

47. Jahrgang / Oktober 2018 / Nr. 5

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Susanne Kalss/Barbara Dauner-Lieb

Ein nachhaltiges Pflichtteilsrecht für Unternehmen

Thomas Kulnigg/Zurab Simonishvili

Namensaktien auf der Blockchain

Bernd Schneiderbauer/Viola-Katharina Krebs

Delegierbarkeit von Gesellschafterkompetenzen an einen Beirat

Florian Wünscher

Die Erbgemeinschaft als GmbH-Gründerin

Philipp Stanek

Bewertung von Sachdividenden

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zum Gesellschafts- und Stiftungsrecht
Aktuelles vom BGH zur Vorstandshaftung

Unternehmensrecht aktuell

Überblick zu Gesetzgebungsvorhaben
Rundschreiben und Berichte der FMA

Ein nachhaltiges Pflichtteilsrecht für Unternehmen

Liquidität versus verantwortliche Teilhabe

SUSANNE KALSS / BARBARA DAUNER-LIEB*

Unternehmensrecht und Erbrecht sind sowohl in Österreich¹ als auch in Deutschland² schlecht aufeinander abgestimmt. Das Erbrecht behandelt unternehmerisches Vermögen nicht anders als Grundstücke, Schmuck oder Geld und hat nur den Ausgleich zwischen dem Erblasser, seinen nächsten Angehörigen und den testamentarischen Erben im Blick. Die Besonderheiten des Unternehmens, insb seine Dynamik und das Vorhandensein weiterer Stakeholder (Mitgesellschafter, Arbeitnehmer, Gläubiger), werden vom Erbrecht nicht berücksichtigt. Die in beiden Rechtsordnungen vorgesehene Möglichkeit einer Stundung des Pflichtteilsanspruchs im Kontext der Sicherung von Unternehmen im Zuge der Unternehmensnachfolge reicht zur Bewältigung der rechtlichen und wirtschaftlichen Herausforderungen der Unternehmensnachfolge nicht aus.³ Dementsprechend groß ist die Bedeutung vorsorgender Gestaltung.

I. Problemstellung in Österreich und Deutschland

Als Ausgangspunkt gilt in Österreich wie in Deutschland die Testierfreiheit des Erblassers als „Verlängerung“ seiner Eigentümerstellung über den Tod hinaus. Die Testierfreiheit wird aber begrenzt durch den gesetzlichen Teilhabeanspruch nächster Angehöriger, der in Deutschland sogar verfassungsrechtlichen Schutz genießt.⁴ Damit ist in beiden Ländern das Pflichtteilsrecht für die Gestaltung der Nachfolge in unternehmerisches Vermögen die zentrale rechtliche Rahmenbedingung.

Der Pflichtteilsanspruch ist in Österreich wie in Deutschland grundsätzlich auf Barabfindung gerichtet. Bei genauem Vergleich der beiden Systeme der Regelung des Pflichtteils zeigen sich jedoch erhebliche Unterschiede: In Österreich ist – insb seit dem ErbRÄG 2015⁵ – im Zusammenspiel alter und neuer Instrumente der Spielraum für eine Gestaltung der Unternehmensnachfolge mit dem Ziel der Erhaltung von Familienunternehmen in der Familie deutlich größer, ohne dass die Interessen der Pflichtteilsberechtigten unange-

messen beschnitten würden. „Liquidität versus Wertteilhabe“, so lässt sich der Unterschied auf eine vereinfachende Kurzformel bringen: Während nach derzeit geltendem deutschem Recht das Barabfindungsprinzip strikt durchgehalten und dem Pflichtteilsberechtigten grundsätzlich bei jeder denkbaren Gestaltung ein sofort fälliger Geldanspruch zugestanden wird, lässt das österreichische Recht auch eine Deckung des Pflichtteilsanspruchs mit werthaltigem Vermögen zu, sodass Zerschlagung des Unternehmens und Liquiditätsabfluss vermieden werden können.

Der folgende Beitrag will neben einer genauen Ausleuchtung der durch das österreichische Recht eröffneten Optionen unternehmerischer Nachfolgegestaltung zeigen, dass das österreichische Modell Anlass bietet, das deutsche Pflichtteilsrecht in einer stärkeren Berücksichtigung der unternehmerischen und unternehmensrechtlichen Herausforderungen zu überdenken und weiterzuentwickeln.⁶ Die Überlegungen beruhen auf der Prämisse, dass eine Erhaltung von familienunternehmerischem Vermögen in Familienhand ein politisch wünschenswertes Ziel ist, weil sich dies positiv auf das einzelne Unternehmen und auch die Volkswirtschaft auswirken kann, da eine solche Kontinuität tendenziell sowohl Nachhaltigkeit als auch Innovation fördert.⁷ Nach einführenden Überlegungen zu den Besonderheiten unternehmerischen Vermögens und zur teleologischen Legitimation und Wirkung des geltenden Pflichtteilsrechts⁸ werden die wesentlichen Gestaltungselemente in Deutschland und in Österreich einander gegenübergestellt und analysiert.⁹ Auf dieser Grundlage wird der Versuch gewagt, das Pflichtteilsrecht im Lichte der unternehmerischen Herausforderungen neu zu überdenken.¹⁰

* Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz) ist Vorständin des Instituts für Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb ist Direktorin des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht und des Instituts für Gesellschaftsrecht an der Universität zu Köln. Der Beitrag ist ein Ergebnis des vom österreichischen Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (FWF) und von der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) geförderten Forschungsprojekts „Familiäre Vermögensplanung“.

¹ Kalss, Unternehmensnachfolge im Licht des künftigen Erbrechts, in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU (2015) 95; *Schauer* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018) § 31 Rz 3; *Zollner*, Aufgriffsrechte in der GmbH und Pflichtteilsrecht, JEV 2014, 6.

² *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen (1998); aus der erbrechtlichen Perspektive *Dauner-Lieb*, Das Pflichtteilsrecht – Ketzerische Fragen an ein altehrwürdiges Institut, FF 2000, 110; *dies*, Bedarf es eine Reform des Pflichtteilsrechts? DNofZ 2001, 460; kurz und instruktiv *K. Schmidt*, Pflichtteil und Unternehmensnachfolge, in *Röthel*, Reformfragen des Pflichtteilsrechts (2007) 37; grundlegend auch *Oechsler*, Pflichtteil und Unternehmensnachfolge von Todes wegen, AcP 200 (2000), 603.

³ Explizit ErlRV 688 BlgNR 25. GP, 25; *Schauer*, Pflichtteilsrecht einschließlich Gestaltung der Pflichtteilsdeckung, in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU (2015) 55 (70); *Zollner*, JEV 2014, 6 f. § 2331a BGB gilt als wenig effizient und kompliziert; zu den Einzelheiten *Weidlich* in *Palandt*, BGB⁷⁷ (2018) § 2331a Rz 2 ff.

⁴ BVerfG 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua, JZ 2005, 1001 (*Otte*).

⁵ Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, BGBl I 2015/87.

⁶ Interessante Vorschläge *de lege ferenda* schon bei *K. Schmidt*, Pflichtteil, 37 ff.

⁷ In diese Richtung auch *K. Schmidt*, Pflichtteil, 37 f.

⁸ Siehe Pkt II.

⁹ Siehe Pkt III.

¹⁰ Siehe Pkt IV.

II. Grundlagen

1. Die Besonderheiten des unternehmerischen Vermögens

1.1. Ungewissheit: Volatilität und Risikoimmanenz

Anders als statische Vermögensgegenstände (wie Grundstücke oder Gemälde), die das Erbrecht ganz überwiegend im Blick hat, ist ein Unternehmen eine dynamische Organisationseinheit, die sich ständig verändert und nach dem Erbfall auch nicht eine Weile „auf Eis gelegt“ werden kann, bis der Nachlass geordnet ist. Der Wert unternehmerischen Vermögens ist volatil, dh, dass sich der Wert sehr leicht und sehr rasch ändern kann.¹¹ Unternehmerisches Vermögen ist sowohl von Ungewissheit als auch von Risiko geprägt.¹² Vorstellbar ist etwa, dass sich das Marktumfeld durch den Verlust eines Abnehmermarktes (etwa wegen einer politischen Intervention [Sanktion] oder wegen der Findigkeit eines anderen Unternehmers) völlig ändert. Der Wert des Unternehmens hängt nicht nur von externen Marktumständen ab, sondern auch ganz entscheidend von der persönlichen Managementleistung des Unternehmers sowie des Eigentümers.¹³

Unternehmerisches Vermögen unterscheidet sich von anderen Nachlassbestandteilen aber auch dadurch, dass es nicht einfach geteilt werden kann. Vielfach ist ein Unternehmen, das geteilt wird, weniger wert als das zuvor bestehende Ganze.¹⁴ Während sich ein Geldbetrag oder Aktien leicht auf mehrere Erben verteilen lassen, ist die Teilung bei unternehmerischem Vermögen deutlich schwieriger. Typischerweise macht gerade die Gesamtheit eines Unternehmens einen wesentlichen Teil seines Werts aus. Zwar können Teilungen und Spaltungen auch Wertsteigerungen fördern, sie sind aber nicht die typische Folge einer Teilung.¹⁵ Ein Verkauf des Unternehmens als Ganzes mag möglich sein, bedeutet aber, dass das Ziel einer Erhaltung des Familienunternehmens in der Familie verfehlt wird.

1.2. Stakeholder

Das Erbrecht hat nur den Erblasser in seinem Verhältnis zu Erben und Pflichtteilsberechtigten im Blick. Das Unternehmen wird aber auch durch weitere Stakeholder maßgeblich geprägt.¹⁶ Neben den Eigentümern wirken weitere Interessenträger auf das Unternehmen ein. Diese Interessenträger kommen aus dem Kreis der Eigentümer, der Familie und des Unternehmens. Die Nachkommen der Gesellschafter sind ebenso zu berücksichtigen wie Ehepartner und Schwieger-

kinder. Aus dem Bereich des Unternehmens sind die Geschäftsführer und sonstigen Organträger sowie die Arbeitnehmer, die ständigen Vertragspartner (wie die Bank, Lieferanten und Berater rund um das Unternehmen) zu nennen.¹⁷ Die Interessen der Genannten können parallel mit jenen des Eigentümers laufen, sie können sich aber auch gegenläufig gestalten. Allein unter den Eigentümern können völlig unterschiedliche Interessen bestehen, nämlich etwa zwischen Funktionsträgern und schlichten Dividendenempfängern. Während eine Gruppe dauerhaft eine sinnstiftende – und bezahlte – Arbeit ausübt, liegt das Interesse der nicht im Unternehmen beschäftigten und nur einmal jährlich in Kontakt tretenden Gesellschafter in einer möglichst hohen Ausschüttung und in der Sicherung der Dispositionsfähigkeit.¹⁸

1.3. Wirtschaftlicher Nutzen und Macht

Eigentum vereint Macht und Geld. Bei unternehmerischem Vermögen tritt diese Teilung in der Verwaltungsteilnahme und der Nutzungsteilnahme am Eigentum hervor.¹⁹ Eigentum an einem Unternehmen vermittelt nicht nur Vermögen, sondern auch Funktionen und damit Herrschafts- und Einflussrechte.²⁰ Wirtschaftlicher Nutzen und Einflussrechte können und müssen zur analytischen Betrachtung getrennt werden. Sie können von verschiedenen Personen ausgeübt werden und können im Rahmen der erbrechtlichen Nachfolge in der vorweggenommenen Erbfolge oder im Rahmen von familienbezogenen Umgestaltungen auch getrennt übertragen und zugeordnet werden. Da das Erbrecht nur auf statische Gegenstände zugeschnitten ist, hat es nur den wirtschaftlichen Nutzen von Eigentum im Blick, blendet aber die Frage der Übertragung von Einfluss und Funktionen bei unternehmerischem Vermögen völlig aus. Die Machtfrage spielt daher bei der vorsorgenden Gestaltung eine zentrale Rolle. Da das Erbrecht die verschiedenen Aspekte des Eigentums nicht thematisiert, sind Vermögens- und Herrschaftsrechte auch in erbrechtlichen Konstellationen trennbar²¹ und gesondert übertragbar. Das Erbrecht verhindert weder eine Trennung von Herrschafts- und Vermögensrechten noch deren klare Zuordnung.²²

Diese Erkenntnis ist ein Schlüssel zur Gestaltung der erbrechtlichen Nachfolge im Unternehmen und verdeutlicht auch die Notwendigkeit, dauerhaft die Mehrheit von Eigentümern und die notwendige Einflusskonzentration sowie effiziente Unternehmensführung in Einklang zu bringen. Ein Unternehmen verlangt die klare Ordnung der unterschiedlichen Eigentumskomponenten für verschiedene Personen und Interessenträger, zugleich die Konzentration von Einfluss, um eine effiziente Unternehmensführung zu gewährleisten. Sie spielt auch für die Deckung der Pflichtteilsansprüche eine Rolle. Der zweite Schlüssel zu einer gelungenen Nachfolgeplanung ist das Gespür für per-

¹¹ Dauner-Lieb, Unternehmen, 29 f; Kalss, Unternehmensnachfolge, 100; dies, Rechtsformalternativen in Familiengesellschaften, in Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften (2017) 1 (9).

¹² Schwenker, Denken im Großformat, in Schwenker/Dauner-Lieb, Gute Strategie – Der Ungewissheit offensiv begegnen (2017) 19; grundsätzlich zum rechtlichen Umgang mit Ungewissheit Dauner-Lieb, Nicht zu fassen, in Schwenker/Dauner-Lieb, Gute Strategie (2017) 125.

¹³ Fleischer in Fleischer/Hüttemann, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung (2015) § 22 Rz 32; Kalss, Rechtsformalternativen, 9; dies, Unternehmensnachfolge, 100.

¹⁴ Implizit OGH 22.3.2018, 2 Ob 98/17a, GesRZ 2018, 191 (Klampff), Pkt B.4.1.b; Schauer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 33 Rz 7; ders, Ist das Pflichtteilsrecht noch zeitgemäß? (Teil I), NZ 2001, 70; B. Jud, Reformbedarf im Erbrecht, in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011 (2008) 241 (249 f); Krejci, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht (2006) 1; Kalss, Rechtsformalternativen, 9.

¹⁵ Kalss, Unternehmensnachfolge, 100.

¹⁶ Dazu plastisch K. Schmidt, Pflichtteil, 40 f.

¹⁷ Kalss/Probst, Familienunternehmen (2013) Rz 9/6 ff.

¹⁸ Kalss, Rechtsformalternativen, 10.

¹⁹ Dutta, Warum Erbrecht? (2014) 34; ders, Warum Erbrecht? – in a nutshell, in Weitemeyer/Hüttemann/Rawert/K. Schmidt, Non Profit Law Yearbook 2014/2015 (2015) 79 (80 f); Kalss, Rechtsformalternativen, 10.

²⁰ So Kirchdörfer in seinem vor der Plattform für Familienunternehmen der Industriellenvereinigung am 11.6.2018 in Wien gehaltenen Vortrag; Kalss, Erbrecht und Nachfolge bei Unternehmen, eolex 2015, 271; dies, Rechtsformalternativen, 10.

²¹ Dutta, Erbrecht, 34.

²² Kalss, Rechtsformalternativen, 11.

sönliche Befindlichkeiten und emotionale Bindungen, etwa durch die Zuordnung einer repräsentativen Rolle im Unternehmen, die Anerkennung einer Eitelkeit und die Gewährung von Wertschätzung; all dies kostet nichts, kann aber zugleich das Gelingen des Übergangs unverhältnismäßig stark fördern.

2. Rechtfertigung und Wirkungen des Pflichtteilsrechts

2.1. Kein klares teleologisches Konzept

Nach österreichischem wie nach deutschem Recht garantiert das Pflichtteilsrecht den nächsten Angehörigen, beschränkt auf die Nachkommen in direkter Linie und die Ehepartner, eine Nachlasseteilhabe unabhängig von einer letztwilligen Verfügung des Erblassers. Seine Testierfreiheit wird also durch das Pflichtteilsrecht beschränkt. Das Pflichtteilsrecht vermittelt – anders als die Erbenstellung – keine dingliche Beteiligung am Nachlass, sondern einen Anspruch auf Barabfindung gegen den oder die Erben. Dieser Anspruch ist unabhängig von einem konkreten Versorgungsbedarf, von der konkreten Vermögenssituation des Berechtigten und von der konkreten Beitragsleistung der begünstigten Angehörigen.²³

Die rechtsethische Begründung des geltenden Pflichtteilsrechts war seit jeher Gegenstand zahlreicher Diskussionen. Die wesentlichen, durchaus heterogenen Argumente pro und kontra wurden auch spätestens bei Inkrafttreten des BGB ausführlich kontrovers diskutiert, sie werden seitdem nur noch gefärbt variiert.²⁴ Zentrale Gesichtspunkte in dem nun jahrzehntelang andauernden Diskurs sind neben der ganz im Vordergrund stehenden Familiensolidarität etwa die Versorgung bedürftiger Hinterbliebener (obwohl das Pflichtteilsrecht gerade keine Bedürftigkeit voraussetzt), Selbstbindung des Erblassers, Schutz vor den Gefahren eines unverantwortlichen Gebrauchs unbeschränkter Testierfreiheit, Generationenvertrag, Vermeidung von Vermögenskonzentration oder Rechtsbewusstsein der Bevölkerung.²⁵ Ein klares und konsistentes teleologisches Konzept gab und gibt es nicht. Dennoch besteht in Deutschland wie in Österreich eine große Zurückhaltung gegenüber konzeptionellen Grundsatzdiskussionen. Der Forderung nach einer radikalen Auseinandersetzung mit den Widersprüchen des Systems und nach einer Enttabuisierung traditioneller Strukturen²⁶ hat in Deutschland das BVerfG einen Riegel vorgeschoben.²⁷ Das Pflichtteilsrecht nach ös-

terreichischem Recht hat zwar im ErbRÄG 2015 eine der weitreichendsten Änderungen erfahren,²⁸ dennoch äußert sich der Gesetzgeber nur sehr vage zum Pflichtteilsrecht. Er vermeidet eine Neubewertung der Zwecke der gesetzlichen Regelung.²⁹ Sicherlich auch aus Scheu vor einer Beschädigung tief verwurzelter Traditionen begnügt man sich in Deutschland wie in Österreich derzeit der Sache nach mit der Formel, dass das geltende Pflichtteilsrecht eine akzeptable Kompromisslösung zwischen dem gesetzlichen Familienerbrecht einerseits und der völligen Testierfreiheit des Erblassers andererseits sei.

2.2. Die traditionelle Begründung: Familiensolidarität und Schutz der Familie

Die traditionelle und ganz herrschende Argumentationslinie zur Rechtfertigung des Pflichtteilsrechts legt den Schwerpunkt auf die Familiensolidarität und den Schutz der Familie.³⁰ In diesem Kontext werden standardmäßig die Versorgungsfunktion, die Abgeltungsfunktion für materielle und ideelle Beiträge von Angehörigen beim Vermögensaufbau und beim Vermögenserhalt, die familienschützende Funktion, die vermögensverteilende Funktion, die Ausgleichsfunktion bei innerfamiliärer Ungleichbehandlung und schließlich die Rechtsfriedensfunktion genannt.³¹ Damit werden die Rechtfertigungen (wie Bedarf, Wertausgleich, Gefühlsbande und Entlastung der Allgemeinheit) miterfasst.³² Es geht dabei durchaus um den Schutz eines bestimmten Familienbildes.³³ Repräsentativ für diesen Ansatz ist die Argumentationslinie des deutschen BVerfG zur verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Pflichtteilsanspruchs: Das Pflichtteilsrecht knüpfe an die familienrechtlichen Beziehungen zwischen dem Erblasser und seinen Kindern an und übertrage diese regelmäßig durch Abstammung begründete und zumeist durch familiäres Zusammenleben untermauerte Solidarität zwischen den Generationen in den Bereich des Erbrechts. Der Erwerb und die Erhaltung von Vermögenswerten beruhe in der Familiengemeinschaft typischerweise auf ideellen oder wirtschaftlichen Beiträgen sowohl des Erblassers als auch seiner Kinder (Erziehung, finanzielle Unterstützung, Mitarbeit, Konsumverhalten, Pflegeleistungen). Hieran anknüpfend habe das Pflichtteilsrecht die Funktion, die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie – unabhängig von einem konkreten Bedarf des Kindes – über den Tod des Vermögensinhabers hinaus zu ermöglichen.³⁴

²³ Klampfl, Die pflichtteilsrechtliche Anrechnung im Erbrecht, in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Hirschler/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Rust/Schuch/Staringer*, Wertmaßstäbe (2018) 114 (116); Rabl, Der Kampf um das Pflichtteilsrecht, NZ 2014, 217 (220). Eine bedarfsorientierte Grundlage hat das englische Recht. Es kennt seit 1938 eine besondere Form des Pflichtteilsanspruchs; vormals Inheritance (Family Provision) Act 1938; nunmehr geregelt im Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975, online abrufbar unter <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>; vgl. *Odersky*, Großbritannien: England und Wales, in *Süß*, Erbrecht in Europa³ (2015) 585 (603 ff.); *Cooke*, Testamentary Freedom: A Study of Choice and Obligation in England and Wales, in *R. Zimmermann*, Freedom of Testation (2012) 125 (129 ff.). Er soll die finanzielle Versorgung sicherstellen oder den Unterhaltsbedarf decken. Über den Bedarf und dessen Höhe hat das Gericht mit einem weiten Ermessensspielraum zu entscheiden; vgl. *Trulsen*, Pflichtteilsrecht und englische family provision im Vergleich (2004) 21; *Odersky*, Großbritannien, 603 ff.

²⁴ Im Einzelnen *Dauner-Lieb*, FF 2000, 110 ff.

²⁵ Im Einzelnen *Dauner-Lieb*, FF 2000, 110 ff.; aktuell ausführlich auch mit Blick auf die österreichische Rechtslage *Ch. M. König*, Die Stiftung als Instrument der Nachlassplanung (2018), eine Dissertation, die ebenfalls im Rahmen des vom FWF und von der DFG geförderten Forschungsprojekts „Familiäre Vermögensplanung“ entstanden ist; grundsätzlich und kritisch zum deutschen Pflichtteilsrecht *Kaulbach*, Gestaltungsfreiheit im Erbrecht (2012).

²⁶ Siehe nur *Dauner-Lieb*, FF 2000, 110 ff.; für Österreich *Schauer*, NZ 2001, 76 f.; *Rabl*, NZ 2014, 218; *ders.*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 (323); *Klampfl*, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 116.

²⁷ BVerfG 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua.

²⁸ *Schauer*, Rechtsfragen des Generationenübergangs in der Familiengesellschaft, in *Vogt/Fleischer/Kalss*, Recht der Familiengesellschaften (2017) 241 (244).

²⁹ *Kathrein*, Das neue Erbrecht, EF-Z 2016, 4 (13); *Pesendorfer*, Hintergründe und Ziele der Reform, in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 3 (6); *Schauer*, Das neue Erbrecht, ÖJZ 2017, 53 (55); *F. Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht², § 9 Rz 3 FN 9; *Zöchling-Jud*, Die Neuregelung des Pflichtteilsrechts im ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht (2015) 71 (72).

³⁰ *F. Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht², § 9 Rz 4.

³¹ Genauso *F. Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht², § 9 Rz 4; *Schauer*, NZ 2001, 73 ff.; *Scheuba* in 17. ÖJT II/2 (2010) 110.

³² So *F. Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht², § 9 Rz 7.

³³ *F. Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht², § 9 Rz 7.

³⁴ BVerfG 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua.

2.3. Liquidation des Familienvermögens zugunsten einzelner Familienangehöriger

Die Betonung der Familie darf nicht den Blick dafür verstellen, dass es dem Pflichtteilsrecht nicht um die Familie und das Familienvermögen als Ganzes geht, sondern um die nächsten Angehörigen, vor allem die Kinder, als Individuen. Erbrecht, insb Pflichtteilsrecht, ist Teilungsrecht.³⁵ Das geltende, auf dem Barabfindungsprinzip beruhende Pflichtteilsrecht führt zur Teilung des Vermögens auf die Pflichtteilsberechtigten³⁶ und zielt eben gerade nicht auf Erhaltung des Familienvermögens in der Familie in seinem dinglichen Bestand ab, sondern auf Verteilung seines Werts unter den nächsten Angehörigen. Daher ist auch das weitverbreitete Schlagwort von der „Erhaltung des Familienvermögens“ von vornherein missverständlich. Mit der viel beschworenen „erbrechtlichen Familiengebundenheit des Vermögens“ ist immer nur eine Bindung des Vermögenswerts in der Familie gemeint. Innerhalb der Familie zielt das geltende Pflichtteilsrecht auf Verteilungsgerechtigkeit, notfalls um den Preis der Liquidation des Familienvermögens.³⁷ Hier liegt die Quelle aller juristischen Probleme der Erhaltung von unternehmerischem Vermögen in der Familie³⁸ und die hohe Innovationskraft des österreichischen Modells.

3. Pflichtteilsrecht in Deutschland und Österreich: In a Nutshell

3.1. Kein Sonderstatus unternehmerischen Vermögens

Das in Österreich wie in Deutschland geltende Barabfindungsprinzip nimmt im Ausgangspunkt zugunsten der nächsten Familienangehörigen als Individuen eine Liquidation des Familienvermögens in Kauf. Die Wünsche des Erblassers nach Erhaltung seines Vermögens in seinem gegenständlichen Bestand werden durch das Pflichtteilsrecht begrenzt und zwar auch dann, wenn er dieses Vermögen der Familie nicht entziehen, sondern es gerade in der Familie und für die Familie erhalten will. Dieser Vorrang des Pflichtteilsanspruchs des einzelnen Familienmitglieds gilt auch für Familienunternehmen, sie genießen keinen Sonderstatus. Die deutsche Verfassungsrechtsprechung zur Erbschaftssteuer hat dementsprechend auch nicht die Interessen der Familie oder Vorzüge von Familienunternehmen im Blick, sondern stützt ihre Argumentation fast ausschließlich auf den Gesichtspunkt der Erhaltung von Arbeitsplätzen.³⁹ Bemerkenswert ist, dass bei der historischen Entscheidung des deutschen Gesetzgebers gegen ein dinglich wirkendes Noterbrecht und für einen bloßen Wertersatzanspruch das Interesse des Erblassers an einer Erhaltung des Familienvermögens durchaus eine Rolle gespielt hat: Würde der übergangene Angehörige kraft Gesetzes echter Miterbe, so wurde argumentiert, stünde

ihm auch das Recht auf Auseinandersetzung des Nachlasses zu (§ 2042 BGB); die einheitliche Vererbung komplexer Vermögensgegenstände (wie eines Unternehmens) dürfe aber nicht am Auseinandersetzungsanspruch naher Angehöriger scheitern.⁴⁰ Dieser Gedanke, der immerhin eine gewisse Wertschätzung des historischen Gesetzgebers für Familienunternehmen indiziert, spielt aber in der deutschen erbrechtlichen Diskussion derzeit keine nennenswerte Rolle.

In Österreich wurde in der Literatur schon vor und auch nach dem ErbRÄG 2015 ein durch das Anerbenrecht⁴¹ inspiriertes besonderes Erbrecht für Unternehmen vorgeschlagen oder eingemahnt.⁴² Auch in der rechtspolitischen Diskussion rund um die Gesetzesnovelle wurden diese Fragen aufgeworfen.⁴³ Sie wurden letztlich nicht unmittelbar auf gewerbliche und industrielle Betriebe übertragen.⁴⁴ Die Besonderheiten des Schutzes des Unternehmens werden überhaupt nur im Stundungsrecht gem §§ 766 und 767 ABGB angesprochen. Die explizite generelle Bevorzugung von Unternehmen nach neuem Recht wurde in der Judikatur schon ausdrücklich verneint.⁴⁵ Der Schutz vor einer Wertvernichtung des Unternehmens durch Vermögensverteilung sei auch nach neuem Recht gerade keine Rechtfertigung für das Aushebeln des Pflichtteilsrechts.⁴⁶ Den rechtspolitischen Vorschlägen, den Unternehmenserhalt den Interessen der Pflichtteilsberechtigten voranzustellen, wurde gerade nicht unmittelbar nachgekommen.⁴⁷ Einen Sonderstatus für unternehmerisches Vermögen gibt es somit auch im österreichischen Erbrecht nicht.

3.2. Deutschland: Ausschließlich Barabfindung

Vor diesem Hintergrund gibt es in Deutschland – wie gleich noch im Einzelnen zu zeigen sein wird – *de lege lata* im Ergebnis keinen tragfähigen Weg vorbei an der Barabfindung von Pflichtteilsberechtigten. Die Pflichtteilsberechtigten haben sofort einen Anspruch auf Liquidität in Höhe ihres Pflichtteils. Familiäre Rücksicht oder Verantwortung werden ihnen nicht abverlangt. Will der Erblasser einen Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Barabfindung rechtssicher vermeiden, muss ihm vor seinem Ableben der Abschluss eines Erbvertrages mit Erbverzicht und Pflichtteilsverzicht gelingen. Eine vorsorgende Gestaltung der Nachfolge in unternehmerisches Vermögen ist also in Deutschland auf Konsens zwi-

³⁵ Kalss, Rechtsformalternativen, 12; Schauer, Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personenhandelsgesellschaften (1999) 399; ders in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 33 Rz 7; Zollner, JEV 2014, 6; Wiedemann, Zum Stand der Vererbungslehre in der Personengesellschaft, in FS Großfeld (1999) 1309 (1310).

³⁶ Schauer, NZ 2001, 76 f; ders, Entwicklungsperspektiven des Erbrechts in der 23. Gesetzgebungsperiode, JEV 2007, 6 (12); Kalss, Unternehmensnachfolge, 96 f; dies, Rechtsformalternativen, 12.

³⁷ Sehr deutlich zum Postulat der Verteilungsgerechtigkeit BVerfG 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua.

³⁸ Sehr deutlich K. Schmidt, Pflichtteil, 37 ff.

³⁹ BVerfG 17.12.2014, 1 BvL 21/12, BVerfGE 138, 136.

⁴⁰ Ausführlich mwN zur historischen Quellenlage Oechsler, AcP 200 (2000), 611. Auch der Sonderregelung des § 2312 BGB für Landgüter lässt sich entnehmen, dass die Erhaltung der Vermögensgesamtheit in der Familie dem historischen Gesetzgeber durchaus am Herzen lag.

⁴¹ Für Landwirtschaftsbetriebe sowie Land- und Forstwirtschaften sehen sowohl das österreichische als auch das deutsche Recht ein Sondererbrecht vor, das auf den Erhalt des Betriebs, die Bevorzugung der Nachfolger durch eine qualifizierte Person und eine Ausrichtung des Pflichtteilsanspruchs am Ertrag des Betriebs zielt; dazu Probst in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 6 Rz 4 ff.

⁴² Krejci, Unternehmensnachfolge, 1 ff. Krejci leitete eine Arbeitsgruppe am Ludwig Boltzmann Institut für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen, die es sich zum Ziel setzte, Lösungen zu erarbeiten, um den Fortbestand von Unternehmen im Erbfall zu sichern; vgl auch Probst in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 6 Rz 7; kritisch zu solchen Vorschlägen Welsch, Die Reform des österreichischen Erbrechts (2009) 105; ders, Ein eigenes Pflichtteilsrecht für Unternehmer? Zum Gesetzesvorschlag einer Arbeitsgruppe, GesRZ 2008, 261.

⁴³ Siehe dazu Probst, zitiert nach Kalss, Überlegungen zur Gestaltung der Unternehmensrechtsnachfolge im Zuge der laufenden Erbrechtsreform, NZ 2015, 50 (52).

⁴⁴ Probst, zitiert nach Kalss, NZ 2015, 52.

⁴⁵ OGH 22.3.2018, 2 Ob 98/17a.

⁴⁶ OGH 5.6.2007, 10 Ob 45/07a, GesRZ 2007, 473 (N. Arnold); 22.3.2018, 2 Ob 98/17a, Pkt B.4.1.b.

⁴⁷ Kathrein, Die Reform des österreichischen Erbrechts 2015, in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht NEU (2015) 1 (16 f).

schen dem Erblasser und den Abkömmlingen (und auch dem Ehepartner) angewiesen.

Dieser Status quo wird in den deutschen erbrechtlichen Diskussionen derzeit nicht grundsätzlich in Frage gestellt, weil – wie bereits mehrfach erwähnt – das BVerfG entschieden hat, dass einerseits das deutsche Pflichtteilsrecht in seiner Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers verfassungsmäßig ist, dass aber andererseits eine unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass von Eigentumsgarantie und Familienschutz des deutschen GG gewährleistet sei.⁴⁸ *De lege ferenda* ist der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers daher insoweit verfassungsrechtlich begrenzt, als dass er den Kindespflichtteil nicht abschaffen oder der Höhe nach wesentlich begrenzen und auch nicht an einen Bedürfnisvorbehalt knüpfen kann.⁴⁹ Darüber hinausgehende Vorgaben macht das BVerfG allerdings nicht, sei es auch nur, weil ihm Alternativen zum derzeitigen deutschen Modell bisher gar nicht bewusst sind.

3.3. Innovative Ansätze in Österreich: Anderweitige Deckung

In Österreich wird zwar dem unternehmerischen Vermögen kein erbrechtlicher Sonderstatus zugebilligt. Mit dem ErbRÄG 2015 wird aber zumindest zum Teil auf den Unternehmenserhalt, wenn auch nicht auf den Schutz sonstiger beliebiger Vermögensmassen gezielt.⁵⁰ Insofern ist jedenfalls von einer – impliziten – punktuellen Neubewertung der vom Pflichtteilsrecht verfolgten Zwecke und auch Gestaltungsmöglichkeiten durch das ErbRÄG 2015 auszugehen.⁵¹ Der Pflichtteil ist gem § 761 ABGB zwar auch in Österreich grundsätzlich in Geld zu leisten. Er kann in der letztwilligen Verfügung aber – dies ist der entscheidende Unterschied zur Rechtslage in Deutschland – auf beliebige andere Weise gedeckt werden als durch sofortige Barabfindung. Das Pflichtteilsrecht nach österreichischem Recht ist daher als Wertanspruch mit Erblasserwahl ausgestaltet.⁵² Es gewährleistet nicht Liquidität, sondern Wertteilhabe.

Anders als in Deutschland wird das Pflichtteilsrecht auch nicht verfassungsrechtlich, sondern nur einfachgesetzlich abgesichert. Es geht darum, ob die Beteiligten, nämlich der Erblasser und die Erben, durch die gesetzliche Gestaltung des Pflichtteilsrechts einen unzulässigen Eingriff in ihr Grundrecht auf Eigentum erleiden⁵³ und ob ein Erbrechtssystem, welches das Pflichtteilsrecht völlig beseitigen würde, verfassungsrechtlich zulässig ist. Auszugehen ist davon, dass Art 5 StGG und Art 1 des 1. ZP zur EMRK als grundrechtlicher Eigentumsschutz auch den grundrechtlichen Erbrechtsschutz und Pflichtteilsschutz miteinfassen.⁵⁴ Der österreichische VfGH hat sich bisher bloß mit Teilaspekten des Pflichtteils-

rechts beschäftigt, nämlich mit der Anerkennung des Sonderrechts für bäuerliche Betriebe, des sog Anerbenrechts.⁵⁵ Die österreichische Gerichtsbarkeit gewährt dem Gesetzgeber innerhalb der verfassungsrechtlichen Schranken einen weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum, um seine Vorstellungen und Anliegen umzusetzen.⁵⁶ Die mangelnde verfassungsrechtliche Absicherung des einzelnen Pflichtteilsberechtigten zeigt sich auch in einigen gesetzlichen Regelungen (wie der Möglichkeit der Schenkung an Dritte zwei Jahre vor dem Tod gem § 785 ABGB oder der fristlosen und anrechnungsfreien Schenkung an gemeinnützige Einrichtungen gem § 784 ABGB).

Dies erlaubt die Schlussfolgerung, dass das deutsche BVerfG bisher fast ausschließlich den individuellen Schutz des einzelnen Pflichtteilsberechtigten im Blick hat, während der österreichische VfGH eher auf den Erblasser, dessen Gestaltungs- und Testierfreiheit und zugleich auf die allgemeine Gestaltung und auf das System des Pflichtteilsrechts zielt.

III. Gestaltungselemente im Einzelvergleich

1. Ausgangspunkt: Rechtstechnik der Abwicklung der Verlassenschaft

1.1. Deutschland: Von-selbst-Erwerb

Nach deutschem Recht gilt gem § 1922 BGB das Prinzip des Von-selbst-Erwerbs. Das Vermögen des Erblassers geht als Ganzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ohne Weiteres auf den Erben über. Der Erbe erwirbt ohne weitere Schritte den Nachlass mit dinglicher Wirkung. Eine Annahme oder ein sonstiger Akt sind nicht erforderlich. Der Erbe kann allerdings die Erbschaft innerhalb einer bestimmten Frist ausschlagen. Wird die Erbschaft ausgeschlagen, so gilt gem § 1953 BGB der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt.

Sind mehrere Erben vorhanden, bilden sie gem § 2032 BGB eine Erbengemeinschaft. Der Nachlass wird gemeinschaftliches Vermögen der Erben in Form eines Gesamthandvermögens.⁵⁷ Dies bedeutet, dass alle Nachlassbestandteile im Gesamthand Eigentum aller Erben stehen und nicht mit dinglicher Wirkung kraft letztwilliger Verfügung einzelnen Erben zugewiesen werden können. Der Erblasser kann zwar gem § 2048 BGB durch letztwillige Verfügungen Teilungsanordnungen für die Auseinandersetzung treffen, diese haben aber wiederum keine dingliche Wirkung. Sie bewirken also keine Sondererfolge an einzelnen Nachlassgegenständen.⁵⁸ Da der Nachlass den Erben als Gesamthandvermögen gemeinschaftlich zusteht, können die Erben gem § 2040 BGB auch nur gemeinschaftlich über einen Nachlassgegenstand verfügen. Erst im Wege der Auseinandersetzung werden die einzelnen

⁴⁸ BVerfG 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua.

⁴⁹ Ch. M. König, Stiftung, Kap 4.

⁵⁰ ErlRV 688 BlgNR 25. GP, 25; F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 9.

⁵¹ F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 9; aA Welsler, Reform des österreichischen Erbrechts, 112.

⁵² Kralik, Das Erbrecht³ (1983) 309; Schauer in Klang, ABGB³, Vor § 531 Rz 14; Klampfl, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 115 f.

⁵³ Hochhauser, Menschenrechtskonvention und Erbrecht, ÖJZ 2015, 1069 (1070); F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 17.

⁵⁴ VfGH 9.12.2015, G 165/2015, VfSlg 20.032/2015; Schauer, NZ 2001, 72; Nueber, Schiedsverfahren von Todes wegen, JEV 2013, 118; Scheuba, Grundrechte im Rechtssystem – Ist das Pflichtteilsrecht noch zeitgemäß? AnwBl 2014, 44; F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 19; aA Rabl, NZ 2014, 218; ders., NZ 2015, 323; relativierend Hochhauser, ÖJZ 2015, 1071.

⁵⁵ VfGH 9.12.2015, G 165/2015; ferner OGH 17.12.2008, 6 Ob 289/07d.

⁵⁶ VfGH 9.12.2015, G 165/2015; 13.12.2016, G 572/2015, VfSlg 20.130/2016; F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 21; Hochhauser, ÖJZ 2015, 1071 ff.

⁵⁷ Dies führt zu erheblichen Problemen, wenn zum Vermögen des Erblassers ein einzelkaufmännisches Unternehmen gehört; dazu insb Dauner-Lieb, Unternehmen.

⁵⁸ Siehe nur Weidlich in Palandt, BGB⁷⁷, § 2048 Rz 4. Kraft höchstrichterlicher Rechtsfortbildung erfolgt die erbrechtliche Nachfolge in Personengesellschaftsanteile allerdings im Wege einer Sondererfolge. Die nachfolgeberechtigten Miterben erwerben die Beteiligung an der Gesellschaft nicht als Erbengemeinschaft und damit auch nicht in Gesamtinteressenbindung, da eine Erbengemeinschaft als Inhaberin einer Gesellschafterposition ungeeignet sei; siehe dazu nur den Überblick bei Weidlich in Palandt, BGB⁷⁷, § 1922 Rz 11 und 17 ff.

Nachlassgegenstände auf einzelne Erben oder Dritte übertragen. Jeder Miterbe kann gem § 2042 BGB (auch gegen den Willen der anderen Erben) jederzeit die Auseinandersetzung verlangen und gerichtlich durchsetzen. Die einzige Motivation zur Einigung liegt in der Sorge vor einem Wertverlust durch die Zwangsversteigerung zur Unzeit. Der Erblasser kann gem § 2044 BGB zwar durch letztwillige Verfügung einen Ausschluss der Auseinandersetzung anordnen. Dies hat aber wiederum keine dingliche Wirkung; der Erblasser kann auch nicht verhindern, dass sich alle Erben gemeinsam über die Anordnung hinwegsetzen.⁵⁹ Eine Abwehr von Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüchen ist auf diesem Weg gem § 2306 BGB ohnehin nicht möglich.

1.2. Österreich: Das Verlassenschaftsverfahren

Nach österreichischem Recht geht das Vermögen des Verstorbenen nicht unmittelbar auf die Erben über. Vielmehr unterliegt der Erwerb durch die Erben einem gerichtlichen Verfahren und einer gerichtlichen Entscheidung, der sog Einantwortung. Erst mit der Einantwortung erwerben die Berechtigten Eigentum an den Gegenständen der Verlassenschaft.⁶⁰ Die Verlassenschaft ist das rechtliche Instrument, das die Zeitspanne zwischen dem Tod des Erblassers und der Einantwortung überbrückt.⁶¹ Der Vermögenstransfer setzt sich daher aus einem dreistufigen Prozess zusammen, nämlich dem Ableben des Erblassers, der Erbantrittserklärung der Erben und dem Einantwortungsbeschluss des Gerichts. Beim Tod des Erblassers geht dessen Vermögen auf eine – temporär bestehende – juristische Person, die Verlassenschaft, über. Mit der Abgabe der Erbantrittserklärung erhalten die Erben grundsätzlich die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen unter gerichtlicher Aufsicht. Mit der Einantwortung geht schließlich das Vermögen auf die Erben über. Der Erbschaftserwerb vollzieht sich immer nur aufgrund eines gerichtlichen Aktes.⁶²

Das österreichische Modell betont die hoheitliche Fürsorge für die an der Rechtsnachfolge Beteiligten und die Sicherung der Verlassenschaft.⁶³ Die Nachteile dieses unter dem gerichtlichen Verfahrensschutz stehenden gestreckten Übergangs des Vermögens vom Erblasser auf die Erben sind überschaubar: ein möglicher Zeitverlust wegen Einhaltung bestimmter Fristen sowie die Kosten, die mit der zwingenden Einbindung eines Notars als Gerichtskommissär verbunden sind. Schließlich wird auch die Verwaltungstätigkeit über das Vermögen durch die Familie unterbrochen, da die Erben erst mit der Erbantrittserklärung von Gesetzes wegen die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis darüber erlangen.⁶⁴

Umgekehrt bietet die gerichtliche Einbettung beträchtliche Vorteile. Die Durchführung eines Gerichtsverfahrens und die federführende Mitwirkung⁶⁵ eines Notars als Gerichtskommissär bieten ein hohes Maß an Rechtssicher-

heit⁶⁶ und einen Schutz für alle Beteiligten. Somit wird Rechtssicherheit und Befriedung unter den am Erbgang Beteiligten hergestellt.⁶⁷ Der gesetzlich zuständige Notar hat die Aufgabe, als neutrale Ansprechstation für alle Rechtsnachfolger tätig zu werden, hat Auskünfte über die Rechtslage und das weitere Vorgehen zu geben und das Verfahren voranzubringen. Er hat die maßgeblichen letztwilligen Verfügungen ausfindig zu machen, sichert das Vermögen des Verstorbenen und hat vor allem auch bei Uneinigkeit der Erben über die Vermögenszuordnung die Aufgabe, zwischen den Rechtsnachfolgern als Moderator und Mediator zu wirken.⁶⁸

Der Zeitverlust kann umgekehrt gerade auch als Zeitgewinn gesehen werden, um unter der gesetzlich vorgegebenen Moderation des Gerichtskommissärs die Zuordnung zu verhandeln und in einem Erbteilungsübereinkommen festzulegen. Das Erbteilungsübereinkommen ist ein Rechtsgeschäft, das – bei Vereinbarung während des Verlassenschaftsverfahrens – dazu führt, dass jeder Miterbe die ihm zustehende Sache als unmittelbare Rechtsfolge des Erbschaftserwerbs mit der Einantwortung erwirbt.⁶⁹ Gerade der Zeitgewinn kann dazu führen, dass bestimmte Steuernachteile wegen einer nunmehr vorzunehmenden Vermögenszuordnung nicht ausgelöst werden oder dass der Übergang von Gesellschaftsanteilen auf bestimmte Personen verhindert wird und damit zugleich unerwünschte Mehrheitsverhältnisse sowie interne Kontrollwechsel verhindert oder bestimmte Aufgriffsrechte in Syndikatsverträgen und sonstigen Regelwerken hintangehalten, *Change-of-control*-Klauseln nicht ausgelöst oder sonstige marktrechtliche Folgen (etwa im Übernahmerecht, im Mietrecht oder im Grundverkehrsrecht) nicht schlagend werden. Ab der Abgabe einer Erbantrittserklärung können die gewöhnlichen Unternehmensgeschäfte weitergeführt werden.

1.3. Würdigung

Das Verlassenschaftsverfahren ist in rechtsvergleichender Sicht ein Solitär.⁷⁰ Es kann aber als – durchaus positive – Atempause gesehen werden, die den Erben – bei Versäumnis des Erblassers – die zweite Chance zur eigenständigen Planung und zu einer optimalen Teilung und Zuordnung der Vermögensnachfolge gibt. Bei Einigkeit können Pflichtteilsansprüche durch Übergabe von Gegenständen gedeckt werden. Der Pflichtteilsanspruch entsteht und wird gem § 765 Abs 1 ABGB zum Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers fällig. Auch wenn dieser zwingend erst ein Jahr nach dem Ableben geltend gemacht werden kann (§ 765 Abs 2 ABGB), kann ab diesem Zeitpunkt bereits freiwillig und schuldbefreiend geleistet werden. Die deutsche Erbengemeinschaft ist als Gesamthandgemeinschaft schwerfällig; Probleme können sich wegen des Einstimmigkeitsprinzips insb dann ergeben, wenn schnelle Entscheidungen erforderlich sind.

⁵⁹ Siehe nur Weidlich in Palandt, BGB⁷⁷, § 2044 Rz 2.

⁶⁰ Kalss, Die Vererbung von Aktien, JEV 2015, 112.

⁶¹ Schauer in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 16 Rz 8; Kalss, JEV 2015, 113.

⁶² Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 11 Rz 1.

⁶³ Ferrari, Der Erwerb der Erbschaft, in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht (2007) 440.

⁶⁴ Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 11 Rz 4.

⁶⁵ Der Gerichtskommissär setzt die eigentlichen operativen Schritte; vgl Mondel, Die Manuktionspflicht des Gerichtskommissärs, iFamZ 2018, 247.

⁶⁶ Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 11 Rz 4.

⁶⁷ Schauer in Klang, ABGB³, Vor § 531 Rz 31.

⁶⁸ Schauer in Klang, ABGB³, Vor § 531 Rz 31; Bittner/Hawel in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 11 Rz 28.

⁶⁹ OGH 12.6.2012, 4 Ob 75/12a; Sprohar-Heimlich in Klang, ABGB³, § 550 Rz 7; Bittner in Rechberger, AußStrG² (2013) § 181 Rz 5.

⁷⁰ Schauer in Klang, ABGB³, Vor § 531 Rz 31.

2. Deckung des Pflichtteils

2.1. Deutschland: Ausschließlich Liquidität

Für das deutsche Pflichtteilsrecht gilt ausnahmslos das Prinzip der Barabfindung. Es ist kein Noterbrecht und vermittelt dem Berechtigten daher – anders als die Erbenstellung – keine unmittelbare, dingliche Beteiligung am Nachlass, sondern nur einen schuldrechtlichen Anspruch gegen den oder die Erben. Verlangt werden kann nur die Zahlung eines Geldbetrags, und zwar in Höhe der Hälfte des Werts des gesetzlichen Erbteils. Umgekehrt können die Erben den Pflichtteilsanspruch aber auch nur durch Geldzahlung erfüllen, wenn sie nicht mit dem Pflichtteilsberechtigten einen Konsens über eine andere Lösung finden. Eine Deckung des Pflichtteils durch Nachlassgegenstände ist nicht erzwingbar,⁷¹ wenn der Pflichtteilsberechtigte sich darauf nicht einlässt. §§ 2305 bis 2308 BGB schützen diejenigen Pflichtteilsberechtigten, die zwar vom Erblasser nicht völlig ausgeschlossen, aber doch nicht zureichend bedacht wurden: § 2305 BGB gibt dem pflichtteilsberechtigten Erben, dessen Erbteil unter dem Wert seines Pflichtteils liegt, gegen seine Miterben einen sog. Pflichtteilsrestanspruch auf Ausgleich des Wertunterschieds zwischen zugewendetem Erbteil und vollem Pflichtteil. § 2306 BGB hilft gegen Beschwerden und Beschränkungen: Ist etwa ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter in der letztwilligen Verfügung durch die Anordnung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt, dann kann er den Pflichtteil in Geld verlangen, wenn er die Erbschaft ausschlägt. § 2307 BGB verhindert, dass ein von der Erbfolge ausgeschlossener Pflichtteilsberechtigter auf ein Vermächtnis abgedrängt und auf diesem Weg nur mit einem bestimmten Nachlassgegenstand bedacht wird.⁷² Er kann den Pflichtteil verlangen, wenn er das Vermächtnis ausschlägt. Das rechtstechnisch verwickelte und nicht ohne Weiteres zugängliche System der §§ 2305 bis 2307 BGB stellt also im Ergebnis lückenlos sicher, dass der Pflichtteilsberechtigte tatsächlich Liquidität in die Hände bekommt und nicht mit irgendeinem Nachlassgegenstand abgefunden werden kann, mag dessen Wert auch der Höhe des Pflichtteils entsprechen.⁷³

2.2. Österreich: Werthaltigkeit, nicht Liquidität

In der Frage der Optionen zur Deckung eines Pflichtteils unterscheidet sich das österreichische Erbrecht einschneidend und folgenreich vom deutschen Prinzip der ausnahmslosen Barabfindung. Eine der grundlegenden Neuerungen des Pflichtteilsrechts durch das ErbRÄG 2015 ist die Klarstellung, dass die Wahl des Vermögenswerts zur Deckung des Pflichtteilsanspruchs völlig liberal gestaltet werden kann. Zwar ist der Pflichtteilsanspruch wie in Deutschland im Grundsatz ein Geldanspruch,⁷⁴ zulässig ist allerdings auch die Deckung durch vollkommen beliebige Zuwendungen von Todes wegen oder von Schenkungen, einschließlich der Schenkung von

Todes wegen gem § 603 ABGB.⁷⁵ Nur wenn diese nicht ausreichen, besteht ein auf Geld gerichteter Pflichtteilsergänzungsanspruch. Ausdrücklich sieht § 761 Abs 1 ABGB nunmehr vor, dass der Pflichtteil durch eine Zuwendung auf den Todesfall oder durch eine Schenkung unter Lebenden gedeckt werden kann. Zuwendungen auf den Todesfall sind ein Erbteil, ein Vermächtnis oder auch eine Zuwendung von Todes wegen aus einer Privatstiftung oder aus einem Trust.⁷⁶ Schon nach altem Recht wurden liberale Gestaltungen zugelassen.⁷⁷

Zum Zweck der Pflichtteilsdeckung kann alles zugewendet werden, was bewertbar ist und einen Wert hat. Auf den Zufluss liquider Mittel kommt es nicht an.⁷⁸ § 762 ABGB normiert nunmehr ausdrücklich, dass sich ein Pflichtteilsberechtigter im Prinzip alle Beschränkungen und Belastungen gefallen lassen muss.⁷⁹ Somit gibt es an und für sich von vornherein keine Zuwendung, die *per se* vorweg als taugliche Pflichtteilsdeckung ausscheidet.⁸⁰ Die Pflichtteilsdeckung kann mit Auflagen, Befristungen, Vermächtnissen, Belastungen, Belastungs- und Veräußerungsverboten versehen werden,⁸¹ ebenso mit einer Testamentsvollstreckung oder einer Nacherbschaft. Gesellschaftsanteile dürfen daher vinkuliert werden oder mit Vorkaufs- sowie mit Aufgriffsrechten belastet oder als Vorzugsaktien gestaltet sein. Ebenso ist es zulässig, dass nur ein Fruchtgenussvermächtnis oder ein Genussrecht oder ein Rentenvermächtnis eingeräumt sind.⁸²

Die Belastungen und Beschränkungen können letztwillig durch eine Anordnung im Testament verfügt werden oder den Gegenständen schon (wie bei einer Vinkulierung im Gesellschaftsvertrag) immanent sein.⁸³ Auszugehen ist davon, dass – entgegen der Formulierung in § 766 ABGB – dieser Wert dem Pflichtteilsberechtigten nicht innerhalb von fünf Jahren zugekommen sein muss, zumal der Zweck und die historische Absicht des Gesetzgebers klar sind.⁸⁴

Eine Erweiterung der Gestaltungsmöglichkeit zur Deckung des Pflichtteils liegt auch darin, dass nunmehr ausdrücklich auch Schenkungen unter Lebenden als Abdeckung

⁷¹ Zu den Grenzen kautelarjuristischer Gestaltung plastisch K. Schmidt, Pflichtteil, 47 ff.

⁷² Siehe nur Weidlich in Palandt, BGB⁷⁷, § 2307 Rz 1.

⁷³ Zu Recht bezeichnet K. Schmidt (Pflichtteil, 37 ff) daher das Barabfindungsprinzip als Quelle aller Probleme im Spannungsfeld zwischen Pflichtteil und Gestaltung der Unternehmensnachfolge.

⁷⁴ Schauer, Rechtsfragen, 244; Bittner/Hawel in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰², §§ 762, 763 Rz 2; Musger in Koziol/Bydliński/Bollenberger, ABGB⁵ (2017) § 763 Rz 1.

⁷⁵ Im deutschen Recht finden auf die Schenkung von Todes wegen die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Vollzieht der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstands doch noch zu eigenen Lebzeiten, so finden die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung; vgl § 2301 BGB. Da die Schenkung ein gegenseitiger Vertrag ist und die Schenkung so oder so vom Beschenkten angenommen werden muss, kann also auch über die Schenkung von Todes wegen das Prinzip der Barabfindung nicht ausgehebelt werden; zum österreichischem Recht siehe Pkt III.3.2.

⁷⁶ Schauer, Pflichtteilsrecht, 62; N. Arnold, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, GesRZ 2015, 346 (348); Klampfl, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015, JEV 2015, 120; siehe Pkt III.5.

⁷⁷ Zur Unterbeteiligung OGH 15.10.1998, 6 Ob 189/98g; zum Rentenvermächtnis bzw Fruchtgenuss Umlauf, Das zur Pflichtteilsdeckung geeignete Vermögen, in FS Woschnak (2010) 593; Krejci, Unternehmensnachfolge, 62 f; aA Welsner in Rummel/Lukas, ABGB⁴, § 774 Rz 4.

⁷⁸ Schauer, Rechtsfragen, 245; F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 117.

⁷⁹ Kogler, Die Ausschlagung im neuen Erbrecht, EF-Z 2018, 4 (6); Giller, Die Gestaltbarkeit der Pflichtteilsdeckung nach dem ErbRÄG 2015, JEV 2016, 58 (59 f); Schauer, ÖJZ 2017, 56.

⁸⁰ F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 117.

⁸¹ ErlRV 688 BlgNR 25. GP, 32; Schauer, ÖJZ 2017, 56; ders, Rechtsfragen, 245.

⁸² ErlRV 688 BlgNR 25. GP, 32; Schauer, ÖJZ 2017, 56; ders, Rechtsfragen, 245; ders, Pflichtteilsrecht, 64; Barth, Pflichtteilsrecht neu, in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 157 (163); Musger in Koziol/Bydliński/Bollenberger, ABGB⁵, § 762 Rz 1.

⁸³ Schauer, Rechtsfragen, 246.

⁸⁴ Giller, JEV 2016, 59 f; F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 122; Schauer, ÖJZ 2017, 57; ders, Rechtsfragen, 247; Klampfl, JEV 2015, 135 f; aA Musger in Koziol/Bydliński/Bollenberger, ABGB⁵, § 762 Rz 6; Umlauf, Erbrechtsreform 2015: Antinomie zwischen den Regelungen der Pflichtteilsdeckung und der Pflichtteilsstundung? in FS Echer (2017) 1189 (1196 ff).

für den Pflichtteil anerkannt werden.⁸⁵ Allein wenn der Erblasser den Erlass der Anrechnung letztwillig verfügt oder dies mit den Pflichtteilsberechtigten gem § 785 ABGB vereinbart, werden die Anrechnung und damit die Deckung nicht vorgenommen.⁸⁶

Schließlich besteht auch die Möglichkeit, den Pflichtteil durch eine Begünstigung bzw durch Zuwendungen aus einer Privatstiftung zu decken, wie dies ausdrücklich §§ 780 und 781 Abs 1 und 2 Z 5 ABGB normieren.⁸⁷

2.3. Österreich: Keine Ausschlagungsmöglichkeit

Wie bereits dargelegt, schützt das deutsche Erbrecht den Pflichtteilsberechtigten vor Gestaltungen, die seinen Anspruch auf liquide Mittel im Wert der Hälfte seines gesetzlichen Erbteils gefährden könnten, durch die Möglichkeit der Ausschlagung des zugedachten Erbteils oder Vermächnisses zugunsten eines Rückgriffs auf den Pflichtteilsanspruch. Auch insoweit ist die Rechtslage in Österreich anders: Gem § 808 Abs 2 ABGB kann eine pflichtteilsberechtigte Person die Erbschaft nicht unter dem Vorbehalt ihres Pflichtteils ausschlagen. Sie muss sich daher grundsätzlich Zuwendungen von Todes wegen pflichtteilsdeckend gefallen lassen.⁸⁸ Somit gibt es einen Vorbehalt des Geldpflichtteils nicht. Der Pflichtteilsberechtigte muss das ihm Zugewendete jedenfalls akzeptieren.⁸⁹ Deckt oder übersteigt der Wert des Erbteils oder des Vermächnisses den Pflichtteil daher und schlägt der pflichtteilsberechtigte Erbe das Erbrecht dennoch aus, geht er völlig leer aus.⁹⁰ Nur wenn das Erbrecht oder das Vermächnis wertmäßig hinter dem Pflichtteil zurückbleiben, kann der Pflichtteilsberechtigte neben der Zuwendung den nicht gedeckten Pflichtteil in Geld verlangen.⁹¹

Der Pflichtteilsberechtigte kann sich daher nach dem österreichischen Recht seinen ihm zugedachten Gegenstand nicht in Geld ablösen lassen. Durch die Erstreckung auf werthaltiges Vermögen, das unterschiedlichen Beschränkungen ausgesetzt werden kann, kann der Pflichtteil in der Familie dazu führen, dass mehrere Familienmitglieder Vermögen erhalten und „reich“ (dh vermögend) werden, ohne Geld zu haben. Das Pflichtteilsrecht führt nach österreichischem Recht zwar zur Teilung des Vermögens innerhalb der Familie, die Währung für das Pflichtteilsrecht muss aber nicht Geld, sondern kann jeder beliebige werthaltige Gegenstand und jedes Vermögensgut sein.⁹²

Die Pflichtteilsberechtigten sind wie der Erbe an dem mit Risiko und Volatilität behafteten unternehmerischen Vermögen beteiligt und es wird keine einseitige Risikozuweisung (einerseits unternehmerisches Vermögen und andererseits Bargeld) vorgenommen. Damit wird ein ganz maßgeblicher Schritt gesetzt, der die Gestaltungsmöglichkeiten für den Erblasser dramatisch erhöht und den Bestand des Un-

ternehmens sichert. Aus dieser Gestaltung heraus ergibt sich auch die Möglichkeit, den Pflichtteil erst aus dem Unternehmen zu verdienen; durch den Zeitgewinn wird er viel einfacher leistbar; selbstredend ist die zeitliche Streckung in der Bewertung des zugewendeten Rechts oder Gegenstands zu berücksichtigen.⁹³

3. Zuwendung an gemeinnützige Einrichtungen

3.1. Deutschland: Keine Privilegierung

In Deutschland sind weder Schenkungen unter Lebenden oder von Todes wegen noch Erbeinsetzungen an gemeinnützige Einrichtungen pflichtteilsfest. *De lege lata* werden Zuwendungen im Allgemeininteresse in keiner Weise gegenüber den allgemeinen erbrechtlichen Prinzipien zugunsten des Pflichtteilsberechtigten privilegiert. Insb sind unentgeltliche Zuwendungen an Stiftungen (in Form von Zustiftungen oder freien oder gebundenen Spenden) pflichtteilsergänzungspflichtige Schenkungen iSv §§ 2325 bis 2329 BGB. Dies hat der BGH in seiner Entscheidung zur Stiftung Dresdner Frauenkirche prägnant begründet:⁹⁴ Ohne weite Auslegung der §§ 2325 und 2329 BGB liefe das Pflichtteilsrecht Gefahr, seine materielle Bedeutung weitgehend zu verlieren, da der Erblasser es in der Hand hätte, Nachlass und Pflichtteilsansprüche zu schwächen. Auch die Verfolgung gemeinnütziger ideeller Zwecke könne eine solche Schwächung nicht rechtfertigen. Dass im Einzelfall die Motive durchaus aner kennenswert sein mögen und die als gemeinnützig gedachte Vermögensverschiebung im allgemeinen Interesse liegen könne, sei für die damit einhergehende Pflichtteilsverkürzung ohne Belang. Entsprechende Eingriffe in das Pflichtteilsrecht, so sie denn rechtspolitisch wünschenswert erschienen, seien dem Gesetzgeber vorbehalten. Vor dem Hintergrund der Anerkennung einer verfassungsrechtlich gewährleisteten Mindestteilhabe der Abkömmlinge durch das BVerfG im Jahr 2005⁹⁵ erscheint die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers insoweit aber von vorneherein begrenzt: Ein vollständiger Ausschluss von Pflichtteilsrechten zugunsten einer Privilegierung von gemeinnützigen Einrichtungen ist auch *de lege ferenda* nicht möglich.

3.2. Österreich: Volle Gestaltungsfreiheit des Erblassers

Ein wirkungsvoller Ausdruck des sehr viel liberaleren Zugangs der österreichischen Rechtsordnung gegenüber dem Erblasser liegt in § 784 ABGB. Dieser wurde 1916 im Zuge der 3. Teilnovelle⁹⁶ eingeführt und seitdem von der österreichischen verfassungsgerichtlichen Judikatur so akzeptiert. Gem § 784 ABGB sind Schenkungen, die der Erblasser aus Einkünften ohne Schmälerung des Stammvermögens, in Entsprechung einer sittlichen Pflicht oder aus Gründen des Anstands, insb aber solche, die er zu gemeinnützigen Zwecken gemacht hat, weder hinzu- noch anzurechnen. Bei Letzteren muss es sich um eine gemeinnützige Einrichtung handeln.

⁸⁵ F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 118.

⁸⁶ F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht², § 9 Rz 118; Klampfl, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 122; Umlauf, Die Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen im Erb- und Pflichtteilsrecht² (2018) 119.

⁸⁷ Siehe Pkt III.5.

⁸⁸ ErlRV 688 BlgNR 25. GP, 38.

⁸⁹ Kogler, EF-Z 2018, 6; Zöchling-Jud, Neuregelung, 74; Rabl, NZ 2015, 326 FN 58; Barth, Pflichtteilsrecht, 168.

⁹⁰ Kogler, EF-Z 2018, 6.

⁹¹ Kogler, EF-Z 2018, 6; ErlRV 688 BlgNR 25. GP, 25; Rabl, NZ 2015, 326 FN 58; Spruzina in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰², § 808 Rz 9.

⁹² Klampfl, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht (2018) 21; ders, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 123.

⁹³ Vor allem Hügel/Aschauer, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 227 (229 ff).

⁹⁴ BGH 10.12.2003, IV ZR 249/02, NJW 2004, 1382.

⁹⁵ BVerfG 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua.

⁹⁶ Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, RGBl 1916/69.

Zuwendungen an gemeinnützige Stiftungen werden ebenso weder hinzu- noch angerechnet.⁹⁷ Gemeinnützige Zwecke sind etwa Zuwendungen an öffentliche Institutionen (wie Schulen, Kindergärten, Spitäler oder Universitäten [zB die Wirtschaftsuniversität Wien oder die Universität zu Köln]) sowie Versorgungseinrichtungen für Bedürftige. Für diese Form der Schenkung besteht keine Begrenzung der Höhe nach.

Der Erblasser kann daher sein gesamtes Vermögen anrechnungsfrei verschenken⁹⁸ und so die Pflichtteilsberechtigten um den gesamten Pflichtteil bringen.⁹⁹ Der Gesetzgeber des Jahres 2015 hielt die alte Wertung der Förderung gemeinnütziger Vermögenswidmungen aufrecht.¹⁰⁰

Da das ErbRÄG 2015 die Schenkung auf den Todesfall gem § 603 ABGB nunmehr der Vertragstheorie unterworfen hat und sie daher als Schenkung iSv § 781 ABGB und nicht als Vermächtnis behandelt wird,¹⁰¹ unterliegen auch Schenkungen auf den Todesfall – wie sonstige Schenkungen unter Lebenden – der Hinzu- und Anrechnung. Der Geschenkgeber, der eine gemeinnützige Schenkung auf den Todesfall macht, muss die geschenkte Sache nicht einmal zu Lebzeiten entbehren.¹⁰² Damit erweitert sich der Gestaltungsspielraum des Erblassers über sein Vermögen noch einmal deutlich, zumal er bis zuletzt sein Vermögen halten kann.

3.3. Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigten

Das *de lege lata* fast unentziehbar deutsche Pflichtteilsrecht naher Angehöriger und die verfassungsrechtlich abgesicherte und damit auch *de lege ferenda* begrenzt einschränkbare Mindestteilhabe von Kindern geben diesen im Verhältnis zu den Eltern eine sehr starke Stellung. Auch bei familiären Spannungen oder Meinungsverschiedenheiten über die Zukunft des zu vererbenden Vermögens weiß der Pflichtteilsberechtigte, dass ihm die Hälfte seines Erbteils unentziehbar zusteht, und zwar in liquiden Mitteln. Dies wird durchaus positiv gesehen; in den deutschen erbrechtlichen Diskussionen findet sich immer wieder die Argumentation, dass das Pflichtteilsrecht sicherstelle, dass auf den Pflichtteilsberechtigten kein unangemessener Wohlverhaltensdruck ausgeübt werde. Dies klingt auch in der richtungsweisenden Entscheidung des BVerfG vom 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua, an: Gerade in den Fällen einer Entfremdung zwischen dem Erblasser und seinen Kindern oder gar der Zerrüttung dieser Beziehung setze das Pflichtteilsrecht der Testierfreiheit des Erblassers und der damit für ihn eröffneten Möglichkeit, ein Kind durch Enterbung zu „bestrafen“, Grenzen.

⁹⁷ Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵, Nach § 788 Rz 10; Kalss, Die pflichtteilsrechtliche Anrechnung im Stiftungsrecht, in Bertl/Eberhartinger/Egger/Hirschler/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Rust/Schuch/Staringer, Wertmaßstäbe (2018) 96.

⁹⁸ Welser in Rummel, ABGB³, § 785 Rz 14.

⁹⁹ Welser, Zur Reform der Anrechnung im Erbrecht, in FS W. Jud (2012) 773 (799).

¹⁰⁰ ErlRV 688 BlgNR 25. GP, 35; Schauer in Klang, ABGB³, Vor § 531 Rz 17; kritisch dazu Umlauf, Hinzu- und Anrechnung², 292 f; Welser Reform der Anrechnung, 799; ders, Reform des österreichischen Erbrechts, 160; Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB⁴, § 785 Rz 14. Die testamentarischen Zuwendungen an gemeinnützige Einrichtungen steigen derzeit spürbar; siehe <https://derstandard.at/2000090352279/Immer-mehr-Oesterreicher-spenden-per-Testament>.

¹⁰¹ Umlauf, Hinzu- und Anrechnung², 293.

¹⁰² Umlauf, Hinzu- und Anrechnung², 293; Schauer, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in Barth/Pesendorfer, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 193; ders in Klang, ABGB³, Vor § 531 Rz 17.

Im Gegensatz dazu bietet das österreichische Recht mit seiner Option von Zuwendungen an gemeinnützige Einrichtungen zulasten der Pflichtteilsberechtigten dem Erblasser ein nicht zu unterschätzendes Disziplinierungsinstrument. Ihm steht ein einfach handhabbares Steuerungsinstrument zur Verfügung, bis zuletzt ohne jede zeitliche Schranke über sein gesamtes Vermögen zulasten der Pflichtteilsberechtigten und Familienangehörigen zu verfügen. Die Rechtsnachfolger haben gegebenenfalls überhaupt keinen Anspruch auf Teilhabe am Vermögen des Erblassers oder am Familienvermögen. Gerade dieses *Worst-case-Szenario* kann sich durchaus konstruktiv auf die innerfamiliäre Dynamik und Entscheidungsfindung auswirken, weil es tendenziell zu einer Steigerung des Einigungsdrucks für vertragliche Lösungen für eine zukünftige Zuordnung des unternehmerischen Vermögens bereits zu Lebzeiten des Vermögensinhabers führt und damit auch zu einer Förderung des Einigungswillens.¹⁰³

Praktische Erfahrungen zeigen, dass ein Testament vielfach nicht allein vom Erblasser in der stillen Kammer geschrieben oder allein von einem Rechtsberater für den Erblasser aufgesetzt und diskutiert wird. In den Konstellationen der Vererbung unternehmerischen Vermögens ist eine letztwillige Verfügung häufig das Ergebnis eines Verhandlungsprozesses in der Familie. Solange der Erblasser die Möglichkeit hat, sein gesamtes Vermögen seinen Rechtsnachfolgern auf einfache Art zur Gänze zu entziehen, steigert er die Wahrscheinlichkeit einer vertraglichen Lösung und die Bereitschaft unter den Rechtsnachfolgern, Kompromisse einzugehen, die es auch erlauben, Emotionen einzufangen und rationalen Überlegungen (wie der Konzentration der Unternehmensleitung und des Einflusses einerseits sowie der Teilhabe am wirtschaftlichen Nutzen andererseits) in sachgerechter Weise zum Durchbruch zu verhelfen.

4. Berücksichtigung von Zuwendungen unter Lebenden

4.1. Problemstellung

Der Zweck der Hinzu- und Anrechnung im Pflichtteilsrecht liegt im Schutz der Pflichtteilsberechtigten und im Ausgleich unter den Pflichtteilsberechtigten einerseits sowie im Gedanken der Verfügungsfreiheit zugunsten des Erblassers andererseits.¹⁰⁴ Es geht zum einen um die Frage, ob und inwieweit der Pflichtteilsberechtigte vor unentgeltlichen Übertragungen von Vermögen an Dritte zu Lebzeiten des Erblassers geschützt wird, zum anderen um die Berücksichtigung von entsprechenden Zuwendungen an den Pflichtteilsberechtigten selbst. Zu unterscheiden sind daher zwei unterschiedliche Konstellationen, nämlich die nachträgliche Zurechnung des „verschenkten“ Vermögens zur vorhandenen Verlassenschaft (dh die Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Ermittlung

¹⁰³ Zwar bietet das österreichische Recht nicht die Möglichkeit eines Erbvertrages unter Geschwistern oder zwischen Eltern und Geschwistern, wie das deutsche Recht dies eröffnet. Allerdings kann durch eine entsprechende Gestaltung von Übergabeverträgen, kombiniert mit Pflichtteilsverzichtverträgen, die gleiche Wirkung erzielt werden wie mit dem generationsübergreifenden Erbvertrag in der Familie.

¹⁰⁴ Apathy, Zur Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, ÖJZ 2016, 805 (806); ders, Hinzurechnung und Anrechnung im neuen Erbrecht, in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Gesellschaftsrecht und Erbrecht (2016) 1 (3); Umlauf, Hinzu- und Anrechnung², 12 f; Schauer, Hinzu- und Anrechnung, 195.

der Pflichtteilsansprüche) und die Anrechnung von Vermögen, die sich ein Pflichtteilsberechtigter gefallen lassen muss, wenn er tatsächlich bereits werthaltiges Vermögen vom Erblasser vorweg erhalten hat.¹⁰⁵

4.2. Deutschland: Zeitlich begrenzte Pflichtteilsergänzung und Anrechnung von Zuwendungen bei Anrechnungsbestimmung

Das sehr schneidige Pflichtteilsergänzungsrecht der §§ 2325 ff BGB zielt auf Schutz vor Ausfüllung und Umgehung des Pflichtteilsrechts durch eine unentgeltliche Weitergabe von Vermögenswerten (an Dritte) zu Lebzeiten des Erblassers. Der Pflichtteilsberechtigte kann als Ergänzung seines Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass zugerechnet wird. Eine Schenkung bleibt unberücksichtigt, wenn seit dem Erbfall 10 Jahre vergangen sind. Innerhalb des ersten Jahres vor dem Erbfall wird die Schenkung in vollem Umfang berücksichtigt, innerhalb jedes weiteren Jahres vor dem Erbfall um jeweils ein Zehntel weniger. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch schmilzt gem § 2325 Abs 3 BGB also mit jedem Jahr zwischen Schenkung und Erbfall um 10 % ab.¹⁰⁶ Die Regelung wird von der höchstrichterlichen Rspr tendenziell pflichtteilsfreundlich gehandhabt: Eine Leistung des verschenkten Gegenstands iSv § 2325 Abs 3 BGB soll nur dann vorliegen, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand weiter zu nutzen.¹⁰⁷ Hat der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk von dem Erblasser erhalten, so ist das Geschenk gem § 2327 BGB in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk im Nachlass zuzurechnen.¹⁰⁸ Bei Schenkungen an Ehegatten beginnt der Fristablauf überhaupt erst mit der Scheidung der Ehe. Wird die Ehe durch Tod aufgelöst, sind somit alle während der gesamten Ehezeit von dem Erblasser an seinen überlebenden Ehegatten¹⁰⁹ gemachten Schenkungen (auch die sog unbenannten Zuwendungen) ergänzungspflichtig, auch wenn sie Jahrzehnte zurückliegen.¹¹⁰ Generell ausgenommen von einer Pflichtteilsergänzung sind gem § 230 BGB lediglich Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer aus Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, eine Regelung, die von der höchstrichterlichen Rspr wiederum äußerst pflichtteilsfreundlich gehandhabt wird.

Lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten werden nur unter bestimmten Voraussetzungen berücksichtigt: Der Pflichtteilsberechtigte hat sich gem § 2315 BGB auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen, was ihm von dem Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, dass es auf den Pflichtteil angerechnet werden soll. Die Anrechnungsbestimmung muss so deutlich sein, dass ihre Tragweite dem Pflichtteilsberechtigten zu Bewusstsein kommen musste und er somit abwägen konnte, ob ihm die Zuwendung eine

Verminderung seines späteren Pflichtteils wert ist. Der Erblasser kann die Anrechnungsbestimmung nicht später nachholen.¹¹¹

4.3. Österreich: Zwei Jahre oder immer!

Nach dem ErbRÄG 2015 werden in Österreich alle wirtschaftlichen Schenkungen iSv § 781 ABGB angerechnet. Das österreichische Recht kennt nur das Alles-oder-nichts-Prinzip. Nur Schenkungen aus Anstand oder sittlicher Pflicht sind hiervon ausgenommen. Gerade aus Sicht der Planung des Unternehmens sind wesentliche Aspekte zu beachten. Zunächst ist zu unterscheiden, ob eine Schenkung an eine – abstrakt¹¹² – pflichtteilsberechtigten oder eine nicht pflichtteilsberechtigten Person vorgenommen wird.

Im österreichischen Recht ist diese Entscheidung deshalb von so großer Bedeutung, weil an nicht pflichtteilsberechtigten Personen bis zwei Jahre vor dem Tod ohne Zu- bzw Anrechnung eine Schenkung vorgenommen werden kann, während gegenüber pflichtteilsberechtigten Personen Schenkungen unbefristet und unbeschränkt angerechnet werden, unabhängig davon, wann die Schenkung stattgefunden hat. Der Grund für die Festlegung der Zweijahresfrist liegt darin, dass das Gesetz nur die letzte Zeit vor dem Tod des Erblassers als umgehungsgefährdet ansieht.¹¹³ Das Gesetz anerkennt somit, dass Vermögensübergaben, die länger als zwei Jahre zurückliegen, nicht mehr in die Ermittlung der Pflichtteilsberechtigungen einbezogen werden,¹¹⁴ da sie „unverdächtig“ sind.¹¹⁵ Damit kann eine Schenkung (etwa an den Schwiegersohn oder die Schwiegertochter, an eine Schwägerin oder an den Bruder) noch bis relativ kurz vor dem Tod, nämlich zwei Jahre, davor vorgenommen werden. Sie ist kein Rechtsmissbrauch.¹¹⁶

Die Besonderheit der österreichischen Privatstiftung liegt darin, dass sie nicht nur für gemeinnützige Zwecke etabliert werden kann, sondern für jeden erlaubten Zweck, insb auch für eigennützige Zwecke und damit für die Versorgung der Familie oder auch nur einzelner Familienmitglieder oder bestimmter anderer Personen. Gerade die Zweckoffenheit macht die Privatstiftung besonders interessant für die Vermögensweitergabe (auch von unternehmerischem Vermögen). Der Preis für diese offene Gestaltungsmöglichkeit liegt aber in der gem § 15 Abs 2 PSG angeordneten Sollbruchstelle, der zwingenden Überantwortung der Geschäftsführung der Privatstiftung an nicht begünstigte Personen. Im Kontext der Vermögensnachfolge sind dies regelmäßig familienfremde Personen. Zudem beschränkt die Judikatur des OGH – entgegen dem gesetzgeberischen Anlie-

¹¹¹ Zu den Einzelheiten *Weidlich in Palandt*, BGB⁷⁷, § 2325 Rz 2 ff.

¹¹² *F. Binder/Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, *Erbrecht*², § 9 Rz 22. Abstrakt heißt, dass die Pflichtteilsberechtigung im Grundsatz besteht, aber noch eine Person dazwischen ist und den aktuellen Anspruch verdrängt (zB Enkel im Verhältnis zur Oma, wenn die Mutter noch lebt).

¹¹³ HHH 78 BlgHH 21. Sess, 116; *Kletečka*, *Pflichtteilsrechtliche Behandlung der Errichtung einer Privatstiftung*, EF-Z 2012, 4 (6); *Kalss/Probst*, *Familienunternehmen*, Rz 21/197.

¹¹⁴ *Schauer*, *Privatstiftung und Pflichtteilsrecht*, NZ 1993, 251 (252); *Kletečka*, EF-Z 2012, 7; *Kalss*, *Pflichtteilsrechtliche Anrechnung*, 96.

¹¹⁵ *Schauer*, NZ 1993, 252; *Kletečka*, EF-Z 2012, 7; *Kalss/Probst*, *Familienunternehmen*, Rz 21/197; *Kalss*, *Pflichtteilsrechtliche Anrechnung*, 96.

¹¹⁶ OGH 30.1.2018, 2 Ob 213/17p; kritisch *Hofmann*, *Kritische Anmerkungen zum Konstrukt der „typisierenden Betrachtungsweise“*, NZ 2018, 204.

¹⁰⁵ *Klampfl*, *Pflichtteilsrechtliche Anrechnung*, 119.

¹⁰⁶ Zu den Einzelheiten siehe nur *Weidlich in Palandt*, BGB⁷⁷, § 2325 Rz 24.

¹⁰⁷ Zu den Einzelheiten *Weidlich in Palandt*, BGB⁷⁷, § 2325 Rz 7 ff.

¹⁰⁸ Zu den komplizierten Einzelheiten *Weidlich in Palandt*, BGB⁷⁷, § 2327 Rz 2.

¹⁰⁹ Dies gilt gem § 10 LPartG auch für den eingetragenen Lebenspartner.

¹¹⁰ Zu den Einzelheiten *Weidlich in Palandt*, BGB⁷⁷, § 2325 Rz 29.

gen und über den Gesetzeswortlaut hinaus – die Kontrollmöglichkeiten der Familie.

Wann beginnen die zwei Jahre? Der entscheidende Zeitpunkt, wann diese zwei Jahre zu laufen beginnen, ist gem § 788 ABGB jener, zu dem die Schenkung wirklich gemacht wurde. Das Gesetz knüpft damit an die sog Vermögensopfertheorie an.¹¹⁷ Die Vermögensopfertheorie zielte genau darauf ab, eine Umgehung des Pflichtteilsrechts für zwar außerhalb der Zweijahresfrist vereinbarte, aber noch nicht endgültig erbrachte Zuwendungen zu verhindern. Folgende Umstände müssen vorliegen, damit eine Schenkung wirklich gemacht worden ist:¹¹⁸ Zunächst muss eine wirksame schuldrechtliche Verpflichtung auf Übertragung des Vermögensgegenstands eingegangen werden; der Beschenkte muss die sachenrechtliche Eigentümerstellung erhalten haben; der Eigentumsübergang muss vollzogen sein, ohne dass der Schenker den Eigentumsübergang jederzeit wieder rückgängig machen kann. Das Vermögensopfer ist somit erst dann erbracht, wenn die Substanz vom Schenker endgültig aufgegeben wurde. Dies setzt etwa eine Zuwendung oder Schenkung ohne Widerrufsvorbehalt oder eine ähnliche vertragliche Gestaltung (wie ein Angebot der Rückschenkung) voraus.¹¹⁹ Das Vermögensopfer ist nach der Judikatur und entgegen der überwiegenden Literatur auch nicht erbracht, wenn der Schenker oder der Stifter sich bei Übertragung des Vermögens das gesamte Fruchtgenussrecht zurückbehalten haben.¹²⁰

Der maßgebliche Bewertungszeitpunkt ist gem § 788 ABGB der Zeitpunkt der tatsächlich gemachten Schenkung.¹²¹ Der Zeitpunkt des Todes ist nach geltendem Recht nur dann der maßgebliche Bewertungszeitpunkt, wenn das Vermögensopfer bis dahin noch nicht erbracht worden ist. Ist hingegen das Vermögensopfer durch eine Schenkung erbracht worden, so steht der Zeitpunkt der Bewertung fest.¹²² Dieser Wert ist sodann auf den Todeszeitpunkt nach einem von der Statistik Austria verlaublichen Verbraucherpreisindex anzupassen.¹²³ Die Bewertungsregelung gilt für alle Vermögensgegenstände, für bewegliche und unbewegliche Sachen, für Gesellschaftsanteile und Unternehmen. Die Planungssicherheit wird dadurch für den Geschenkenehmer insofern deutlich erhöht, als dass der Erblasser keine massiven Wertschwankungen erwarten muss und somit schon zum Zeitpunkt der Schenkung die Höhe der bereits gedeckten Pflichtteile kennt.¹²⁴

¹¹⁷ OGH 5.6.2007, 10 Ob 45/07a; 6.8.2015, 2 Ob 125/15v, PSR 2015/49 (Zollner); Kalss, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 96 f.

¹¹⁸ Kalss, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 96 f; Klampfl, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 129; ders, Die Einräumung einer Stifterstellung als Schenkung unter Lebenden im Pflichtteilsrecht, GesRZ 2018, 69; Schauer, Hinzu- und Anrechnung, 219 f.

¹¹⁹ Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵, §§ 782, 783 Rz 4; Schauer, Hinzu- und Anrechnung, 219 f; Kalss, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 97.

¹²⁰ OGH 6.8.2015, 2 Ob 125/15v; 22.3.2018, 2 Ob 198/17a; RIS-Justiz RS0130273.

¹²¹ Dies wurde vor dem ErbRÄG 2015 von der Literatur gefordert; vgl Rabl, Die Auswirkungen eines Fruchtgenussvorbehalts auf die Schenkungsanrechnung (Teil I), NZ 1999, 291 (298); L. Eder, Die Bewertung des Unternehmens zum Zwecke der Pflichtteilsanrechnung, JEV 2011, 49 (53); Kletečka, EF-Z 2012, 12; Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rz 21/229.

¹²² ErlRV 688 BlgNR 25. GP, 35; Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵, § 788 Rz 1; Schauer, Hinzu- und Anrechnung, 215; Hügel/Aschauer, Pflichtteilsrecht, 252 ff; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung², 299 f.

¹²³ Apathy, Hinzurechnung, 19; Musger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁵, § 788 Rz 1; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung², 300.

¹²⁴ Rucker, Die Anrechnung im neuen Erbrecht, NZ 2016, 81 (89); Schauer, Hinzu- und Anrechnung, 215; Umlauf, Hinzu- und Anrechnung², 301; siehe schon vorher Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rz 21/224.

5. Die Rolle der Stiftung

5.1. Deutschland: Uneingeschränkte Wirkung des Pflichtteilsrechts

Nach deutschem Recht bieten Stiftungslösungen bei der Nachfolgeplanung und Nachfolgegestaltung im Hinblick auf das Pflichtteilsrecht keine größere Flexibilität. Sowohl lebzeitige als auch letztwillige Vermögensübertragungen auf bereits existierende Stiftungen in Form von Stiftungen und Spenden als auch die Vermögensausstattung von Stiftungen, die lebzeitige oder von Todes wegen errichtet werden, unterfallen uneingeschränkt dem Wirkungsbereich des Pflichtteilsrechts. Dies gilt ohne Rücksicht auf den Stiftungszweck, sodass insb gemeinnützige Stiftungen und Familienstiftungen keinen anderen Maßstäben unterliegen. Lebzeitige Vermögenstransfers an bereits existierende Stiftungen stellen Schenkungen dar und unterfallen infolgedessen der Pflichtteilsergänzung nach §§ 2325 ff. BGB.¹²⁵

5.2. Vermögenswidmung an die Privatstiftung als relevante Schenkung

Seit dem ErbRÄG 2015 anerkennt das österreichische Recht gem § 781 Abs 2 Z 4 und 5 ABGB ausdrücklich erbrechtliche und pflichtteilsrechtliche Wirkungen von Privatstiftungen und normiert, dass die Vermögenswidmung an eine Privatstiftung als zurechnungs- und anrechnungsfähige Schenkung anzusehen ist und dass die Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung als derartige Schenkung zu qualifizieren ist. Nach dem alten Erbrecht war es eine der viel diskutierten Fragen, ob die Einräumung der Begünstigtenstellung überhaupt zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist und in welcher Weise die Einräumung der Begünstigtenstellung zu berücksichtigen war.¹²⁶

Überträgt der Stifter sein Vermögen (dh sein Unternehmen) an eine Privatstiftung, so ist dies eine Übertragung an eine dritte – nicht abstrakt pflichtteilsberechtigende – Person. Mit der Vermögenswidmung beginnt daher grundsätzlich die Zweijahresfrist gem § 784 ABGB zu laufen. Das Vermögen der Privatstiftung steht im Eigentum der Privatstiftung und nicht des Erblassers. Das Vermögen der Privatstiftung wird aber dem Stifter für die Ermittlung der Pflichtteile so lange zugerechnet, als er einen qualifizierten Zugriff auf das Vermögen der Privatstiftung hat. Dies bedeutet: Solange der Stifter das Vermögensopfer noch nicht erbracht und das Vermögen der Privatstiftung noch nicht endgültig gewidmet hat, weil er eben noch darauf zugreifen kann,¹²⁷ wird ihm das Stiftungsvermögen zugerechnet. Es wird bei Ermittlung des Pflichtteilsanspruchs auch der Verlassenschaft als Bemessungsgrundlage zugerechnet.

Sofern sich ein Stifter daher in der Stiftungsurkunde das Widerrufsrecht oder das Recht auf Änderungen vorbehält,

¹²⁵ Umfassend zu allen Grundsatz- und Einzelfragen die Dissertationen von Ch. M. König, Stiftung.

¹²⁶ Siehe dazu nur B. Jud, Privatstiftung und Pflichtteilsdeckung, in FS Welsch (2004) 369 (380 ff); Schauer, Privatstiftung und Erbrecht, in Gassner/Goeth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen (2000) 15 (31); Giller, Die Hinterlassung des Pflichtteils, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) 535 (556); Kalss, Stiftungsrechtliche Maßnahmen der Vermögenszuteilungen in und durch die Privatstiftung, in FS Woschnak (2010) 235 (246).

¹²⁷ Siehe Pkt III.4.

wird ihm mangels Vermögensopfers¹²⁸ das Vermögen zugeordnet und somit nicht dem Pflichtteilsberechtigten entzogen. Gibt aber der Stifter umgekehrt diese Rechte zwei Jahre vor seinem Tod auf, so fällt das gesamte Vermögen der Privatstiftung aus dem zuzurechnenden Vermögen für die Ermittlung des Pflichtteils gem § 785 ABGB heraus. Nach ganz überwiegender Lehre und auch Judikatur¹²⁹ sind aber andere Einflussnahmemöglichkeiten (wie etwa die Besetzung von Organen und faktische Einflussnahmemöglichkeiten ohne rechtliche Absicherung) nicht zurechnungsbe gründend.¹³⁰

5.3. Die Einräumung der Begünstigtenstellung als Schenkung

Zwischen der Begünstigtenstellung als solcher und der einzelnen Zuwendung von der Privatstiftung an den jeweils Begünstigten ist zu unterscheiden.¹³¹ Mit der Begründung der Begünstigtenstellung kommt einem Begünstigten je nach gesetzlicher oder statutarischer Ausgestaltung seiner Rechtsposition überhaupt erst die Möglichkeit zu, Träger der Begünstigtenrechte zu sein. Er ist berechtigt, die Begünstigtenrechte auszuüben, und erhält ein Recht auf Zuwendung oder zumindest eine Aussicht darauf. Mit der Einräumung der Begünstigtenstellung wird die zukünftige Zuwendung durch die Privatstiftung bis zu einem bestimmten Grad wahrscheinlich.¹³² In der Einräumung der Begünstigtenstellung liegt eine dreipersonale Beziehung zwischen dem Stifter als Geschenkgeber (Erblasser), dem Begünstigten als Geschenknehmer und der Privatstiftung, der gegenüber die Begünstigtenstellung besteht, vor.¹³³ Damit ist eine Schenkung im wirtschaftlichen Sinn anzuerkennen.¹³⁴ Der Stifter als Geschenkgeber¹³⁵ veranlasst mit Schenkungsabsicht eine freigiebige Vermögensverschiebung unter Lebenden aus seinem Vermögen in das Vermögen des Begünstigten als Geschenknehmer.¹³⁶ Die Begünstigtenstellung ist aber nicht jedenfalls als Schenkung iSv § 781 ABGB anzusehen, sondern nur dann, wenn die Begünstigtenstellung zum maßgeblichen Bewertungszeitpunkt über einen bewertbaren Vermögenswert verfügt.¹³⁷ Wurde die Zuwendung schon erbracht und wurde sie vom Stifter veranlasst, so ist diese Zuwendung als Deckung des Pflichtteils grundsätzlich geeignet¹³⁸ und jedenfalls zu berücksichtigen.¹³⁹

¹²⁸ Siehe dazu zuletzt nur OGH 22.3.2018, 2 Ob 98/17a; Klampfl, GesRZ 2018, 198; Kalss, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 97.

¹²⁹ OGH 22.3.2018, 2 Ob 98/17a.

¹³⁰ OGH 22.3.2018, 2 Ob 98/17a; Klampfl, GesRZ 2018, 198; H. Foglar-Deinhardstein, NZ 2018, 215.

¹³¹ Kalss, Die einmalige Zuwendung, ZfS 2015, 137 (139).

¹³² Zollner, Die eigennützige Privatstiftung (2011) 255; ders, Der Verzicht auf die Begünstigtenstellung, in FS Delle Karth (2013) 1075 (1076); Kalss, ZfS 2015, 139; dies, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 100.

¹³³ Klampfl, Privatstiftung, 35; Kalss, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 100.

¹³⁴ Klampfl, JEV 2015, 128; ders, Privatstiftung, 36; ders, GesRZ 2018, 74; Zöchling-Jud, Nochmals: Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015, ZfS 2017, 162 (172); Zollner/Pitscheider, Pflichtteilsrechtliche Aspekte einer Begünstigtenstellung, PSR 2016, 8 (11); Schauer, Hinzu- und Anrechnung, 207.

¹³⁵ Klampfl, GesRZ 2018, 74.

¹³⁶ Egger in Schwimann/Neumayr, ABGB-Taschenkommentar⁴ (2017) § 781 Rz 5; Kalss, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 100.

¹³⁷ Klampfl, JEV 2015, 128; ders, Privatstiftung, 37; Hügel/Aschauer, Pflichtteilsrecht, 263; H. Foglar-Deinhardstein, NZ 2018, 215 ff.

¹³⁸ Klampfl, GesRZ 2018, 76.

¹³⁹ Klampfl, GesRZ 2018, 199; ders, Privatstiftung, 37; Kalss, Pflichtteilsrechtliche Anrechnung, 103.

5.4. Stiftung

Damit eröffnen sich in Österreich für den Erblasser, der zugleich Stifter ist, unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten, je nach Ausformung der Privatstiftung zur Lenkung und Gestaltung der Pflichtteilsdeckung. Die Privatstiftung ermöglicht es etwa, dass klare Aufträge bzw Weisungen¹⁴⁰ des Stifters gegenüber dem Vorstand in der Stiftungsurkunde festgeschrieben werden. Wenn kein Änderungsvorbehalt besteht, ist die Privatstiftung dennoch als vom Stifter losgelöst anzusehen.

Durch die Einsatzmöglichkeit der Privatstiftung wird es leichter möglich, unternehmerisches Vermögen in einer Hand zusammenzuhalten und nicht der erbrechtlichen Teilung zu unterwerfen und zugleich auch die Einflusspositionen im Unternehmen entsprechend dauerhaft zuzuordnen.

6. Zwischenergebnis

Eine vergleichende Detailanalyse der Regelungen des österreichischen und des deutschen Pflichtteilsrechts zeigt, dass trotz gemeinsamer Ausgangsposition zwischen den beiden Systemen ein bedeutender Unterschied besteht, in welcher Form Pflichtteilsansprüche erfüllt werden können. Die Regelungen des deutschen Rechts vermitteln dem Pflichtteilsberechtigten sofort fällige, auf Geld gerichtete Zahlungsansprüche, also Liquidität. Die österreichischen Regelungen eröffnen dagegen die Option, im Rahmen der sog Pflichtteilsdeckung den Pflichtteil – statt in Form einer Barabfindung – in Form nicht sofort liquidierbaren Vermögens (etwa in vinkulierten Gesellschaftsanteilen oder künftig zu erwartenden Ausschüttungen einer Privatstiftung) im Wert des Pflichtteilsanspruchs zu erfüllen. Es bestätigt sich also die einleitend formulierte Gegenüberstellung „Liquidität versus Wertteilhabe“.

IV. Pflichtteilsrecht neu gedacht!

1. Ausgangspunkt: Die Modelle in der Gesamtschau

1.1. Ähnliche Regelungen – unterschiedliche Wirkungen

Sowohl die deutsche als auch die österreichische Rechtsordnung erkennen den Pflichtteilsanspruch bzw den Pflichtteils-ergänzungsanspruch im Ausgangspunkt als Anspruch auf Barabfindung an. Die Rechtstechnik des Pflichtteilsregimes ist daher auf dem ersten Blick durchaus ähnlich. Tatsächlich ist aber festzustellen, dass wenige, eher unscheinbare Stellschrauben im österreichischen Recht zu Unterschieden führen, die wesentliche Auswirkungen auf den Spielraum für eine vorsorgende Gestaltung einer Unternehmensnachfolge haben. Die Reichweite der Unterschiede und das Ausmaß an unterschiedlicher Gestaltungskraft der Pflichtteilsrechte in Deutschland und Österreich werden erst bei genauer funktionaler Analyse und Einbettung in die einzelnen gesetzlichen Vorgaben und privatautonomem Gestaltungsmöglichkeiten erkennbar und müssen anhand konkreter Beispiele erprobt werden.

¹⁴⁰ Zur Zulässigkeit des Stiftungsauftrags in der Stiftungserklärung gegenüber dem Stiftungsvorstand R. Briem, GesRZ 2015, 337; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 7/76.

1.2. *Großer Gestaltungsspielraum nach österreichischem Recht*

Das österreichische Recht bietet dem Erblasser unternehmerischen Vermögens einen deutlich größeren Gestaltungsspielraum als das deutsche Recht. Dies ist auf den ersten Blick nicht erkennbar und wird auch vom Gesetzgeber nicht offen dargelegt. Eine ausdrückliche Berücksichtigung der Besonderheiten unternehmerischen Vermögens findet sich im Gesetz bei der Stundung des Geldpflichtteils gem §§ 766 und 767 ABGB: Hier wird die Bedeutung des Erhalts von Unternehmen ausdrücklich als wichtig anerkannt, gleichzeitig aber eine Stundungsregelung eingeführt, die wirtschaftlich vollkommen unattraktiv ist, solange sich das Zinsniveau nicht deutlich, jedenfalls über den gesetzlichen Zinssatz von 4 % erhöht. Auch aus anderen Gründen hat der Erblasser in Österreich mehr Möglichkeiten, unternehmerisches Vermögen nach seinem Willen seinen Rechtsnachfolgern zu übergeben und das unternehmerische Vermögen zusammenzuhalten, als in Deutschland. Dies ergibt sich im Zusammenspiel verschiedener auf den ersten Blick recht unscheinbarer Instrumente, wie der Eignung jeglichen werthaltigen Vermögens zur Deckung des Pflichtteils, der freien Zuwendbarkeit des Vermögens an eine gemeinnützige Einrichtung, der freien Zuwendung an nicht pflichtteilsberechtigten Personen oder Einrichtungen bis zwei Jahre vor dem Tod, der rechtssicheren Gestaltbarkeit von Schenkungen und schließlich der weitgreifenden Einsetzbarkeit der Privatstiftung als Alternative zum Erbrechtsmodell und zur Sicherung des Zusammenhalts des Vermögens und zur Lenkung der Pflichtteilsansprüche. Der liberale Gestaltungszugang des österreichischen Rechts räumt dem Erblasser Wahlmöglichkeiten ein. So kann er den Pflichtteilsberechtigten völlig freies ungebundenes liquides Vermögen hinterlassen oder übertragen oder nur unternehmerisch gebundenes Vermögen. Dies hängt allein vom Erblasserwillen ab. Er kann dieses Vermögen auch entsprechend dem Talent und dem Interesse der Berechtigten zuteilen (etwa bereits vorweg durch Zuwendungen und Schenkungen unter Lebenden oder aber von Todes wegen). Letztlich eröffnet das österreichische Recht auch noch nach dem Tod des Erblassers durch das von einem Gerichtskommissär gut moderierte Erbteilungsübereinkommen eine unternehmerisch sinnvolle Erbteilung, mittels der es gelingen kann, unternehmerisches Vermögen entsprechend den Interessen der Berechtigten zuzuordnen.

1.3. *Akzeptanz der Zerstörung des Bestehenden nach deutschem Recht*

Die deutsche Regelung bewirkt, dass der Pflichtteilsberechtigte durch zwingende Zuerkennung einer Barabfindung Liquidität erhält, die ihn in die Lage versetzt, den Barbetrag ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers oder irgendwelche Familieninteressen gänzlich neu zu disponieren und zu gestalten. Er hat in seinen Entscheidungen die völlige Unabhängigkeit vom bisherigen Vermögen und zugleich von den Erben oder anderen Pflichtteilsberechtigten. Ob gerade diese Freiheit, losgelöst von jeder Verantwortung, von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung iSd Rspr des BVerfG abgedeckt ist, erscheint eher zweifelhaft. Wie darge-

legt, geht es dem BVerfG um das familiäre Band zwischen Erblasser und Abkömmlingen sowie um Verteilungsgerechtigkeit zwischen den Abkömmlingen.¹⁴¹ Zur Frage, ob die wirtschaftliche Teilhabe auch die individuelle Freiheit zu einem Neustart umfassen muss, hat sich das BVerfG nicht geäußert.

Kehrseite der Zubilligung verantwortungsfreier Liquidität ist die Akzeptanz der gegebenenfalls vollkommenen Zerstörung des Bestehenden und Alten. Die Wirkung des deutschen Pflichtteilsrechts liegt darin, dass der Pflichtteilsberechtigte vollkommen frei für etwas Neues wird, selbst wenn das bestehende, an sich gut eingerichtete Unternehmen deswegen verkauft, geteilt und – im äußersten Fall – auch vernichtet werden muss. Die konkrete Ausgestaltung des deutschen Pflichtteilsrechts gibt also den Interessen des Pflichtteilsberechtigten und einer Neustartmöglichkeit mit frei einsetzbarem liquiden Vermögen von Anfang an Priorität vor dem Bestand des Familienunternehmens.

2. *Das Modell „Liquidität“*

2.1. *Sollbruchstelle Tod: Liquidation innerhalb der Familie*

Das BGB gibt somit eine normative Disruption vor. Es erkennt eine Sollbruchstelle bei jeder Generation an, auch wenn diese Bruchstelle nur innerhalb der Familie liegt. Die Karten werden in der Reichweite des Pflichtteilsrechts in jeder Generation durch Liquidation gewachsenen Vermögens neu gemischt. Diese Liquidation erfolgt in der Familie und führt zur Verteilung des Erblasservermögens auf die einzelnen Individuen der Nachfolgegeneration (und des Ehepartners). In dieser Liquidationswirkung liegt eine gedankliche Verwandtschaft zur Erbschaftssteuer. Auch die Erbschaftssteuer bewirkt, dass ein bestimmtes Ausmaß der Erbschaft liquidiert wird. Dies kommt freilich der Allgemeinheit und nicht nur den anderen Familienangehörigen zugute. Über diesen Verteilungsmechanismus soll eine neue Generation (im Allgemeinen jenseits der Einzelfamilie) eine neue Chancen erhalten und für die Gesellschaft die notwendige Mobilität gefördert werden.¹⁴²

2.2. *Kein unternehmerischer Auftrag – keine unternehmerische Verantwortung*

Die über den Pflichtteilsanspruch vermittelte Liquidität ist „verantwortungsfrei“, sowohl im Hinblick auf das Vermögen, aus dem sie stammt, als auch im Hinblick auf ihre Verwendung. Sie verpflichtet den Pflichtteilsberechtigten nicht zu einem eigenständigen unternehmerischen Handeln. Somit besteht keine Verpflichtung, das Barvermögen aus dem Unternehmen in neue Unternehmen zu investieren oder überhaupt unternehmerisch zu verwenden. Das Gesetz lässt den Pflichtteilsberechtigten die vollkommene Offenheit. Die Barabfindung aus dem Pflichtteil kann in Zinshäuser ebenso investiert werden wie in einen intensiven Konsum; sie kann auch die Grundlage für ein Leben als Privatier bilden. Die

¹⁴¹ BVerfG 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua.

¹⁴² Dutta, *Erbrecht*, 34 ff; siehe auch <https://derstandard.at/2000088455720/Erste-Group-Chef-Treichl-Erben-ist-keine-Leistung>.

Inkaufnahme der Zerstörung des Bestehenden wird also nicht durch die gesicherte Perspektive einer *Schumpeter'schen* schöpferischen Neuerung aufgewogen.

2.3. Überbetonung der individuellen Freiheit?

Im Lichte des österreichischen Rechts wird die zentrale Frage an das geltende deutsche Pflichtteilsrecht greifbar: Das deutsche Modell gibt dem Pflichtteilsberechtigten eine verantwortungsfreie Barabfindung, selbst wenn dies eine Zerstörung gewachsener Einheiten erforderlich macht. Diese Metamorphose des Familienvermögens in gesichts- und bindungsloses Geld ist jedoch auf der Grundlage der traditionellen und herrschenden Begründung des deutschen Pflichtteilsrechts kaum zu erklären. Gerade wenn man mit dem BVerfG die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Pflichtteilsrechts als einer unentziehbaren Teilhabe am wirtschaftlichen Wert des Nachlasses aus dem Gedanken der Familiensolidarität ableitet, dann erscheint es begründungsbedürftig, dass dem Pflichtteilsberechtigten seinerseits nach dem Tod des Erblassers keinerlei Familiensolidarität und familiäre Rücksichtnahme mehr abverlangt wird. Vor allem wenn man die unentziehbare Teilhabe darauf stützt, dass sie die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie ermöglicht und sichert,¹⁴³ ist schwer zu erklären, warum es dem Pflichtteilsberechtigten freistehen soll, genau diesen Zusammenhang zu zerstören.

3. Das Modell „Wertteilhabe“

3.1. Möglichkeit der Kontinuität und Teilhabe am Erblasservermögen

Das österreichische Modell eröffnet die Option, dem Pflichtteilsberechtigten statt Liquidität lediglich eine Wertteilhabe am bestehenden Vermögen einzuräumen. Der Pflichtteilsanspruch wird also in die familiäre Tradition und den schon bestehenden familiären Vermögensrahmen eingebettet. Das österreichische Recht ermöglicht also eine Ausgestaltung des Pflichtteils als Teilhabe an einem dynamischen, bereits bestehenden Gebilde (= Unternehmen) mit all seinen Vor- und Nachteilen, mit den Risiken, zugleich aber auch mit neuen Erwerbchancen. Der Pflichtteilsberechtigte wird damit viel enger an bereits bestehendes Vermögen gebunden und hat gegebenenfalls auch nur ein Recht auf das eben Bestehende und „Belastete“.

3.2. Unternehmerisches Risiko für alle!

Dem Erblasser eines österreichischen Unternehmens ist es damit möglich, für die Pflichtteilsberechtigten ganz andere Bindungen festzulegen als ein Unternehmer in Deutschland. Wenn dies dem Willen des Erblassers entspricht, muss nach österreichischem Recht ein Pflichtteilsberechtigter etwa das gleiche unternehmerische Risiko tragen wie der Erbe, der ja seinerseits auch bei Fortführung des Unternehmens keine Liquidität für eigene Lebensprojekte bekommt.¹⁴⁴ Durch die Verhinderung des sofortigen Liquiditätsabflusses zugunsten

der Pflichtteilsberechtigten kann ein Unternehmen erhalten bleiben und muss nicht unbedingt veräußert werden. Bei entsprechender Gestaltung können die Erträge allein herangezogen werden, um den Pflichtteil zu decken. Dadurch kann auch eine Interessenparallelität zwischen Erben und Pflichtteilsberechtigten hergestellt werden, um gemeinsam das unternehmerische Risiko zu tragen.

3.3. Gleichlauf von Rechten und Pflichten

Pflichtteilsberechtigte erhalten in diesem Modell insofern Rechte, als ihnen eine Wertteilhabe in Höhe ihres Anspruchs gesichert wird, sie werden aber zugleich auch in die Pflicht genommen. Sie erhalten nämlich nicht nur das neue „unbelastete“ Geld, sondern übernehmen auch das Risiko des Unternehmens, das zu einem bestimmten Zeitpunkt, nämlich zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers, einen bestimmten Wert hat, der sich aber täglich ändern kann.¹⁴⁵ Hingegen ist der Geldbetrag für den Pflichtteilsberechtigten eine risikolose Auszahlung. Das Risiko wird im Modell des zwingenden Geldpflichtteils voll auf den unternehmerischen Erben abgewälzt. Das österreichische Recht bietet hingegen die Möglichkeit, dem Pflichtteilsberechtigten ein nicht völlig freies Vermögen zu gewähren, vielmehr kann auch das Vermögen des Pflichtteilsberechtigten – gleich wie jenes des Erben – unternehmerisch gebunden werden. Damit ermöglicht es den Erhalt des Gesamten trotz unterschiedlicher Eigentumsaufteilung. Aufgrund der unterschiedlichen Gestaltung und der unterschiedlichen Qualifikationen von unternehmerischem Eigentum kann die Zerschlagung des Unternehmens vermieden werden. Somit vermeidet das österreichische Modell, deutlich stärker als das deutsche, die unbedingte Zerschlagungsnotwendigkeit unternehmerischen Vermögens.

4. Die Makroperspektive

4.1. Herstellung von Parität mit juristischen Personen

Das österreichische Modell erweitert nicht nur die Testierfreiheit einzelner Erblasser, sondern fördert ganz allgemein wirtschaftlich eine Nachfolgeplanung als einer Erhaltung von Familienunternehmen in der Unternehmerfamilie. Die Offenheit der Gestaltung des Pflichtteilsanspruchs kompensiert in wirksamer Weise die „Ungleichheit“ natürlicher Personen als Unternehmer im Vergleich zu bestimmten juristischen Personen. Diese kennen die natürliche Bruchstelle des Todes und die Notwendigkeit des Unternehmensübergangs und der damit verbundenen Teilungsfolgen nicht. Je offener eine Rechtsordnung daher eingestellt ist, um Pflichtteilsansprüche zu decken, ohne das Unternehmen liquidieren zu müssen, desto eher wird eine Chancengleichheit unter den Unternehmen unterschiedlicher Rechtsform und Eigentümerstruktur eröffnet. Gerade fondsartige bzw. anstaltsartige Gesellschaften kennen die Sollbruchstelle des Todes eines Unternehmers nicht. Das offen gestaltete Pflichtteilsrecht öffnet die privatautonome Grundlage zur Schaffung einer parallelen Ausgangslage und eines Marktumfelds, das gleiche Rahmenbedingungen bietet. Ein offenes Pflichtteilsrecht trägt dazu bei, dieses strukturelle Defizit auszugleichen. Bei genauer Sicht existiert

¹⁴³ So ausdrücklich das BVerfG 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua.

¹⁴⁴ Auf diesen Aspekt zutreffend hinweisend K. Schmidt, Pflichtteil, 39; vgl. auch Oechsler, AcP 200 (2000), 617.

¹⁴⁵ Siehe Pkt II.1.

nämlich der „Markt von Unternehmen“ nicht, beruht er doch auf vollkommen verschiedenen Prämissen: Kontinuität trifft auf die notwendige Bruchlinie in jeder Generation (25 bis 30 Jahre). Je liberaler der Gestaltungsrahmen in der Rechtsnachfolge ist, desto leichter können Unternehmen unterschiedlicher Struktur erhalten werden.¹⁴⁶ Eine solche „Parität“ ist – das ist eine der Prämissen dieses Beitrags – wünschenswert, weil Familienunternehmen volkswirtschaftlich und gesellschaftlich eine wichtige Rolle spielen¹⁴⁷ und das Bestehen der Option, Familienunternehmen (in Familienhand) zu erhalten, daher im Allgemeininteresse steht.

4.2. Geschäftsmodell Diversifikation versus Produktentwicklung mit Ausstrahlungseffekten

Fonds sind typischerweise nicht unternehmerisch in einer strategischen unternehmerischen Führung tätig. Sie sind im Regelfall Finanzinvestoren, die durch Diversifikation auf Optimierung ihres Ertrags in kurzer Zeit zielen. Regelmäßig ist es für sie kein zentrales Anliegen, ein Produkt oder eine bestimmte Geschäftsidee zu fördern und zu entwickeln. Das Risiko wird entsprechend diversifiziert und auf verschiedene Geschäftsideen in völlig verschiedenen Regionen und Branchen gestreut. Dabei geht es regelmäßig nicht um eine dauerhafte Entwicklung und Wertschöpfung, sondern vielfach um eine kurzfristige Gewinnoptimierung, um diesen Ertrag anderweitig einzusetzen. Unternehmen in der Hand einer Familie konzentrieren sich typischerweise zunächst auf ein Land und eine Region, in der der Großteil der Familie lebt, um damit auch Wertschöpfung in einer bestimmten Region dauerhaft zu schaffen. Dabei geht es nicht um eine kurzzeitige intervallbezogene Optimierung der Erträge, sondern um eine langfristige Sicherung des Lebensunterhalts, um dauerhaft für sich und die Familienmitglieder eine Erwerbsquelle und auch eine sinnstiftende Tätigkeit zu verfolgen. Diese Möglichkeit wird zugleich auch den Beschäftigten in den Unternehmen gegeben. Damit wird auch die Sicherheit geschaffen, langfristig angemessene Gewinne zu erwirtschaften und zu verteilen. Zugleich wird die Möglichkeit eröffnet, auch für eine bestimmte Gruppe eine Solidaritätsgemeinschaft zu bilden, sei es innerhalb der Familie für in Not geratene Personen, sei es für die Arbeitnehmerschaft in Unternehmen, sei es auch für Bewohner einer Region des Unternehmens.

4.3. Wegfall des Liquiditätsabflusses als Investitionstreiber

Da ein sofortiger Liquidationsabfluss in Höhe der Pflichtteilsansprüche durch wertmäßige Deckung vermeidbar ist, können Investitionen nachhaltig geplant und gestaltet werden. Es entfällt die Notwendigkeit, im Hinblick auf einen Erbfall Liquidität vorzuhalten und neben dem im Unternehmen gebundenen Vermögen aus den Erträgen Abfindungsvermögen zu schaffen. Die entsprechenden Mittel stehen so zur Verfügung, um Investitionen zu tätigen und die Marktentwicklung voranzutreiben. Laufende Dividenden müssen nicht ausgereizt und sofort ausgeschüttet, Sonderdividenden nicht dargestellt, sinnvolle Investitionen nicht

hintangehalten und aufgeschoben werden, vielmehr stehen die erwirtschafteten Erträge tatsächlich für unternehmerische Zwecke unmittelbar zur Verfügung. Durch die Sicherung der Investitionstätigkeit können der dauerhafte Bestand des Unternehmens und damit auch die Arbeitsplätze sowie der regionale Standort eines Unternehmens abgesichert werden. Dies ist auch eine Chance für Regionen, in denen Arbeitsplätze rar sind.¹⁴⁸ Familienunternehmen stehen damit in besonderem Maß für Nachhaltigkeit. Beispiele für generationenübergreifendes, nachhaltiges Wirtschaften findet man in Österreich sowohl in Tourismusbetrieben als auch in gewerblichen und industriellen Unternehmen. Damit können Unternehmen und damit auch Infrastruktur und qualifizierte Arbeitskräfte auch in verschiedenen lokalen Kleinzentren gehalten werden und die Wirtschaft auf verschiedene Fokalkpunkte gestreut werden.¹⁴⁹

4.4. Innovation und innovationsfördernde Fehlerkultur

Die Option einer Vermeidung des Liquiditätsabflusses in Höhe der Pflichtteile fördert tendenziell Innovation. Kapital bleibt im Unternehmen, kann für Forschung und Entwicklung eingesetzt und muss nicht für die Auszahlung weichen der Erben vorgehalten werden. Stärken können weiter ausgebaut, Neues kann innerhalb alter bestehender Unternehmen ausprobiert werden. Innerhalb bestehender Unternehmen werden sog. Forschungs-Labs gebildet, die wiederum eine Rückkoppelung zu qualifizierten Arbeitsplätzen und Ausstrahlungswirkung und Verstärkungseffekte bewirken. Die Forschungs-Labs können auch als Chance eingesetzt werden, unterschiedliche unternehmerische Talente im Unternehmen zu erproben, sei es von Familienmitgliedern, sei es von Außenstehenden unter der Leitung der Familie.

Eigentümergegründete Unternehmen sind mit der Offenheit für Innovation im Regelfall auch offener für eine tolerante Fehlerkultur. Sie sind seltener von der ständigen Angst möglicher Haftung geprägt, die ein – inzwischen lähmendes – Geschäftsmodell für börsennotierte Gesellschaften geworden ist. Vielfach zeigen diese sich nur mehr als getriebene Fremdvermögensverwalter, die besorgt sind, ihre Eigenverantwortung durch endlos prozeduralisierte Entscheidungen möglichst kleinzuhalten. Die Anerkennung einer Fehlerkultur und die Toleranz von Fehlern im überschaubaren Ausmaß eröffnen die Chance zum Probieren.¹⁵⁰ Haftung allein kann kein ausreichender Anreiz für eine zukunftsorientierte unternehmerische Tätigkeit sein. Die Relativierung der Leistungs- und Verhaltenssteuerungskraft von Haftung ist kein Aufruf zur Verlotterung, sondern eine Anmahnung, den Vorteilen einer toleranten Entwicklungskultur offen gegenüberzustehen.

Eigentümergegründete heißt dabei nicht unbedingt, dass nur Familienmitglieder in der Geschäftsführung sind, aber es bedeutet, dass die Familie eine starke Unterstützung der Geschäftsführung ist und die Familie eine starke und aktive Eigentümerrolle auf der Ebene der Gesellschafter oder auf

¹⁴⁶ Ähnlich K. Schmidt, Pflichtteil, 37 ff.

¹⁴⁷ So auch K. Schmidt, Pflichtteil, 37 ff.

¹⁴⁸ Probst, zitiert nach Kalss, NZ 2015, 52.

¹⁴⁹ Siehe dazu auch BVerfG 17.12.2014, 1 BvL 21/12.

¹⁵⁰ Kalss, Gesellschaftsrechtliche Grundlagen von Compliance, in Kalss/U. Torggler, Compliance (2016) 1 (17 ff); Bärtschi, Verantwortung im globalen Konzern, in Bruder Müller/Fuhrmann, Verantwortung und Moral in der Wirtschaft – mehr als ein frommer Wunsch? (2011) 9 (14 f).

Organebene spielt.¹⁵¹ In börsennotierten Gesellschaften (ohne Rückbindung an einen starken Gesellschafter=) steigt die Gefahr der „Beraterisierung“ der Entscheidungsträger für unternehmerische Tätigkeit. Dies wird zu einem Geschäftsmodell von anliegenden Dienstleistern rund um die „kernunternehmerische“ Tätigkeit.

4.5. Netzwerk als Wettbewerbsvorteil

Die Erhaltung von Familienunternehmen in Familienhand hat schließlich einen weiteren, bisher wenig beachteten Vorteil: Das Netzwerk innerhalb der Familie und die Netzwerke der einzelnen Familienmitglieder bleiben langfristig für das Unternehmen nutzbar. Damit kann auch die Chance der Diversität der Familie genutzt werden, zumal die Diversität innerhalb einer Familie vielfach deutlich höher ist als in Aktienklubs oder sonstigen neuen Investmentvereinen. Die seit Generationen gewachsenen Verbindungen dürfen keineswegs als Ausdruck dubioser geschlossener Netzwerke missverstanden werden; es geht um den Aufbau von stabilem und nachhaltigem Vertrauen, das in guten wie in schlechten Zeiten für den langfristigen Erfolg eines Unternehmens zentrale Bedeutung hat.

5. Noch einmal: Wirtschaftlicher Nutzen und Macht

5.1. Macht verlangt nach Ordnung!

Erbrecht blendet die in Unternehmen unvermeidbare Machtfrage aus; im Erbrecht wird nur ein stichtagsbezogener Wert transferiert und zugeordnet. Macht und Einflusspositionen müssen letztlich aber zugeordnet werden.¹⁵² Das deutsche Recht braucht mit seiner Radikallösung der Liquidierung innerhalb der Familie und der Verpflichtung, eine Barzahlung zu leisten, auf die Machtfrage im Unternehmen nicht einzugehen. Der Pflichtteilsberechtigte ist ohnehin „draußen“ und hat die Chance, neu zu beginnen. Bei der Barlösung geht es eben nicht um Macht, sie geht ohnehin jedenfalls verloren, auch dem Erben des Unternehmens, wenn er nicht die notwendige Liquidität zur Barabfindung aufbringen kann. Die Gestaltungsmöglichkeiten des österreichischen Pflichtteilsrechts zwingen dagegen dazu, Macht auch zu verteilen und Macht zuzuordnen. Das Erbrecht ist dabei keine Hilfe; die Verteilung von Macht und Einfluss ergibt sich fast automatisch als Folge der Eigentumszuordnung. Geschäftsführungspositionen und Nominierungsrechte etc werden überhaupt nicht erfasst. Die größere Gestaltungsfreiheit des österreichischen Modells führt daher zwangsläufig auch zu komplexeren Gestaltungsnotwendigkeiten.

5.2. Effiziente Unternehmensführung – Sicherung der Entscheidungsfindung

Im Rahmen der Gestaltung der Unternehmensnachfolge ist daher eine eindeutige und sachgerechte Machtzuteilung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht unbedingt notwendig, um eine

effiziente Unternehmensführung sicherzustellen.¹⁵³ Die Teilkraft und die Gleichheit des Erbrechts stehen dem Prinzip des Gesellschaftsrechts nach Sicherung einer effizienten Unternehmensführung diametral entgegen.¹⁵⁴ Hier schlägt die Stunde guter Kautelarjuristen, die nicht nur die Individualinteressen der verschiedenen Familienmitglieder, sondern auch das gesamtheitliche Unternehmensinteresse im Blick haben.

In besonderer Weise spitzt sich die Machtzuteilung bei Heranziehung der Privatstiftung als Instrument der Vermögensorganisation zu. Der wirtschaftliche Nutzen ist von dem unmittelbaren Einfluss und der Machtposition getrennt¹⁵⁵ und sobald eine Privatstiftung in den Gestaltungskanon einbezogen wird, ist die Machtfrage daher unbedingt zu klären und zu ordnen. Das österreichische Modell mit seinen Möglichkeiten der Pflichtteilsdeckung (etwa durch Anteile ohne jedes Stimmrecht, durch Anteile mit ganz geringem Stimmrecht oder nur durch ein Genussrecht oder eine Rente) muss die Machtfrage mitlösen. In diesem Augenblick drängt sich auch die Frage der Zuteilung und der Bewertung von Macht auf.

5.3. Wie viel sind Einfluss und Macht wert und wie sind sie zu ordnen?

Macht wird auch in der Unternehmensbewertung nicht offen angesprochen und nicht offen bewertet. Vielfach zeigt sie sich aber sehr wohl als Kontroll- oder Entscheidungsprämie.¹⁵⁶ Diese Möglichkeit der Kontroll- und Entscheidungsprämie muss offen angesprochen werden. Dies ist allerdings äußerst schwierig. Weniger Macht bedeutet zweifelsfrei einen Wertnachteil, dessen Abgeltung dem Grunde und der Höhe nach sehr komplex und einzelfallbezogen sein kann.¹⁵⁷ Gerade in Erbteilungsübereinkommen besteht die Möglichkeit, die Aufgabe von Macht durch einen zumindest temporären höheren Ertragszufluss zu kompensieren. Dabei darf aber nicht außer Acht gelassen werden, keine verzerrenden Verhaltensanreize zu setzen. Im Falle eines Erbteilungsübereinkommens, in dem alle Beteiligten zustimmen müssen, somit auch der Pflichtteilsberechtigte, muss eine Lösung für die Machtfrage gefunden werden und damit auch für die Frage ihrer Bewertung.¹⁵⁸

Zielstellung der Gesamtgestaltung ist die Sicherung eines Gleichgewichts zwischen ökonomischem Nutzen und Ordnung der Macht, das den Interessen aller Stakeholder gerecht wird. Letztlich geht es darum, unter Berücksichtigung der Eigenarten des jeweiligen Unternehmens und der Unternehmerfamilie ein Modell zu entwickeln, das eine Entschei-

¹⁵³ Siehe nur *Kalss*, Rechtsformalternativen, 9 und 16.

¹⁵⁴ *Kalss*, Rechtsformalternativen, 16; *dies*, Unternehmensnachfolge, 97; zur Bewertung von Stimmrechten *Kalss/Probst*, Was ist der Einfluss in der Gesellschaft wert? *GesRZ* 2016, 178 (180); *Strimitzer*, Der Wert der Geschäftsführung und des Gesellschaftereinflusses, *UnternehmerCircle* 4 (2016), 9; *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2007) 419; *ders*, Wert und Preis im neuen Recht des Squeeze-out, *JBl* 2007, 434 (436).

¹⁵⁵ *Kalss*, Rechtsformalternativen, 11.

¹⁵⁶ *Hügel/Aschauer*, Pflichtteilsrecht, 274 ff; ferner dazu *Winner*, Wert und Preis, 481; *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung³ (1994) 238; *Wiechers*, Besonderheiten bei der Bewertung von Anteilen an Unternehmen, in *Peemöller*, Praxishandbuch der Unternehmensbewertung (2001) 455 (461); *Fleischer* in *Fleischer/Hüttemann*, Unternehmensbewertung, § 18 Rz 44.

¹⁵⁷ Siehe dazu *Kalss/Probst*, *GesRZ* 2016, 180; *Strimitzer*, *UnternehmerCircle* 4 (2016), 9 ff.

¹⁵⁸ *Kalss*, Unternehmensnachfolge, 112.

¹⁵¹ Nach einer rezenten Studie vom September 2018 sind familiengeführte Unternehmen an der Börse deutlich ertragsstärker als sonstige; siehe dazu Nordbayrischer Kurier vom 11.9.2018, S 8.

¹⁵² So ausdrücklich *Kirchdörfer* in seinem vor der Plattform für Familienunternehmen der Industriellenvereinigung am 11.6.2018 in Wien gehaltenen Vortrag.

dungsprerogative oder jedenfalls eine gesicherte Entscheidungsfindung zugunsten eines oder bestimmter Gesellschafter sicherstellt, sei es in Form einer geringfügigen Stimmrechtsübermacht (51 % oder 50 % + 1 Stimme) oder in Form eines Stichentscheidungsrechts (Dirimierungsrecht). Letztlich ist es auch möglich, einen Beirat oder auch eine schon festgesetzte oder nach einem festgelegten Prozedere zu nominierende Schiedsperson als Ventil für eine Lösung vorzusehen. Als *ultima ratio* kann man schließlich auch das Los entscheiden lassen. Jedenfalls muss es einen Mechanismus geben, der die Entscheidungsfindung sicherstellt.

Gerade für diese Gestaltungen gibt es einleuchtende *Best-practice*-Lösungen. Allein psychologisch ist es vielfach schwerer, eine unterschiedliche Zuteilung nach wirtschaftlichem Nutzen und Einflussnahmemöglichkeit tatsächlich zu setzen oder umgekehrt zu akzeptieren. Eine *best practice* könnte und müsste ua sein, die Macht zu ordnen, die Macht nur für eine Generation zuzuweisen und nicht gleich auch für die kommenden Generationen zu zementieren. Die Geschäftsführung sollte nicht einem Kind oder einem Stamm zukommen, sondern im Interesse der Sicherung der Kontinuität des Unternehmens tatsächlich vom Bestgeeigneten übernommen werden. Gerade hier sind auch innerhalb der Familie strikte und objektiv überprüfbare Kriterien notwendig, die vorweg in Regelungen gefasst werden. Sinnvoll könnte es hier sein, in einer Regelkombination von gesellschaftsrechtlicher Regelung und letztwilliger Verfügung klar die Zuteilungen getrennt vorzunehmen und so zwar die wirtschaftliche Versorgung aller zu sichern, den Erhalt des Unternehmens und die dauerhafte Sicherung aber gezielt nach Qualifikation zu ordnen.

V. Ausblick

„Liquidität versus Wertteilhabe“, so lässt sich der zentrale Unterschied zwischen deutschem und österreichischem Pflichtteilsrecht tatsächlich auf den Punkt bringen. Das deutsche Modell gibt dem Pflichtteilsberechtigten einen sofort fälligen, „verantwortungsfreien“ Anspruch auf Liquidität, mit der er als Individuum seine eigenen Lebensprojekte vorantreiben kann, selbst wenn dafür das Familienvermögen, das die Grundlage für seinen Anspruch bildet, liquidiert werden muss. Dagegen erlaubt das österreichische Pflichtteilsrecht durch die Eröffnung von Deckungsmöglichkeiten eine Einbindung der Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs in die Strukturen des Herkunftsvermögens. Der Pflichtteilsberechtigte kann auf eine verantwortliche Wertteilhabe verwiesen werden. Seinen Rechten als Pflichtteilsberechtigter am Erblasservermögen stehen dann entsprechende Pflichten im Hinblick auf die Erhaltung dieses Erblasservermögens gegenüber. Das österreichische Modell schafft damit – vom Reformgesetzgeber 2015 beabsichtigt oder nicht – eine gewisse erbrechtliche Grundlage für die Erhaltung von Familienunternehmen in Familienhand. Nach den hier entwickelten Überlegungen ist

dies mit Nachdruck zu begrüßen, das Pflichtteilsrecht wäre aber aus volkswirtschaftlichen Überlegungen im Hinblick auf eine praktikable Stundungsregelung in der Pflichtteilszahlung durchaus noch weiter entwickelbar.

Das ist Sozialromantik, könnte man einwenden: Die Perpetuierung von Familienunternehmen führt nur zu Verkrustungen überkommener Strukturen; ein derartiges Lebensmodell könne daher keineswegs ein erstrebenswertes Ziel sein, das vom Privatrecht auch noch gefördert werden sollte.¹⁵⁹

Die Realität des österreichischen und deutschen Mittelstands vermittelt eine andere Botschaft: Familienunternehmen setzen tendenziell auf Nachhaltigkeit, Innovation und sozialen Ausgleich und sind damit – dies ist letztlich kaum bestreitbar – tragende Säulen der beiden Volkswirtschaften. Ist es denn sinnvoll, so könnte man weiter einwenden, dass sich die junge Generation den Vorstellungen ihrer Eltern unterwerfen und für deren Lebensprojekte in die Pflicht nehmen lassen muss, anstatt kreativ und unabhängig ihre eigenen Vorstellungen zu realisieren? Diese Freiheit wird ihr freilich auch im österreichischen Modell nicht genommen. Ihr steht zur Verwirklichung ihrer individuellen Ziele und Pläne eben nur nicht die Liquidität zur Verfügung, die zur Erhaltung des Familienunternehmens in der Herkunftsfamilie erforderlich ist. Diese Mittel muss sie sich selbst verdienen, dies entspricht dem Leistungsprinzip.

Ließe sich das österreichische Modell einer verantwortlichen Wertteilhabe *de lege ferenda* auf das deutsche Erbrecht übertragen? Wäre dies verfassungskonform? Sieht man einmal von rechtstechnischen Herausforderungen ab, die sich aus den strukturellen Unterschieden zwischen dem österreichischen und den deutschen Erbrecht ergeben (insb Vonselbst-Erwerb und Verlassenschaftsverfahren), so ist dies zu bejahen.¹⁶⁰ Das österreichische Modell einer verantwortlichen Wertteilhabe entspricht der verfassungsrechtlichen und teleologischen Fundierung des Pflichtteilsrechts durch das deutsche BVerfG sogar besser als das derzeitige deutsche Modell der Barabfindung: Wenn man das Postulat einer unentziehbaren und bedarfsunabhängigen wirtschaftlichen Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass mit dem Gedanken der Familiensolidarität rechtfertigt, erscheint es geradezu konsequent, dem Pflichtteilsberechtigten auch die Familiensolidarität und familiäre Rücksichtnahme abzuverlangen, die zur Erhaltung des Familienvermögens in der Familie erforderlich sind. Gerade wenn man die unentziehbare Teilhabe darauf stützt, dass sie die Fortsetzung des ideellen und wirtschaftlichen Zusammenhangs von Vermögen und Familie ermöglicht und sichert,¹⁶¹ wäre es nur folgerichtig, dem Pflichtteilsberechtigten die Möglichkeit zu nehmen, genau diesen Zusammenhang zu zerstören.

¹⁵⁹ Prominent und immer noch lesenswert für diese Argumentationslinie Reuter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen (1973).

¹⁶⁰ Ebenso Ch. M. König, Stiftung.

¹⁶¹ So ausdrücklich das BVerfG 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 ua.

GesRZ-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Jahresabo 2018 inkl. Onlinezugang und App
(47. Jahrgang 2018, Heft 1-6)

EUR 178,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53