. Andererseits liegt aber auf der Hand und wird auch in der jüngeren Lit einhellig vertreten,<sup>9</sup> dass eine solche Umgehung des Pflichtteilsrechts nicht ermöglicht werden darf. Auch der OGH, der sich bisher zwar noch nicht im Detail hierzu geäußert hat, sprach zuletzt doch in einer viel beachteten E<sup>10</sup> aus, dass es nicht möglich sei, „das – bei Schaffung des Privatstiftungsgesetzes unangetastet gebliebene – Pflichtteilsrecht mit Hilfe einer Stiftung ‚auszuhebeln‘“. Die Vermögenswidmungen an die Privatstiftung seien jedenfalls in die Pflichtteilsbemessung einzubeziehen, doch in welcher Weise, ließ der OGH hingegen offen.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> *Schauer*, Die Privatstiftung als Funktionsäquivalent der Schenkung auf den Todesfall, ZfS 2006, 52 ff; *Welser in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 785 ABGB Rz 7; *Umlauf*, Anrechnung 177 ff; *Limberg*, Privatstiftung, 18 ff; *N. Arnold*, PSG<sup>2</sup> Einl Rz 23; OGH 6 Ob 290/02v ecollex 2003/129, 328 (B. Jud) = NZ 2003/49, 179 (*Schauer*); 10 Ob 45/07a EF-Z 2007/115 (krit *Zollner*) weitere Fundstellen bei FN 1. AA nur vereinzelt, meist veraltet, so *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, Privatstiftungsgesetz (1993) 35 f; *Fischer*, Organisationsstruktur der Privatstiftung (2004) 8.

<sup>10</sup> OGH 5. 6. 2007, 10 Ob 45/07a EF-Z 2007/115 (krit *Zollner*) = ecollex 2007/285 (krit *Limberg*) = GesRZ 2007, 437 (N. Arnold) = EvBl 2007/147 = JBI 2007, 780 = JEV 2007/34 = NZ 2008/3 = RdW 2007/687 = RZ 2007/475 = Zak 2007/645. Vgl dazu auch *Schauer*, JEV 2007, 90 und *B. Jud*, Zak 2007/640, 369; *Parapatits/Schörghofer*, Privatstiftung und Schenkungsanrechnung, iFamZ 2008, 42.

<sup>11</sup> In der E 10 Ob 45/07a (Fundstellen s FN 10) heißt es zwar, dass die Frist des § 785 Abs 3 ABGB mangels Vermögensopfer noch nicht zu laufen begonnen habe und die Vermögenszuwendungen an die Privatstiftung „in die Pflichtteilsbemessung einzubeziehen“ sind. Es werden jedoch beide nachfolgend erörterten Meinungen angeführt, ohne dass sich der OGH einer dezidiert anschließt oder in eine bestimmte Richtung argumentiert; ebenso *Zollner*, E-Anm EF-Z 2007, 189 (190); aA *Schauer*, JEV 2007, 95 (FN 28).

<sup>7</sup> Für viele *Schauer*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, NZ 1993, 252; *Limberg*, Privatstiftung, 19 f, 25 f.

<sup>8</sup> *Welser*, Erbrechtsreform, 17. ÖJT Band II/2, 153.

Genau diese Frage ist in der Lehre sehr umstritten: Es herrscht zwar Einigkeit darüber, dass das gestiftete Vermögen in den genannten Fällen pflichtteilsrechtlich zu berücksichtigen ist. Indes ist man sich uneinig, ob dies im Wege der Schenkungsanrechnung nach § 785 analog erfolgen sollte (hA) oder ob den Pflichtteilsberechtigten gemeine Pflichtteile am Stiftungsvermögen zustehen (neuere, hier vertretene Ansicht). Dies ist freilich kein rein dogmatischer Meinungsstreit, sondern hat im Einzelfall uU erhebliche Konsequenzen, nämlich nicht nur in der (pflichtteilsrechtlichen) Rechtsfolge, sondern auch hinsichtlich des Anwendungsbereichs. So gibt es Fallkonstellationen, die nach der hA gar nicht, auch nicht im Wege der Schenkungsanrechnung, erfasst werden, nach der neueren, hier vertretenen Ansicht aber gemeine Pflichtteile nach sich ziehen (s unten 2. c).

## 2. Die neuere Ansicht

### a) Das Vermögensopfer als „Todesfolge“

Sowohl die noch hA als auch die neuere Ansicht gehen von der Vermögensopfertheorie aus (s oben B.), driften des Weiteren aber auseinander: Denn die hA differenziert nicht, ob der Erblasser lebzeitig, also bewusst, gewollt und spürbar, sein Vermögen opfert oder ob schließlich (nicht der Erblasser selbst, sondern) erst sein Tod das Vermögensopfer mit sich bringt, indem mit dem Leben des Erblassers auch dessen Widerrufsrecht erlischt. Auch in diesem – doch deutlich anders gelagerten – Fall kommt es nach hA zur Schenkungsanrechnung nach § 785 (analog).<sup>12</sup> Der Fall, dass ein Vermögensopfer durch den Stifter niemals stattgefunden hat, wird also völlig identisch mit jenem Fall behandelt, dass dieses Vermögensopfer in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des Stifters erfolgte.<sup>13</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht,<sup>14</sup> der jüngst auch *Zollner*<sup>15</sup> und *V. Hügel*<sup>16</sup> gefolgt sind, werden vom Stiftungsvermögen hingegen – wie vom sonstigen (in den Nachlass fallenden) Vermögen auch – gemeine Pflichtteile (und nicht erhöhte Pflichtteile) bemessen.

Die Annahme der hA, der Erblasser habe schließlich doch noch ein lebzeitiges Vermögensopfer erbracht, wenn mit seinem Leben auch sein Widerrufsrecht erlischt, ist keineswegs nachvollziehbar, ja geradezu paradox, da das Widerrufsrecht doch von Todes wegen – als dessen Folge

eben – wegfällt und eine „lebzeitige Todesfolge“ einen in sich widersprüchlichen Befund darstellt, der der pflichtteilsrechtlichen Beurteilung nicht zugrunde gelegt werden sollte. Im Übrigen wird die Zweijahresfrist – genau genommen – nicht durch das Vermögensopfer ausgelöst, sondern stellt sie den (schenkungsanrechnungs-)rechtlich erheblichen Zeitraum der letzten zwei Jahre vor dem Tod, also zu Lebzeiten des Erblassers dar und reicht – als lebzeitige Frist – nicht in den Tod des Erblassers hinein, weshalb sie das dem Tod folgende Vermögensopfer nicht mehr erfassen kann; denn die Schenkungsanrechnung „überlässt“ den Todeszeitpunkt ja auch ansonsten den gemeinen Pflichtteilen, da sie nur dazu da ist, lebzeitige Zuwendungen pflichtteilsrechtlich zu würdigen.

Es kann somit nicht geaugnet werden, dass der Stifter, der zeit seines Lebens über ein Widerrufsrecht verfügte, durch welches er bis zu seinem letzten Atemzug sein Vermögen wiedererlangen hätte können, keine Zuwendung unter Lebenden (im Sinne der Vermögensopfertheorie) getätigt hat, ist ihm doch erst mit, oder präziser: nach seinem Tod ein Widerruf nicht mehr möglich. Der Stifter war in einem solchen Fall eben gerade nicht bereit, sein Vermögen zu Lebzeiten (nachhaltig) aufzugeben und hat also niemals ein Vermögensopfer gespürt.<sup>17</sup>

### b) Erbrechtliche Grundwertungen pro neuere Ansicht

Soweit an der hier vertretenen Ansicht kritisiert wird, sie differenziere in unsachlicher Weise zwischen dem Fall, dass das Vermögensopfer zu Lebzeiten erbracht wird, und jenem, dass es durch den Tod erbracht wird,<sup>18</sup> wird in Wahrheit vielmehr ein wesentliches Argument für die hier vertretene Ansicht „aufs Tablett gebracht“:

*Schauer*<sup>19</sup>, der diese Kritik übte, verwies, um sie zu veranschaulichen, auf den Fall, dass sich der Stifter eine Woche vor seinem Tod der Einflussrechte auf die Stiftung begibt, und meinte, eine unterschiedliche Behandlung zu jenem Fall, in welchem der Stifter sich der Einflussrechte überhaupt nicht begibt, sei nicht zu rechtfertigen. Dieser Einwand erscheint aufs Erste einleuchtend: Weshalb sollte eine Woche den Unterschied zwischen Schenkungsanrechnung und gemeinen Pflichtteilen rechtfertigen? Auf den zweiten Blick wird aber klar: Die zwei genannten Fälle, die sich augenscheinlich nur durch eine Woche unterscheiden, unterscheiden sich in Wahrheit kategorisch: Sie sind eben genau so unterschiedlich wie Schenkungen zu Lebzeiten und Verfügungen von Todes wegen, die, wenngleich sie zeitlich auch nur knapp differieren können, nach der erbrechtlichen Grundwertung kategorisch auseinanderzuhalten sind und unterschiedliche (pflichtteilsrechtliche) Rechtsfolgen nach sich ziehen;

<sup>12</sup> *Schauer*, NZ 1993, 252 ff; *ders* zuletzt JEV 2007, 91 ff mwN; *Grave* in *Tinti/Umdasch/Marenzi* (Hrsg), *Sorgfalt und Verantwortung – FS Jakobljevič* (1996) 14 f; *Umlauf*, *Anrechnung* 178 ff; *Riedmann*, *Privatstiftung* 31 ff; *B. Jud* in *Fischer-Czermak/Kletečka/Schauer* (Hrsg), *FS Welser* 370 ff; *Parapatits/Schörghofer*, *iFamZ* 2008, 42 ff.

<sup>13</sup> Ausdrücklich nochmals *Schauer*, JEV 2007, 90 ff (93 f); *B. Jud*, *Zak* 2007/640, 369 f.

<sup>14</sup> Dazu ausführlich *Limberg*, *Privatstiftung* 31 ff, 37 ff; vgl auch *ders*, *E-Anm eclex* 2007/285. Jüngst *ders*, in *Jahrbuch Stiftungsrecht* 2009, 213.

<sup>15</sup> *E-Anm EF-Z* 2007/115 (190).

<sup>16</sup> *ZfS* 2008/4, 108 ff (109, FN 13).

<sup>17</sup> Dazu auch *Limberg*, *Privatstiftung* 31 ff.

<sup>18</sup> So ausdrücklich zuletzt *Schauer* (JEV 2007, 90 ff); *B. Jud*, *Zak* 2007/640, 369 f.

<sup>19</sup> JEV 2007, 94.

nämlich – je nachdem – zur Schenkungsanrechnung (bei Schenkungen unter Lebenden) oder zu gemeinen Pflichtteilen (bei Verfügungen von Todes wegen) führen. Diese gesetzliche Grundwertung kann kritisiert werden, ist jedoch de lege lata nicht wegzuarargumentieren und muss daher auch zur rechtlichen Würdigung des Unterschieds zwischen Vermögensopfer zu Lebzeiten und Vermögensopfer von Todes wegen herangezogen werden.

### c) Die neuere Ansicht im Ergebnis<sup>20</sup>

Vom Vermögen, das der Stifter in „seiner“ Privatstiftung eingebracht hat und das ihm bis zu seinem Tod wirtschaftlich zugeordnet blieb (insb aufgrund eines Widerrufs- und Änderungsrechts), sind gemeine Pflichtteile zu berechnen. Für solches (Stiftungs-)Vermögen gilt daher dasselbe wie für nachlasszugehörige Sachen, Rechte und Forderungen. Während nach hA also vorrangig die Erben und Vermächtnisnehmer auch die erhöhten Pflichtteile zu decken haben und die Privatstiftung nur subsidiär herangezogen werden kann, ist nach der hier vertretenen, neueren Ansicht die Privatstiftung wie ein Vermächtnisnehmer (bzw wie alle anderen anlässlich des Todes „Bereicherten“)<sup>21</sup> zu behandeln und hat daher auch gegebenenfalls vor den tatsächlich unter Lebenden Beschenkten beizutragen.

Neben dieser (pflichtteilsrechtlichen) Rechtsfolge unterscheiden sich die beiden Ansichten aber auch in ihrem Anwendungsbereich. So gibt es Fälle, die nach der neueren Ansicht gemeine Pflichtteile nach sich ziehen, nach der hA aber nicht einmal schenkungsanrechnungsrechtlich erfasst werden. Denn soweit sich der (spätere) Erblasser bei der Konstruktion „seiner“ Privatstiftung einer der generellen Ausnahmen von der Schenkungsanrechnung (s oben A.) „bedient“, kann es ihm gelingen – jedenfalls nach hA – das Pflichtteilsrecht zu „umschiffen“. Man denke nur an folgenden Fall: Der (spätere) Erblasser, seinem Kind nicht wohl gesonnen, möchte dessen Pflichtteilsansprüche tunlichst vereiteln, weshalb er sein Vermögen in eine Privatstiftung einbringt und in der Stiftungserklärung anordnet, dass diese mit seinem Tod gemeinnützig werde. Damit er aber selbst keine spürbaren Einbußen erleide, setzt er sich als Alleinbegünstigten auf Lebenszeit ein und behält sich, falls er es sich doch noch einmal anders überlegt, ein Änderungs- und Widerrufsrecht vor.<sup>22</sup> Auf diese Weise kommt der Erblasser nach hA wegen der anlässlich des Todes vorgesehenen Gemeinnützigkeit in den Genuss der Ausnahme von

der Schenkungsanrechnung (§ 785 Abs 3), ohne aber lebzeitig ein wirtschaftliches Vermögensopfer erbracht zu haben. Nach der neueren Ansicht wären hingegen gemeine Pflichtteile zu berechnen, da auch bei Verfügungen von Todes wegen<sup>23</sup> die Ausnahmen (von der Schenkungsanrechnung) des § 785 Abs 3 nicht anzuwenden sind. Dass dieses Ergebnis der Fallkonstellation besser entspricht, zeigt sich auch darin, dass es dem Erblasser hier schon denkmöglich nur um die Umgehung der gemeinen Pflichtteile gehen konnte (die Schenkungsanrechnung sieht diese Ausnahmen ja selbst vor) und ganz allgemein gilt, dass bei einem Umgehungsgeschäft die umgangene Norm anzuwenden ist, wenn sonst der Normzweck vereitelt würde.<sup>24</sup>

Die „Fiktion“ der Nachlasszugehörigkeit des Stiftungsvermögens, oder genauer: der Einbeziehung in die Bemessungsgrundlage für die gemeinen Pflichtteile, wie sie hier vertreten wird, wenn der Stifter bis zuletzt kein Vermögensopfer erbracht hat, wurde tlw kritisiert.<sup>25</sup> Dieser Kritik ist aber nicht zuletzt entgegenzuhalten, dass eine solche (vom Zweck des Pflichtteilsrechts bestimmte) Einbeziehung in die Bemessungsgrundlage nichts „Neues“ ist. So werden nach zutrA<sup>26</sup> etwa in Bezug auf die Versicherungssumme einer Ablebensversicherung, die bei Tod des Erblassers direkt an den Begünstigten ausbezahlt wird und also nicht in den Nachlass fällt, genauso gemeine Pflichtteile berechnet wie im Fall der Fortsetzungsklausel einer Personengesellschaft, wonach bei Tod des einen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern dessen Anteil unentgeltlich zuwächst und somit ebenfalls nicht in den Nachlass fällt.

Dass es bei der Pflichtteilsbemessung nicht notwendigerweise auf die Zugehörigkeit zum Nachlass ankommt, wurde im Übrigen auch jüngst zu § 14 Abs 3 WEG vertreten. Nach dieser Bestimmung hat der überlebende Wohnungseigentümerpartner, sofern er (dringend) wohnbedürftig und pflichtteilsberechtigt ist, für den Eigentümergeerbe am halben Mindestanteil des verstorbenen Partners nur einen verminderten Übernahmepreis an dessen Verlassenschaft zu leisten. Dennoch vertreten A. Hofmann<sup>27</sup> und ihm folgend Bartosch<sup>28</sup> – bisher unbestritten

<sup>20</sup> Für Beispiele mit Lösungsvergleich von hA und neuerer A s Limberg in Jahrbuch Stiftungsrecht 2009, 236 ff.

<sup>21</sup> So jedenfalls Umlauf (Anrechnung 162 ff, 169, 177); vgl auch Limberg, Privatstiftung 37 ff, 67 ff. (Zumindest) Für die Einrechnung solcher Zuwendungen anlässlich des Todes B. Jud in FS Welser 385.

<sup>22</sup> Ähnliche Konstruktionen sind auch hinsichtlich der anderen Ausnahmefälle des § 785 Abs 3 (zB Schenkungen aus laufenden Erträgen) denkbar.

<sup>23</sup> Bzw bei Verfügungen über Sachen, bei denen der Erblasser bis zu seinem Tod kein Vermögensopfer erbracht hat und die sich daher wirtschaftlich betrachtet erst im Todeszeitpunkt vollziehen; Umlauf bezeichnet diese Zuwendungen treffend als Verfügungen anlässlich des Todes (Anrechnung 162 ff, 167 ff, insb 169).

<sup>24</sup> Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I (2006) 178.

<sup>25</sup> Schauer, JEV 2007, 90 ff; B. Jud, Zak 2007/640, 369 f; Parapatits/Schörghofer, iFamZ 2008, 42 ff.

<sup>26</sup> Zu diesen Umlauf, Anrechnung 167 ff, 170 ff mit ausführlicher Begründung.

<sup>27</sup> A. Hofmann, Die Neuregelung der Eigentümerpartnerschaft im Todesfall (§ 14 WEG 2002) durch die Wohnrechtsnovelle 2006, iFamZ 2006, 228 (231) und iFamZ 2007, 46.

<sup>28</sup> Bartosch, Die Eigentümerpartnerschaft im Todesfall nach der Wohnrechtsnovelle 2006, NZ 2008, 5 (8). Holzner, Wertungswidersprüche im neuen § 14 Abs 3 WEG? NZ 2008, 1 (3) fordert de lege

– die Ansicht, dass unter teleologischen Gesichtspunkten die Ansprüche der Noterben auf Basis des hypothetischen (vollen) Übernahmepreises auszumessen sind, obwohl in den Nachlass nur die Zahlungspflicht des verminderten Übernahmepreises fällt.

## D. Reformvorschlag

### 1. Ausmessung der (gemeinen) Pflichtteile

Welser hat zuletzt die Vermögensopfertheorie zwar grundlegend kritisiert (s oben C. 1.), andererseits aber zugestanden, dass sie als äußerster Notbehelf fungieren könne.<sup>29</sup> De lege ferenda schlägt Welser<sup>30</sup> eine fristenlose Anrechnung hinsichtlich des Stiftungsvermögens vor, und zwar unabhängig von einem Widerrufs- oder Änderungsrecht. Es wäre dies, so Welser, die juristisch saubere Weiterführung des Gedankens, welcher letztlich der Vermögensopfertheorie in allen Varianten zugrunde liege. Er räumt aber ein, dass die Frage bliebe, ob es gerechtfertigt wäre, für die Privatstiftung wegen der mit ihr verbundenen „Versteinerung des Erblasserwillens“ eine fristenlose Anrechnung vorzusehen.

Der Vorschlag Welsers ist grundsätzlich zu begrüßen, weil hierdurch (pflichtteilsrechtlichen) Umgehungsversuchen von vornherein Einhalt geboten wäre. Andererseits erscheint es fraglich, wie auch Welser zugesteht, ob eine solche pauschale Lösung gerechtfertigt wäre, da auf diese Weise immerhin auch Fälle erfasst würden, bei denen die Privatstiftung keineswegs der „verlängerte Arm“ des Erblassers ist. Dies ist sogar der gesetzliche „Normalfall“, denn grundsätzlich ist die Privatstiftung ja vom Stifter völlig getrennt und unabhängig; sein allfälliger Einfluss bestimmt sich nur nach den Rechten, die er sich in der Stiftungserklärung vorbehalten kann. Insoweit käme es – durch diese pauschale Lösung – zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zwischen „gewöhnlichen“ Schenkungen und Vermögenseinbringungen in Privatstiftungen und hierdurch zu einer gewissen „Überspannung“ der Vermögensopfertheorie. Im Übrigen würde die fristenlose Anrechnung nur die Umgehung der Schenkungsanrechnung verhindern, nicht aber die Umgehung der gemeinen Pflichtteile. Denn weiterhin könnte der Stifter sich der Ausnahmefälle des § 785 Abs 3 zu Umgehungszwecken „bedienen“ (s oben C. 2. c); es sei denn, man würde normieren, dass auf die Privatstiftung auch diese Ausnahmen nicht anzuwenden sind, wodurch aber wiederum das Problem der unsachlichen Ungleichbehandlung von Privatstiftungen zunehmen würde (s schon oben).

ferenda, dass der ganze Übernahmepreis in die Bemessungsgrundlage für die Pflichtteile einbezogen wird.

<sup>29</sup> Welser, Erbrechtsreform, 17. ÖJT Band II/2, 153.

<sup>30</sup> Welser, Erbrechtsreform, 17. ÖJT Band II/2, 156.

Tatsächlich wäre es daher uE zu bevorzugen, die einschlägigen Probleme, die ein Stifter als Erblasser verursachen kann, (nicht nur de lege lata, sondern auch) de lege ferenda durch Rückgriff auf die Vermögensopfertheorie zu lösen; auch wenn nicht in Abrede gestellt werden kann, dass gewisse dogmatische Einwände gegen die Vermögensopfertheorie durchaus ihre Berechtigung haben. Der Zweck des Pflichtteilsrechts aber, der nicht anders als auf diese Weise gesichert werden kann, rechtfertigt es uE, eine gewisse wirtschaftliche Betrachtung zu positivieren, wobei hierbei freilich nicht zu weit gegangen werden darf. Daher soll dabei auf das Kriterium der möglichen Wiedererlangung abgestellt werden, das heißt es soll das Stiftungsvermögen in die Bemessungsgrundlage für die gemeinen Pflichtteile einbezogen werden, wenn der Erblasser das Stiftungsvermögen von sich aus bis zu seinem Tod hätte wiedererlangen können, wobei hierbei (nicht nur, aber insb) an ein vorbehaltenes Änderungs- und Widerrufsrecht gedacht wird. Damit wäre auch den berechtigten dogmatischen Einwänden Welsers in gewisser Weise Rechnung getragen, da das maßgebende Kriterium der Wiedererlangung eine möglicherweise zu weit gehende wirtschaftliche Betrachtung verhindert.

Demnach wird im ABGB folgende Gesetzesänderung vorgeschlagen (Änderung kursiv hervorgehoben):

§ 784 (1) Um den Pflichtteil richtig ausmessen zu können, werden alle zur Verlassenschaft gehörigen beweglichen und unbeweglichen Sachen, alle Rechte und Forderungen, welche der Erblasser auf seine Nachfolger frei zu vererben befugt war, selbst alles, was ein Erbe oder Legatar in die Masse schuldig ist, genau beschrieben und geschätzt.

(2) Als der Verlassenschaft zugehörig im Sinne des Abs 1 gelten auch solche beweglichen und unbeweglichen Sachen, Rechte und Forderungen, derer sich der Erblasser zwar zu Lebzeiten begeben hat, die er aber bis zu seinem Tod von sich aus hätte wiedererlangen können.

(3) Den Noterben steht frei . . . .

Gleichzeitig wäre der Begriff der Schenkung in § 785 Abs 3 entsprechend anzupassen, nämlich in jenem Sinne, wie es ohnedies bereits hM ist. ZB könnte ein dem Abs 3 angefügter Satz lauten: „Dabei gilt eine Schenkung zu jenem Zeitpunkt als gemacht, ab dem der Erblasser das Geschenk nicht mehr von sich aus wiedererlangen hätte können.“

### 2. Neue Frist bei Schenkungsanrechnung

Der Vorschlag Welsers<sup>31</sup>, die für die Schenkungsanrechnung maßgebliche Frist auf zehn Jahre zu erhöhen, ist je-

<sup>31</sup> Welser, Erbrechtsreform, 17. ÖJT Band II/2, 156. In seinem Beitrag „Vorschläge zur Neuregelung der Anrechnung beim Pflichtteil“ (NZ 1998, 40) hielt Welser eine Erhöhung der Frist auf fünf Jahre für angemessen und verwies diesbezüglich insb auf die Entwürfe

denfalls zu befürworten. In Anlehnung an den deutschen Reformvorschlag<sup>32</sup> wäre aber auch zu erwägen, die vom Erblasser in den letzten zehn Jahren vor seinem Tod gemachten Schenkungen in „gleitender Weise“ zu berücksichtigen, das heißt innerhalb des ersten Jahres voll, im folgenden Jahr nur noch zu  $\frac{9}{10}$ , dann zu  $\frac{8}{10}$  usw.<sup>33</sup> Welser<sup>34</sup> folgt in diesem Punkt dem deutschen Entwurf nicht. Nach ihm habe es mit der ursprünglichen Idee der Frist – der Erblasser wird kürzere Zeit vor seinem von ihm selbst vermuteten Ende aktiv – nichts mehr zu tun, dass der Verkürzungsverdacht im Nachhinein auf Raten verschwinde und sich schön langsam in nichts auflöse. Man solle es besser bei einer strikten Frist belassen.<sup>35</sup>

Zwar könnte man für einen solchen „gleitenden“ Ausgleich zwischen den Interessen des Beschenkten (Vertrauensschutz) und jenen der Pflichtteilsberechtigten ins Treffen führen, dass die an die Todesnähe knüpfende Umgehungsvermutung ja ebenso mit einer „gleitenden“ Unsicherheit verbunden ist, die gleichsam steigt, je „todesnäher“ die Schenkung gemacht wurde; dennoch sollte von einer derartigen Regelung schon deswegen Abstand genommen werden, da das Anrechnungsrecht, das schon jetzt (zu Recht) als zu kompliziert kritisiert wird,<sup>36</sup> auf diese Weise noch mehr verkompliziert würde.<sup>37</sup>

zur 3. TN zum ABGB, s B. *Jud*, NZ 1998, 16 sowie *Zankl*, Rechtsvergleichende Gedanken zu einer Reform der Anrechnung, NZ 1998, 35. Im Rahmen einer von *Welser* im Jahr 2001 durchgeführten Umfrage im Notariat (s NZ 2001, 105) sprachen sich von den Befragten 78 für eine Beibehaltung der zweijährigen Frist, 53 für eine Verlängerung auf fünf Jahre sowie 48 für eine noch längere Frist (meist 10 Jahre) aus.

<sup>32</sup> Siehe § 2325 Abs 3 BGB des dt Entwurfes eines Gesetzes zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts.

<sup>33</sup> *B. Jud*, Überlegungen zu einer Reform des Erbrechts, ÖJZ 2008/551 (555).

<sup>34</sup> *Welser*, Erbrechtsreform in Deutschland – ein Vorbild für Österreich? NZ 2008, 257 (262 f).

<sup>35</sup> Sonst komme, so *Welser* (NZ 2008, 257 [263]), womöglich noch jemand auf die Idee, schuldrechtliche Forderungen allgemein in dreißig Teilen verjähren zu lassen, weil sich die ratio der Verjährung nicht in einem Augenblick, sondern allmählich verwirkliche.

## E. Zusammenfassung

1. Eine Vermögenswidmung an eine Privatstiftung ist pflichtteilsrechtlich grundsätzlich einer Schenkung an (nicht pflichtteilsberechtigter) Dritte iSd § 785 Abs 3 gleichzuhalten.

2. Fallen bei einer Schenkung (insb bei einer Vermögenswidmung) rechtlicher Eigentumswechsel und wirtschaftliches Vermögensopfer auseinander, so ist für die Schenkungsanrechnung maßgebend, ob letzteres in den zweijährigen Anrechnungszeitraum vor dem Tod des Erblassers fällt.

3. Hat der Erblasser und Stifter bis zuletzt kein Vermögensopfer erbracht und bringt dies gleichsam erst sein Tod mit sich, so unterliegt das Stiftungsvermögen nicht der Schenkungsanrechnung, sondern ist es in die Bemessungsgrundlage für die (gemeinen) Pflichtteile einzubeziehen.

4. De lege ferenda sollte bei der Bemessungsgrundlage für die (gemeinen) Pflichtteile (§ 784) eine Einbeziehung von Vermögenswerten, die der Erblasser bis zu seinem Tod von sich aus hätte wiedererlangen können, vorgesehen werden.

5. Die Frist bei der Schenkungsanrechnung sollte – *Welser* folgend – auf zehn Jahre erhöht werden. Eine gleitende Berücksichtigung der Schenkungen – wie nach dem deutschen Reformvorschlag –, das heißt innerhalb des ersten Jahres voll, im folgenden Jahr nur noch zu  $\frac{9}{10}$ , dann zu  $\frac{8}{10}$  usw ist schon aufgrund einer gebotenen Vereinfachung des Anrechnungsrechts abzulehnen.

<sup>36</sup> Vgl *Welser*, Zur Reform des Anrechnungsrechts – Ergebnisse einer Umfrage im Notariat, NZ 2001, 105, wonach sich 175 gegen 14 Stimmen für eine Reform des Anrechnungsrechts, va weil es zu kompliziert sei, aussprachen.

<sup>37</sup> Vgl *Welser*, Erbrechtsreform in Deutschland – ein Vorbild für Österreich? NZ 2008, 257 (263), der in diesem Sinn nur bspw auf Detailprobleme wie die Bewertung des Geschenks für die möglichen Zeitpunkte zum Bruchteilwert hinweist.