

### Aus der Begründung:

1. Auf den Todesfall Beschenkte sind nach ständiger Rsp zum hier noch anwendbaren § 956 ABGB idF vor dem ErbRÄG 2015 Vermächtnisnehmern gleichzuhalten (4 Ob 246/99 a SZ 72/143 mwN; RIS-Justiz RS0112437; RS0012517). Daraus folgt, dass die an einem Vermächtnis anknüpfenden höfe- und anerkenrechtlichen Vorschriften (hier § 9 AnerbenG) nach der Rechtslage vor dem ErbRÄG 2015 auch dann anwendbar sind, wenn der Erblasser den Erbhof – wie hier – einem Erben auf den Todesfall geschenkt hat (6 Ob 37/02 p; *Schramm in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG II § 9 AnerbenG Rz 3; vgl auch *Eccher in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 9 AnerbenG Rz 1). Soweit aus der einen Übergabevertrag auf den Todesfall betreffenden Entscheidung 5 Ob 537/95 Gegenteiliges abgeleitet werden könnte, wäre sie mit der Rechtsprechung zu § 956 ABGB idF vor dem ErbRÄG

2015 nicht vereinbar und zudem durch die – vom damaligen Fachsenat für das Anerben- und Höferecht getroffene – Entscheidung 6 Ob 37/02 p überholt. Ob sich die Rechtslage durch § 603 ABGB idF des ErbRÄG 2015 geändert hat, ist hier nicht zu prüfen.

2. Die Unanwendbarkeit des Anerbenrechts aufgrund von § 8 Abs 6 AnerbenG setzt voraus, dass der Erblasser die diesbezügliche Anordnung – allenfalls auch bloß stillschweigend durch eine vom Gesetz abweichende Regelung – in einer letztwilligen Verfügung getroffen hat (6 Ob 224/09 y = RIS-Justiz RS0125519; *Eccher in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 8 AnerbenG Rz 1; *Kralik*, *Erbrecht* [1983] 376). Solches haben die Rechtsmittelwerber nicht behauptet. Der von ihnen genannte „Widerruf“ jenes Testaments, in dem der Erblasser den Beschenkten auch als Erben eingesetzt hatte, war mangels Einhaltung der Testamentsform unwirksam. [...]

## Firmenbuch und Unternehmensrecht

NZ 2018/64

§§ 785, 794, 951 ABGB aF; §§ 781, 783, 788 ABGB; § 155 ZPO; Art XLII EGZPO

### Anrechnung von Zuwendungen an eine Privatstiftung bei einer Pflichtteilsklage

1. Ein gegen einen ruhenden Nachlass geführtes Verfahren wird durch Rechtskraft der Einantwortung unterbrochen, und zwar auch dann, wenn der Nachlass durch einen Rechtsanwalt als Kurator vertreten war. Anderes gilt bei einer Prozessvollmacht.
2. Bei Schenkungen an eine Privatstiftung ist für den Beginn der Zwei-Jahres-Frist des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF entscheidend, wann das Vermögensopfer erbracht wurde. Kann der Erblasser nicht mehr allein auf das Stiftungsvermögen oder die Erträge zugreifen, ist das Vermögensopfer jedenfalls erbracht.
3. Als pflichtteilsberechtigter iSv § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF gilt, wer im Schenkungszeitpunkt abstrakt pflichtteilsberechtigter war und im Zeitpunkt des Erbansfalls konkret pflichtteilsberechtigter ist. Die konkrete Pflichtteilsberechtigung entfällt durch einen Pflichtteilsverzicht, sofern die Berufung auf den Pflichtteilsverzicht nicht als Rechtsmissbrauch anzusehen ist. Rechtsmissbrauch ist indiziert, wenn der Pflichtteilsverzicht der möglichst weitgehenden Immunisierung einer Zuwendung gegen Ansprüche anderer Pflichtteilsberechtigter dient.
4. Erfasst die durch den Pflichtteilsverzicht eines anderen (potentiell) der pflichtteilsrechtlichen Be-

rücksichtigung entzogene Zuwendung nur einen Teil des Vermögens und erhält der Pflichtteilsberechtigter zu Lebzeiten oder nach dem Tod des Erblassers ohnehin Werte, die seinem (hypothetischen) Pflichtteilsanspruch nahekommen, wirkt sich die durch den Pflichtteilsverzicht erweiterte Handlungsfreiheit des Erblassers (auch) zugunsten des Pflichtteilsberechtigten aus. In diesem Fall ist die Berufung auf den Pflichtteilsverzicht nicht rechtsmissbräuchlich.

5. § 783 Abs 1 ABGB nF stellt allein auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung ab, wodurch ein nur die konkrete Pflichtteilsberechtigung ausschließender Pflichtteilsverzicht irrelevant ist.
6. Eine Schenkung kann auch erfolgen, indem einer Person eine Rechtsstellung an einer Stiftung eingeräumt wird und die Stiftung lediglich ein Instrument ist, um der Person einen Vermögenswert zukommen zu lassen. Der Vermögenswert ist dann iZm § 785 ABGB aF gleich dieser Person zuzurechnen. Eine Schenkung ist aber nur dann anzunehmen, wenn die Rechtsposition tatsächlich einen Vermögenswert bildet. Dafür wird häufig ein betriebswirtschaftliches Gutachten erforderlich sein. Die Unmöglichkeit einer Bewertung geht zu Lasten desjenigen, der eine Anrechnung der Schenkung verlangt.
7. Ein Auskunftsbeglehen nach Art XLII 1. Fall EGZPO kann vor der Einantwortung nur gegen den Nachlass, nicht aber gegen mögliche Erben und Geschenknehmer gerichtet werden, und zwar auch dann, wenn die



### Einantwortung nicht innerhalb von drei Jahren nach dem Tod des Erblassers erfolgt.

OGH 22. 3. 2018, 2 Ob 98/17 a (OLG Linz 15. 2. 2017, 2 R 91/16 i; LG Linz 30. 3. 2016, 38 Cg 131/13 x)

Zurückweisung Revision

#### Sachverhalt:

Der Kl macht Pflichtteilsansprüche nach seinem 2010 verstorbenen Vater geltend. Er klagt die während des Revisionsverfahrens eingewortete Verlassenschaft (ErstBekl), eine vom Erblasser und dem ViertBekl errichtete Privatstiftung (ZweitBekl), seine Geschwister (DrittBekl und ViertBekl) und die Witwe (FünftBekl).

#### Aus den Entscheidungsgründen:

A. Aus Anlass der Rechtsmittel ist zunächst wahrzunehmen, dass das Verlassenschaftsverfahren nach dem Erblasser mit dem rechtskräftigen Einantwortungsbeschluss des BG Linz vom 22. 6. 2017, GZ 46 A 403/15s-152, beendet wurde. Dadurch wurde das gegen die erstbekl Verlassenschaft geführte Verfahren unterbrochen.

1. § 155 ZPO ist analog auf den Untergang juristischer Personen anzuwenden (RIS-Justiz RS0036806). Ein Erlöschen der juristischen Person führt daher trotz allfälliger Gesamtrechtsnachfolge zur Unterbrechung des Verfahrens, wenn die juristische Person „weder durch einen Rechtsanwalt noch durch eine andere von ihr mit Prozessvollmacht ausgestattete Person vertreten war“. Die letztgenannte Regelung wird einhellig dahin verstanden, dass auch bei Vertretung durch einen Rechtsanwalt die Unterbrechung nur dann unterbleibt, wenn diese Vertretung aufgrund einer Prozessvollmacht erfolgte und damit den Tod oder den Untergang der juristischen Person überdauerte (*Fink in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 155 ZPO Rz 51 ff; 1 Ob 672/89 [Verfahrenshelfer]; 2 Ob 570/90 [Kurator]).

2. Aus diesem Grund wird ein gegen einen ruhenden Nachlass geführtes Verfahren durch Rechtskraft der Einantwortung unterbrochen, und zwar auch dann, wenn der Nachlass durch einen Rechtsanwalt als Kurator – also nicht aufgrund Prozessvollmacht – vertreten war (2 Ob 570/90; RIS-Justiz RS0036596 mwN). Diese Unterbrechung ist mit deklarativem Beschluss festzustellen. Sie schließt eine Erledigung der Rechtsmittel des Kl aus, soweit sie sich auf sein mit der erstbekl Verlassenschaft geführtes Verfahren beziehen. Dem Kl und den Rechtsnachfolgern der ErstBekl steht es frei, insofern die Fortsetzung des Revisions- und/oder Rekursverfahrens zu beantragen. Von der Unterbrechung nicht betroffen ist die vor Rechtskraft der Einantwortung rechtskräftig gewordene (stattgebende) Entscheidung des BerG über Punkt (a) des Auskunftsbegehrens.

3. Da die Bekl keine einheitliche Streitpartei bilden, bleiben die Verfahren gegen die Zweit- bis FünftBekl vom

Unterbrechungsgrund unberührt (*Schneider in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> § 13 ZPO Rz 17).

B. Die Rekurse des Kl, der ZweitBekl und des ViertBekl sind aus dem vom BerG genannten Grund zulässig. Jener der ZweitBekl ist zur Gänze, jener des Kl ist teilweise, allerdings im Sinn einer abweisenden Sachentscheidung, berechtigt.

1. Der Erledigung der Rekurse sind zum besseren Verständnis folgende Erwägungen voranzustellen.

1.1. Aufgrund der Rekurse ist die aufhebende Entscheidung des BerG über die Begehren

- auf Zahlung von € 2.923.205,15 gegen die ZweitBekl und den ViertBekl (Punkt [b] des Zahlungsbegehrens),

- auf Zahlung von € 205.632,- gegen die DrittBekl (ebenfalls Punkt [b] des Zahlungsbegehrens), und

- auf Erteilung von Auskunft über das Nachlassvermögen durch die Dritt-, den Viert- und die FünftBekl (Punkt [a] des Auskunftsbegehrens)

zu prüfen. Soweit der Rekurs des Kl auch die Entscheidung über das gegen die ErstBekl erhobene Begehren auf Zahlung von € 1.764.991,59 betrifft, ist das Verfahren unterbrochen. Auch das diesbezügliche „Eventualbegehren“ auf Zahlung durch die Zweit-, die Dritt- und den ViertBekl ist daher nicht Gegenstand des Rekursverfahrens (vgl. RIS-Justiz RS0037606 zur Unzulässigkeit eines „Eventualbegehrens“ gegen eine andere Partei als den Bekl des Hauptbegehrens).

1.2. Mit den bestimmten Zahlungsbegehren nimmt der Kl die erstbekl Verlassenschaft auf den Nachlass- und den Schenkungspflichtteil in Anspruch, wobei er dieses Begehren auf den von ihm behaupteten Wert des Nachlasses beschränkt (Punkt [a] des Zahlungsbegehrens). Den sich daraus ergebenden Fehlbetrag macht er gegen die Zweit- und die DrittBekl und den ViertBekl als Geschenknehmer geltend (Punkt [b] des Zahlungsbegehrens). Da der Erblasser am 13. 11. 2010 gestorben ist, sind diese Ansprüche noch nach den erbrechtlichen Bestimmungen des ABGB idF vor dem ErbRÄG 2015 zu beurteilen (§ 1503 Abs 7 Z 2 ABGB). Daher ist zwischen dem Nachlass- und dem Schenkungspflichtteil zu unterscheiden. Ersterer errechnet sich aus dem reinen Nachlass, zweiterer aus den nach § 785 ABGB aF in Anschlag zu bringenden Schenkungen. Beide begründen zunächst einen Anspruch gegen den Nachlass bzw die Erben; ein allfälliger Fehlbetrag im Zusammenhang mit dem Schenkungspflichtteil ist nach Maßgabe von § 951 ABGB aF von den Geschenknehmern zu ersetzen.

1.3. Nur der letztgenannte Anspruch ist – abgesehen vom Auskunftsbegehren (dazu unten 5.) – Gegenstand des Rekursverfahrens. Daher ist zunächst zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe unentgeltliche Zuwendungen des Erblassers in Anschlag zu bringen sind. Von entscheidender Bedeutung ist dabei zunächst § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF, wonach Schenkungen unberücksichtigt bleiben, die früher als zwei Jahre vor



dem Tod des Erblassers an „nicht pflichtteilsberechtigten Personen“ gemacht worden sind. Soweit Zuwendungen unter diese Bestimmungen fallen, ist der jeweilige Empfänger jedenfalls keinem Anspruch nach § 951 ABGB aF ausgesetzt, sodass das hier zu prüfende Begehren gegen ihn jedenfalls scheitert. Sonst ist der Wert der Zuwendung zu ermitteln und zu prüfen, ob der sich daraus ergebende Anspruch nicht ohnehin im Nachlass gedeckt ist. Da zu dessen Wert Feststellungen fehlen, könnte diese Frage keinesfalls abschließend erledigt werden.

2. Die Zuwendung an die ZweitBekl ist zwar eine Schenkung iSv § 785 Abs 1 ABGB aF. Sie fällt aber unter § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB. Damit besteht der Anspruch gegen die ZweitBekl nicht zu Recht.

2.1. Die zweitbekl Stiftung ist als juristische Person nicht pflichtteilsberechtigt, sodass ihr gegenüber die Zweijahresfrist des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF anzuwenden ist (10 Ob 45/07 a SZ 2007/92 EF-Z 2007/115 [Zollner] = ecolex 2007/285 [Limberg] = GesRZ 2007, 437 [Arnold]). Damit ist fraglich, ob die Schenkung innerhalb dieser Frist „gemacht“ wurde. Nach der Rsp des OGH kommt es dafür auf den Zeitpunkt des Vermögensopfers an (10 Ob 45/07 a für Zuwendungen an Privatstiftungen, 2 Ob 125/15v SZ 2015/78 = EF-Z 2015/162 [Tschugguel] = PSR 2015/49 [Zollner] = ecolex 2015/445, 1047 [Fritzer] sowie RIS-Justiz RS0130273 für Schenkungen von Liegenschaften). Dieses ist jedenfalls dann nicht erbracht, wenn der Geschenkgeber die Schenkung rückgängig machen kann, was im Fall einer Privatstiftung bei einem Widerrufsrecht zuträfe (10 Ob 45/07 a). Bei Liegenschaften ist dem nach der – wenn gleich im Schrifttum kritisierten – Rsp des Sen das Zurückbehaltener aller Nutzungen durch Vereinbarung eines Fruchtgenussrechts gleichzuhalten (2 Ob 125/15v; RIS-Justiz RS0130273). Bei der Stiftung soll dem Widerrufsrecht nach einem Teil der Literatur (zum hier anwendbaren alten Recht) ein „weitreichendes Änderungsrecht“ gleichzuhalten sein, das es dem Stifter faktisch ermöglicht, auf das gestiftete oder in die Stiftung eingebrachte Vermögen zuzugreifen (vgl etwa *Parapatits/Schörghofer*, Privatstiftung und Schenkungsanrechnung, iFamZ 2008, 42 [45 f]; *Schauer*, OGH: Schutz der Pflichtteilsberechtigten gegenüber Privatstiftung, JEV 2007, 90 [96]; *Limberg*, Privatstiftung und Erbrecht [2006] 35 f; vgl auch *Kletečka*, Pflichtteilsrechtliche Behandlung einer Privatstiftung, EF-Z 2012, 4 [7 ff]). In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass bloße Änderungsrechte nach der jüngeren Rsp keine widerufsgleiche Wirkung haben können (6 Ob 237/15v NZ 2016, 151 [Umlauf, NZ 2016, 404] = GesRZ 2016, 237 [Hasch/Wolfgruber] = ecolex 2016/228 [Rizzi]). Bloße Änderungsrechte können daher dem Eintritt des Vermögensopfers nicht mehr entgegenstehen, wohl aber Änderungsrechte, die einem Dritten eingeräumt werden, dem Berechtigten den Zugriff auf die Erträge

und wohl auch auf einen Teil der Substanz ermöglichen, worin eine Zuwendung an den Änderungsberechtigten liegen könnte.

2.2. Im konkreten Fall hat sich der Erblasser weder ein Widerrufsrecht noch – soweit das überhaupt relevant sein sollte – ein umfassendes Nutzungsrecht vorbehalten. Inwieweit sein zunächst bestehendes Änderungsrecht der Annahme eines Vermögensopfers entgegenstand, kann offenbleiben. Denn seit dem „Rollentausch“ im Jahr 2005 konnte der Erblasser dieses Recht nur mehr im Einvernehmen mit dem ViertBekl ausüben. Damit konnte er nicht mehr allein auf das Stiftungsvermögen oder die Erträge zugreifen, womit das Vermögensopfer jedenfalls erbracht war (*Schauer*, JEV 2007, 96; *Limberg*, Privatstiftung 48 f; *Zollner*, EF-Z 2007, 190). Die bloße Möglichkeit eines Einflusses auf die Bestellung der Stiftungsorgane (hier allenfalls über das Mehrstimmrecht in der GmbH) kommt einem Widerrufsrecht nicht gleich. Umso weniger kommt es auf faktische – allenfalls familiär bedingte – Einflussmöglichkeiten an, die schon aus Gründen der Rechtssicherheit keine Relevanz haben können.

2.3. Sollten – was der Kl behauptet – die Zuwendungen an die ZweitBekl aus wirtschaftlicher Sicht ohnehin dem ViertBekl zuzurechnen sein (dazu näher unten B.4.), änderte das nichts am Ergebnis. Denn in diesem Fall wäre sowohl für die Bemessung des Schenkungspflichtteils als auch für das Bestehen des Anspruchs nach § 951 ABGB aF die Zuwendung an den ViertBekl maßgebend; eine in Anschlag zu bringende Zuwendung an die Stiftung läge dann in diesem Umfang von vornherein nicht vor. Eine doppelte Berücksichtigung der Zuwendung wäre – wie auch im neuen Recht (§ 781 Abs 2 Z 4 und Z 5 ABGB idF des ErbRÄG 2015) – jedenfalls ausgeschlossen.

2.4. Aus diesen Gründen hat der Rekurs der ZweitBekl – der sich ausschließlich auf die aufhebende Entscheidung über das bestimmte Zahlungsbegehren bezieht – Erfolg. Der Aufhebungsbeschluss ist aufzuheben und in der Sache ist dahin zu erkennen, dass die abweisende Entscheidung des ErstG als Teilurteil wiederhergestellt wird.

3. Auch die Zuwendung an die DrittBekl fällt unter § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF. Das gegen sie gerichtete Zahlungsbegehren ist daher ebenfalls nicht berechtigt.

3.1. Als pflichtteilsberechtigt im Sinn von § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB (*Red*: Gemeint ist die Fassung vor dem ErbRÄG 2015) gilt, wer im Schenkungszeitpunkt abstrakt pflichtteilsberechtigt war und im Zeitpunkt des Erbanfalls konkret pflichtteilsberechtigt ist (1 Ob 152/03 i SZ 2004/155 mwN; RIS-Justiz RS0012855 [T 14]; zuletzt etwa 2 Ob 145/16m EvBl 2017/57 [Apathy] = iFamZ 2017/73 [Schweda] = EF-Z 2017/37 [Tschugguel], und 2 Ob 213/17 p). Da die konkrete Pflichtteilsberechtigung durch einen Pflichtteilsverzicht entfällt, ist in einem solchen Fall grundsätzlich die Zweijahresfrist anzu-



wenden (RIS-Justiz RS0012855 [T 2]), sofern die Berufung auf den Pflichtteilsverzicht nicht als Rechtsmissbrauch anzusehen ist (RIS-Justiz RS0012855 [T 4]; zuletzt etwa 2 Ob 145/16 m mwN). Dafür bedarf es nach der jüngeren Rsp (7 Ob 106/07 z iFamZ 2008/51 [Tschugguel]; 2 Ob 220/15 i EF-Z 2017/21 [Tschugguel] = iFamZ 2017/28 [Mondel]) nicht unbedingt der ausdrücklichen Feststellung der Missbrauchs- oder Schädigungsabsicht. Vielmehr genügt es, wenn der Kl einen Sachverhalt beweist, der die Vermutung einer solchen Absicht nahelegt. In diesem Fall ist es Sache des Bekl, einen gerechtfertigten Beweggrund für sein Verhalten zu behaupten und zu beweisen. Kann er das nicht, so kann er sich auch nicht auf den Pflichtteilsverzicht berufen.

3.2. Ein solcher Rechtsmissbrauch ist in Bezug auf den Pflichtteilsverzicht der Drittbekl zu verneinen.

Die Drittbekl verzichtete erst vier Jahre nach der ihr gemachten Schenkung auf den Pflichtteil. Dieser Verzicht stand im Zusammenhang mit dem Einbringen von Vermögen des Erblassers in die ZweitBekl, wobei der Wert dieses Vermögens nach dem Vorbringen des Kl unverhältnismäßig höher war als jener der seinerzeit der Drittbekl geschenkten Liegenschaft. Damit besteht kein Anlass für die Vermutung, dass der Verzicht der Drittbekl dazu dienen sollte, den Kl um den Schenkungspflichtteil aufgrund der Liegenschaftsschenkung zu bringen. Vielmehr war dieser Verzicht auf ein anderes Ziel gerichtet, wobei unerheblich ist, ob dieses Ziel allein in der Absicherung des Unternehmensübergangs (unmittelbar an die ZweitBekl, mittelbar allenfalls an den ViertBekl) oder auch, wie vom ErstG angenommen, in der Erweiterung der Handlungsfreiheit des Erblassers in Bezug auf verbliebenes Vermögen bestand. Dass damit auch der Schenkungspflichtteil aufgrund der Liegenschaftsschenkung wegen Ablaufs der Zweijahresfrist entfiel, war bloß mittelbare Folge des primär einen anderen Zweck verfolgenden Verzichts. Daher bleibt § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF anwendbar, sodass die Schenkung an die Drittbekl keinen Anspruch auf den Schenkungspflichtteil begründet. Damit fehlt auch jede Grundlage für den hier str Anspruch nach § 951 ABGB aF.

3.3. Da das Verbot der *reformatio in peius* bei Rekursen gegen Aufhebungsbeschlüsse nicht gilt (RIS-Justiz RS0043853), ist das Nichtbestehen des Zahlungsanspruchs aufgrund des zulässigen Rekurses des Kl wahrzunehmen. Die diesbezügliche Entscheidung des BerG ist aufzuheben und in der Sache dahin zu erkennen, dass die das bestimmte Zahlungsbegehren abweisende Entscheidung des ErstG auch in Bezug auf die Drittbekl als Teilurteil wiederhergestellt wird.

4. Hingegen ist nicht ausgeschlossen, dass eine (mittelbar) an den ViertBekl erfolgte Zuwendung bei der Bemessung des Pflichtteils in Anschlag zu bringen ist.

4.1. Ob auch die (behauptete) Zuwendung an den ViertBekl unter § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF fällt, kann derzeit nicht abschließend beurteilt werden.

(a) Der Pflichtteilsverzicht des ViertBekl stand in unmittelbarem Zusammenhang mit der Errichtung und Dotierung der ZweitBekl. Trifft die Auffassung des Kl zu, dass darin in Wahrheit eine Zuwendung an den ViertBekl lag, liegt auf der Hand, dass der Pflichtteilsverzicht der möglichst weitgehenden Immunisierung dieser und der allenfalls bereits mit der Einräumung einer Gesellschafterstellung erfolgten Zuwendung gegen Ansprüche anderer Pflichtteilsberechtigter diene. Damit hat der ViertBekl nach der oben (Punkt 3.1.) dargestellten Rsp zu behaupten und zu beweisen, dass aufgrund bestimmter Umstände dennoch kein Rechtsmissbrauch anzunehmen ist.

(b) Dazu hat der ViertBekl einerseits vorgebracht, dass der Pflichtteilsverzicht der Erhaltung der Unternehmensgruppe des Erblassers dienen sollte. Andererseits verwies er darauf, dass der Kl ohnehin andere Zuwendungen erhalten habe und auch im Testament bedacht worden sei. In Bezug auf das erste Vorbringen trifft die Beurteilung des BerG zu: Der OGH hat bereits ausgesprochen, dass der angestrebte Schutz vor einer „Wertvernichtung“ durch Vermögensverteilung keine Rechtfertigung für das „Aushebeln“ des Pflichtteilsrechts sei (10 Ob 45/07 a). Daran ist jedenfalls dann festzuhalten, wenn der Pflichtteilsverzicht – wie hier behauptet – offenkundig dazu dient, eine Zuwendung an den Verzichtenden selbst pflichtteilsrechtlich zu immunisieren. Anderes würde selbstverständlich dann gelten, wenn der ViertBekl in Wahrheit ohnehin keinen relevanten Vorteil aus der Einräumung der Gesellschafterstellung und der Stiftungskonstruktion hätte. Dann läge aber schon keine Zuwendung vor, sodass sich das Fristenproblem nicht stellte.

(c) Dieser Auffassung können, anders als im Rekurs des ViertBekl angenommen, auch nicht die dem neuen Erbrecht zugrundeliegenden Wertungen entgegengehalten werden. Denn der Gesetzgeber hat auch im ErbRÄG 2015 gerade keinen dem Anerbenrecht vergleichbaren Schutz für Unternehmen geschaffen; vielmehr hat er durch das Abstellen allein auf die abstrakte Pflichtteilsberechtigung (§ 783 Abs 1 iVm § 757 ABGB idF des ErbRÄG 2015) – wodurch ein nur die konkrete Pflichtteilsberechtigung ausschließender Pflichtteilsverzicht irrelevant ist – die Stellung der (anderen) Pflichtteilsberechtigten sogar verstärkt. Die gleichzeitig eingeführte Stundungsmöglichkeit (§§ 766 f ABGB idF des ErbRÄG 2015) beseitigt nicht den Anspruch als solchen, sondern erleichtert nur dessen Erfüllung.

(d) Das BerG hat allerdings angenommen, dass eine Rechtfertigung der mit dem Verzicht offenkundig angestrebten Rechtsfolge auch darin liegen könnte, dass dem Kl ohnehin andere Vermögenswerte zugekommen waren und zukommen würden. Diese Auffassung trifft



zu: Erfasste die durch den Verzicht (potentiell) der pflichtteilsrechtlichen Berücksichtigung entzogene Zuwendung nur einen Teil des Vermögens und erhielt der Kl zu Lebzeiten oder nach dem Tod des Erblassers ohnehin Werte, die seinem (hypothetischen) Pflichtteilsanspruch nahekämen, hätte sich die durch den Pflichtteilsverzicht des ViertBekl erweiterte Handlungsfreiheit des Erblassers (auch) zugunsten des Kl ausgewirkt. In diesem Fall wäre die Berufung auf den Verzicht nicht rechtsmissbräuchlich. Wenn das BerG insofern weitere Feststellungen für erforderlich hält, kann ihm der OGH nicht entgegenreten.

4.2. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Einräumung der Kommanditbeteiligung an der T. KG als Schenkung iSv § 785 Abs 3 ABGB aF zu werten ist.

(a) Die Annahme einer Schenkung iSv § 785 ABGB setzt grundsätzlich Schenkungsabsicht voraus; das Vorliegen eines krassen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung kann diese jedoch indizieren (RIS-Justiz RS0012959; zuletzt etwa 5 Ob 188/13b und 2 Ob 96/16f mwN). Damit ist zu prüfen, ob bei der Einräumung der Kommanditbeteiligung an der ersten vom Erblasser und dem ViertBekl gegründeten Kommanditgesellschaft (T. KG) ein solches Missverhältnis vorlag.

(b) In diese Gesellschaft brachte der Erblasser sein Einzelunternehmen ein und leistete damit seine Kommanditeinlage von S 900.000,-. Auf dieser Grundlage sollte er mit 90% an der Substanz des Unternehmens beteiligt sein, der ViertBekl hingegen aufgrund seiner bar zu leistenden Einlage von S 100.000,- mit 10%. Der Kl hat nun tatsächlich vorgebracht, dass „die Einlage [des ViertBekl] weit unter dem anteiligen Unternehmenswert“ gelegen sei. Damit hat er – wenngleich nicht weiter substantiiert – ein krasses Missverhältnis behauptet, das Schenkungsabsicht indizieren könnte: Betrug der Wert des eingebrachten Einzelunternehmens deutlich über S 900.000,-, so stünde dem Einräumen einer Beteiligung von 10% aufgrund einer Einlage von nur S 100.000,- keine relevante Gegenleistung des ViertBekl gegenüber. Insofern könnte daher eine Schenkung des Erblassers an den ViertBekl vorliegen. Diese Frage wird im fortgesetzten Verfahren zu erörtern sein.

(c) Ebenfalls zu erörtern ist die Erhöhung der Beteiligung des ViertBekl an der T. KG auf 48%. Hier erbrachte der ViertBekl zwar durch die Nichtentnahme von ihm gesellschaftsvertraglich zustehenden Gewinnen eine Gegenleistung, die der Gesellschaft und damit auch dem Erblasser zugutekam. Insofern lag daher bei isolierter Betrachtung tatsächlich keine unentgeltliche Zuwendung, sondern eine bloße Kreditierung vor. Allerdings gilt auch hier, dass der Unternehmenswert nach den Behauptungen des Kl den Buchwert deutlich überstieg. Insofern könnte daher wiederum eine unentgeltliche Zuwendung vorliegen. Dabei wird aber auch zu beachten sein, dass der ViertBekl nach dem geänderten Gesellschaftsvertrag an stillen Reserven nur in abgestuftem

Ausmaß beteiligt sein sollte. Die damit verbundenen Fragen der Bewertung des Geschäftsanteils werden wohl nur durch ein betriebswirtschaftliches Gutachten geklärt werden können.

4.3. Bei der Gründung der weiteren Kommanditgesellschaften ist demgegenüber keine unentgeltliche Zuwendung an den ViertBekl zu erkennen.

Kommanditistin der S. KG war zunächst die T. KG. Zwar war der ViertBekl damit von Anfang an im Ausmaß seiner Beteiligung an der T. KG mittelbar auch an der (neu gegründeten) S. KG beteiligt. Allerdings erfolgte diese Beteiligung durch den Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrags. Dass der Erblasser in diese Gesellschaft über seinen (mittelbaren) Anteil hinaus Werte eingebracht und damit (mittelbar) dem ViertBekl zugewendet hätte, ist weder dem Vorbringen des Kl noch dem festgestellten Sachverhalt zu entnehmen. Gleiches gilt für die später gegründete M. KG.

4.4. Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine Schenkung an den ViertBekl erfolgte, indem ihm der Erblasser eine Rechtsstellung an der ZweitBekl einräumte.

(a) § 785 ABGB aF geht – ebenso wie das neue Recht (§ 781 Abs 2 Z 6 ABGB idF des ErbRÄG 2015) – von einem wirtschaftlichen Schenkungsbegriff aus (9 Ob 48/10i; *Eccher in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 785 Rz 3; *Kralik, Erbrecht* [1983] 301; *Umlauf*, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht [2001] 152 ff). Eine Schenkung kann daher auch darin liegen, dass der Erblasser dem Beschenkten eine vermögenswerte Rechtsstellung gegenüber einer von ihm dotierten juristischen Person einräumt, wenn und soweit ihm das aufgrund der Beherrschung dieser juristischen Person möglich ist. Das kann insb bei einer Privatstiftung zutreffen, wenn der Erblasser ihr Vermögen zuwendet und schon in der Stiftungserklärung oder aufgrund eines Änderungsrechts eine Rechtsstellung eines Dritten begründet, aufgrund derer die Organe der Privatstiftung nicht mehr frei über das vom Erblasser stammende Vermögen verfügen können. Dann läge im Umfang dieser Rechteeinräumung keine Zuwendung an die Privatstiftung (mehr) vor, sondern der betroffene Vermögenswert wäre für die Anwendung von § 785 ABGB aF gleich dem Dritten zuzurechnen (*Umlauf*, Pflichtteilermittlung im Zusammenhang mit Privatstiftungen, FS Binder [2010] 883 [893f]; vgl zum neuen Recht *Arnold*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, GesRZ 2015, 346 [352]; *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015, JEV 2015, 120 [132]; *Zöchling-Jud/Zollner*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht – erste Überlegungen zum ErbRÄG 2015, in *Artmann/Rüffler/Torggler* [Hrsg], Gesellschaftsrecht und Erbrecht [2016] 41 [58f]). In diesem Fall wäre die Stiftung nur ein Instrument, um den Vermögenswert dem (idR auch selbst pflichtteilsberechtigten) Dritten als dem „eigentlichen“ Empfänger zukommen zu lassen



(Schauer, Die Privatstiftung als Funktionsäquivalent der Schenkung auf den Todesfall, ZfS 2006, 52 [54]).

(b) Im konkreten Fall hat der Erblasser bedeutende Vermögenswerte in die ZweitBekl eingebracht. Darin lag noch keine Zuwendung an den ViertBekl, da die diesem in der Stiftungsurkunde eingeräumte Rechtsstellung wegen des alleinigen Änderungsrechts des Erblassers zunächst in keiner Weise abgesichert war. Endgültig wurde diese Rechtsstellung erst mit dem „Rollentausch“ 2005 begründet, da ab diesem Zeitpunkt Änderungen der Stiftungsurkunde nur mehr gemeinsam erfolgen konnten und nach dem Tod des Erblassers ein alleiniges Änderungsrecht des ViertBekl bestehen sollte, das diesem gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden konnte. Der Begründung dieser Rechtsstellung stand keine erkennbare Gegenleistung des ViertBekl gegenüber. Soweit sie auch die vom Erblasser eingebrachten Vermögenswerte betraf, lag darin unter Umständen eine vermögenswerte Zuwendung, bei der wegen des Fehlens einer Gegenleistung das Vorliegen einer Schenkung indiziert sein könnte.

(c) Eine Schenkung wäre aber nur dann anzunehmen, wenn die Rechtsposition des ViertBekl tatsächlich einen Vermögenswert hatte. Das hängt von mehreren Faktoren ab: Relevant ist zum einen der Wert der ZweitBekl im Zeitpunkt der Rechteinräumung. Von diesem Wert ist in weiterer Folge nur jener Teil relevant, der auf Vermögenszuwendungen des Erblassers an die Stiftung zurückgeht. Insofern sind daher die vom Erblasser in die Stiftung eingebrachten Vermögenswerte (Widmung von 1 Mio ATS anlässlich der Stiftung, Wert des Anteils an der Unternehmensgruppe, später eingebrachte Forderungen) zu bewerten und den vom ViertBekl eingebrachten Vermögenswerten (Wert des eingebrachten Anteils an der Unternehmensgruppe) gegenüberzustellen. Die beim „Rollentausch“ begründete Rechtsstellung des ViertBekl könnte jedenfalls nur insofern als Zuwendung des Erblassers angesehen werden, als sie sich auf den diesem Verhältnis entsprechenden Anteil am Stiftungsvermögen bezieht. In einem weiteren Schritt ist dann die Rechtsstellung des ViertBekl – die jedenfalls nicht mit dem anteiligen Wert des Vermögens gleichgesetzt werden kann – zu bewerten. Es ist daher zu prüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Regelung des Jahres 2005 bei einer Ex-ante-Beurteilung aufgrund der damit verbundenen Möglichkeiten einer Änderung der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde als Vermögenszuwachs des ViertBekl zu qualifizieren war. Das wäre etwa der Fall, wenn sich der ViertBekl nach Änderung des Stiftungszwecks und Einflussnahme auf den Vorstand Vermögenswerte der Stiftung zuwenden könnte. Nur in diesem Umfang könnte eine Schenkung angenommen werden.

(d) Maßgebender Zeitpunkt für diese Beurteilung ist die Änderung der Stiftungserklärung anlässlich des „Rollentausches“. Es ist daher auch die Beschränkung des Änderungsrechts der Stifter durch das in Punkt IV (1)

der (geänderten) Stiftungsurkunde enthaltene Zustimmungserfordernis der kreditgebenden Banken zu beachten. Sollte eine solche Zustimmung bei realistischer Betrachtung auch nach dem Tod des Erblassers – etwa durch Verkauf von Beteiligungen und Rückführung von Krediten – nicht zu erwarten gewesen sein, läge von vornherein keine vermögenswerte Zuwendung an den ViertBekl vor.

(e) Die weitere Beschränkung des Änderungsrechts, die sich aus Punkt V der Stiftungszusatzurkunde ergibt (Zustimmungsrecht des Vorstands), wäre bei der Bewertung der Rechtsstellung dann zu beachten, wenn sie schon zum Zeitpunkt des „Rollentausches“ vorhanden war. Ob das zutrifft, steht nicht fest, weil das ErstG die Feststellungen zum Inhalt der Zusatzurkunde für das Jahr 2008 getroffen hat.

Zwar war diese Beschränkung des Änderungsrechts als solche unwirksam. Auch wenn in die Stiftungszusatzurkunde nach § 10 Abs 2 PSG über § 9 Abs 1 PSG hinausgehende Regelungen aufgenommen werden können, sind doch solche nach § 9 Abs 2 Z 1–8 PSG davon ausgenommen. Unter diese Ausnahme fallen insb Regelungen über die Änderung der Stiftungserklärung (§ 9 Abs 2 Z 6 PSG). Werden aber Regelungstatbestände des § 9 Abs 2 Z 1–8 PSG in die Stiftungszusatzurkunde aufgenommen, sind sie unwirksam und unbeachtlich, wenn sie im Widerspruch zu denjenigen der Stiftungsurkunde stehen (3 Ob 177/10s SZ 2011/90 = ZfS 2011, 162 [Karollus] = ecolex 2012/24 [Rizzi] = PSR 2011/47 [Rassi/Zollner] = EvBl 2012/22 [Clavora] = GesRZ 2011, 317 [Wurzer/Foglar-Deinhardstein]). Das trifft hier zu, verstößt doch das Erfordernis der Zustimmung des Vorstands zu bestimmten Änderungen in Punkt V der Stiftungszusatzurkunde gegen das (abgesehen vom Zustimmungsrecht der Banken) freie Änderungsrecht der Stifter nach Punkt XVIII der (geänderten) Stiftungsurkunde.

Allerdings wäre der ViertBekl aufgrund der Treuepflicht zwischen Stiftern verpflichtet gewesen, an einer Änderung der Stiftungserklärung im Sinn der in der Stiftungszusatzurkunde getroffenen Regelung mitzuwirken (6 Ob 166/05p JBl 2006, 521 [Torggler]; Arnold; PSG<sup>3</sup> [2013] § 3 Rz 54 d). Der Erblasser hätte daher eine entsprechende Änderung der Stiftungserklärung durchsetzen können. Die Verpflichtung des ViertBekl zu einer solchen Beschränkung und die möglichen Folgen einer solchen Beschränkung (auch iVm der Regelung zur Vorstandsbestellung in Punkt VIII der Stiftungsurkunde) sind ebenfalls bei der Bewertung der Rechtsstellung des ViertBekl zu berücksichtigen.

(f) Im Ergebnis ist daher im fortgesetzten Verfahren unter Bedachtnahme auf die vorstehenden Ausführungen zu prüfen, ob die dem ViertBekl anlässlich des „Rollentausches“ eingeräumte Rechtsstellung einen Vermögenswert hatte. Dafür wird ein betriebswirtschaftliches Gutachten erforderlich sein. In einem zweiten Schritt ist



zu prüfen, ob in Bezug auf die Zuwendung dieser Rechtsstellung Schenkungsabsicht vorlag, was bei Fehlen einer Gegenleistung indiziert wäre. Da den Kl die Beweislast für eine Schenkung trifft, fielen verbleibende Unklarheiten oder auch die Unmöglichkeit einer Bewertung der Rechtsstellung des ViertBekl ihm zur Last.

4.5. Wird in Bezug auf den (ersten) Gesellschaftsvertrag (oben 4.2.) oder die Einräumung einer abgesicherten Rechtsstellung in der ZweitBekl (oben 4.4.) eine Schenkung angenommen, so ist die Zuwendung für die Bemessung des Schenkungspflichtteils zum jeweiligen Schenkungszeitpunkt zu bewerten und auf den Todeszeitpunkt des Erblassers aufzuwerten.

(a) Nach § 794 ABGB aF wird der Wert beweglicher Sachen nach dem Zeitpunkt des Erbanfalls und der Wert unbeweglicher Sachen nach dem Zeitpunkt des Empfangs bestimmt. Eine Regelung für die hier (allenfalls) vorzunehmende Bewertung von Anteilen an Unternehmen enthält die Bestimmung nicht. Nach der E 7 Ob 137/74 sollen die im Unternehmen enthaltenen beweglichen und unbeweglichen Sachen getrennt, und zwar zum jeweils maßgebenden Stichtag, bewertet werden. Diese Auffassung, die im Übrigen auch durch die Entwicklung der Rsp zur Bewertung unbeweglicher Sachen überholt ist (unten [b]), wird allerdings im Schrifttum abgelehnt. Dort wird einhellig die Ansicht vertreten, dass eine (einheitliche) Bewertung des Unternehmens als solches zu erfolgen habe (*Binder*, Unternehmensbeteiligung und Pflichtteilsanspruch, wbl 1992, 381 ff; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 794 Rz 2; *Eder*, Die Bewertung des Unternehmens zum Zwecke der Pflichtteilsanrechnung, JEV 2011, 49 [53 ff]; *Umlauf*, Anrechnung 264 ff; *Welser* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 794 Rz 7; ebenso ohne nähere Begründung 8 Ob 55/13s). Das trifft schon deswegen zu, weil nur eine solche Vorgangsweise bei Unternehmen und Unternehmensanteilen die Berücksichtigung des immateriellen Firmenwerts (Image, Kundentamm, Knowhow der Mitarbeiter etc) ermöglicht.

(b) § 794 ABGB aF wird seit langem berichtend dahin ausgelegt, dass für die Ausmittlung des Schenkungspflichtteils auch bei Liegenschaften der Zeitpunkt des Erbanfalls maßgebend ist (2 Ob 129/16h mwN; *Eccher* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 794 Rz 2; *Welser* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 794 Rz 6). Es ist daher der Wert des Geschenks im Zeitpunkt des Erbanfalls zu bestimmen, wobei aber der Zustand der Sache im Zeitpunkt des Empfangs und alle damals bereits veranschlagbaren, wenn auch erst im Zeitpunkt des Erbanfalls aktuell werdenden Umstände zugrunde zu legen sind (RIS-Justiz RS0012973). Wertsteigerungen, die auf eine Tätigkeit des Geschenknehmers zurückzuführen sind, bleiben außer Betracht (6 Ob 638/86; 2 Ob 219/12p; 2 Ob 129/16h). Ein grundlegender Unterschied zur Bewertung beweglicher Sachen besteht daher nicht.

(c) Unternehmen und damit auch darauf bezogene Rechtspositionen sind allerdings in viel höherem Aus-

maß als (andere) bewegliche oder unbewegliche Sachen Wertänderungen ausgesetzt, wobei diese Wertänderungen zwar nicht ausschließlich, aber doch in vielen Fällen auch auf die Tätigkeit der Unternehmensleitung zurückzuführen sind. Hat der Geschenknehmer (wie hier) einen Einfluss auf die Leitung des Unternehmens, ist ein Differenzieren zwischen Änderungen des Unternehmenswerts aufgrund der Marktentwicklung (vergleichbar dem Steigen oder Sinken von Immobilienpreisen) einerseits und Änderungen aufgrund der Tätigkeit des Geschenknehmers andererseits – wie sie etwa von *Binder* vertreten wird (wbl 1992, 384) – praktisch nicht möglich (*Eder*, JEV 2011, 51 f). Eine undifferenzierte Bewertung zum Zeitpunkt des Erbanfalls wäre nicht sachgerecht, weil dadurch auch Leistungen des Geschenknehmers für die Höhe des Pflichtteils positiv oder negativ relevant würden, wofür es nach dem Zweck der Schenkungsanrechnung keine Rechtfertigung gäbe. Daher kann im Ergebnis nur auf den Zeitpunkt der Schenkung selbst abgestellt werden, wobei der so ermittelte Wert aber – wie nach altem Recht bei Bargeld (RIS-Justiz RS0124629) und nach neuem Recht überhaupt (§ 788 ABGB idF des ErbRÄG 2015) – auf den Zeitpunkt des Erbanfalls aufzuwerten ist (*Eder*, JEV 2011, 53). Diese Vorgangsweise wird dem Zweck von § 785 ABGB aF, Verminderungen des Nachlasses durch Schenkungen für die Bemessung des Pflichtteils auszublenken, ohne aber Leistungen des Geschenknehmers in diese Bemessung einfließen zu lassen, am ehesten gerecht.

4.6. Sollte sich aufgrund dieser Erwägungen (und aufgrund der unstr. Schenkung des Brillantrings) ein Schenkungspflichtteil ergeben, wäre in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob der Nachlass zur Deckung ausreicht. Trifft das nicht zu, haftet der ViertBekl nach § 951 ABGB aF. Seine Haftung ist jedoch, wie auch der Kl richtig erkennt, auf die zugewendete Sache, also die Gesamtrechte an der Stiftung (und den Ring) beschränkt. Die Rechte an der Stiftung sind auch an die Stelle seiner (allenfalls auf einer Schenkung anlässlich des ersten Gesellschaftsvertrags beruhenden, oben 4.2.) Anteile an der Unternehmensgruppe getreten.

5. In Bezug auf den zum Auskunftsbegehren ergangenen Aufhebungsbeschluss ist die Sache ebenfalls noch nicht spruchreif.

5.1. Gegenstand der Rekurse des Kl und des ViertBekl ist die aufhebende Entscheidung des RekG zum Begehren auf Auskunft über das Nachlassvermögen durch die Dritt-, den Viert- und die FünftBekl. Das BerG hat insofern einen Anspruch nach Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO verneint, weil diese Bestimmung nicht auf Geschenknehmer oder bloß mögliche Erben anzuwenden sei. Hätten die Bekl allerdings Nachlassvermögen verheimlicht, so könne ein Anspruch nach Art XLII Abs 1 Fall 2 EGZPO bestehen. Insofern fehlten jedoch die erforderlichen Feststellungen.



5.2. Die Auffassung des BerG, dass der auf Auskunft über Nachlassgegenstände gerichtete Anspruch nach Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO bis zur Einantwortung nur gegen den Nachlass besteht, trifft nach der Rsp zum hier noch anwendbaren alten Recht zu (2 Ob 316/02p mwN, zuletzt etwa 2 Ob 186/10g SZ 2011/122 = EF-Z 2012/50 [Fischer-Czermak] = EvBl 2012/64 [Eccher, ÖJZ 2012/47] NZ 2012 169 [Umlauf]). Der Rekurs des Kl zeigt keine Gründe für ein Abgehen von dieser Rsp auf.

5.3. Richtig ist auch die Ansicht des BerG, dass ein solcher Anspruch nach Art XLII Abs 1 Fall 2 EGZPO bestehen kann, wenn der Bekl vom Verschweigen oder Verheimlichen des anzugebenden Vermögens vermutlich Kenntnis hat (2 Ob 186/10g mwN). Dabei ist kein strenger Maßstab anzulegen. Schon der durch objektive Anhaltspunkte gestützte und vom Kl zu bescheinigende Verdacht einer entsprechenden Kenntnis reicht aus (7 Ob 147/06b mwN; RIS-Justiz RS0034823; 2 Ob 186/10g mwN). Wenn das BerG auf der Grundlage dieser richtigen Rechtsansicht meint, dass der Sachverhalt noch nicht genügend geklärt ist, kann der OGH, der nicht Tatsacheninstanz ist, dem nicht entgegentreten (RIS-Justiz RS0042179).

6. Im Ergebnis ist der Aufhebungsbeschluss daher zu bestätigen, soweit er das Zahlungsbegehren gegen den ViertBekl und das Auskunftsbegehren über Nachlassgegenstände gegen die Drittbekl, den ViertBekl und die FünftBekl betrifft. Hingegen ist zu den Zahlungsbegehren gegen die ZweitBekl und die Drittbekl die abweisende Entscheidung des ErstG wiederherzustellen. Nicht erledigt ist wegen der insofern eingetretenen Unterbrechung des Verfahrens der Rekurs des Kl gegen die aufhebende Entscheidung über das gegen die ErstBekl erhobene Zahlungsbegehren.

C. Die Revision des Kl ist, soweit sie Ansprüche gegen die ZweitBekl, die Drittbekl, den ViertBekl und die FünftBekl betrifft, ungeachtet der den OGH nicht bindenden Zulassung durch das BerG nicht zulässig.

1. Wegen der Unterbrechung des gegen die ErstBekl geführten Verfahrens ist die Revision nur soweit zu behandeln, als sie die Auskunftsbegehren gegen die vier anderen Bekl betrifft.

2. Die vom BerG als erheblich bezeichnete Rechtsfrage begründet die Zulässigkeit der Revision nicht.

2.1. Das BerG hat die Revision wegen des Fehlens von Rsp zur Frage zugelassen, ob verjährungsrechtliche Erwägungen dazu führen könnten, dass der Anspruch nach Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO entgegen der oben zitierten Rsp (B.5.2.) auch vor der Einantwortung gegen die Erben bestehen könnte, wenn diese nicht innerhalb von drei Jahren nach dem Tod des Erblassers erfolge.

2.2. Gründe für eine solche Auffassung sind aber nicht erkennbar. Den Pflichtteilsberechtigten steht es frei, vor der Einantwortung ein Auskunftsbegehren gegen den Nachlass zu erheben und dies mit einem unbestimmten

Zahlungsbegehren zu verbinden. Eine solche Stufenklage unterbricht die Verjährung (RIS-Justiz RS0034809). Ein Urteil wäre nach der Einantwortung gegen die Erben vollstreckbar, ein noch anhängiges Verfahren – nach allfälliger Unterbrechung analog § 155 ZPO (oben A.) – gegen diese fortzusetzen. Damit besteht auch aus Rechtsschutzerwägungen kein Grund, entgegen der zitierten Rsp schon vor der Einantwortung einen Auskunftsanspruch gegen die Erben zu bejahen. In Bezug auf den Anspruch gegen Geschenknnehmer nach § 951 ABGB aF besteht kein Auskunftsanspruch nach Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO (8 Ob 55/13s). Zwar sind die Erben aufgrund dieser Bestimmung nach der Einantwortung zur Auskunft über – an wen immer, also auch an sich selbst – erfolgte pflichtteilsrelevante Zuwendungen des Erblassers verpflichtet (2 Ob 186/10g mwN). Die Einantwortung war aber bei Schluss der mündlichen Verh erster Inst noch nicht erfolgt.

3. Auch sonst zeigt die Revision keine erhebliche Rechtsfrage auf:

3.1. Entgegen dem Vorbringen der Revision ist das Stiftungsvermögen nicht dem Nachlass zuzurechnen (so schon 8 Ob 115/11m im Verlassverfahren nach dem Erblasser). Ein Anspruch nach Art XLII Abs 1 Fall 1 EGZPO lässt sich daher auch nicht auf diesem Weg konstruieren.

3.2. Ob der Tatbestand des Art XLII Abs 1 Fall 2 EGZPO erfüllt ist oder wenigstens schlüssig behauptet wurde, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Beurteilung des BerG, dass der Kl insofern kein ausreichendes Vorbringen erstattet hat, ist nicht zu beanstanden:

(a) Da Vorliegen und Wert einer Schenkung nach dem Schenkungszeitpunkt zu beurteilen sind (oben B.4.5.), ist nicht erkennbar, weswegen Handlungen oder Unterlassungen der Organe der ZweitBekl, die sich auf deren wirtschaftliche Lage nach dem „Rollentausch“ beziehen, als Verheimlichung eines Vermögens des Kl (4 Ob 2376/96g; 5 Ob 521/86; *Konecny in Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Art XLII EGZPO Rz 78) qualifiziert werden könnten. Der Kl hatte als Pflichtteilsberechtigter kein rechtliches Interesse an einer Information über die Entwicklung der Bekl nach dem spätesten für die Beurteilung seines Anspruchs maßgebenden Zeitpunkt. Einen Anspruch bestreitende Rechtsausführungen (Beilage ./PP) können nicht als Verschweigen von Vermögen gedeutet werden.

(b) Zu den übrigen Bekl zeigt auch die Revision kein erstinstanzliches Vorbringen zu aktiven Verheimlichungshandlungen (RIS-Justiz RS0034859) auf, die in Bezug auf einen Vermögensbestandteil des Kl gesetzt worden wären.

D. Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 3 ZPO.



### Anmerkung:

Die Entscheidung thematisiert eine Vielzahl strittiger Rechtsfragen im Zusammenhang mit der pflichtteilsrechtlichen Behandlung gängiger Modelle für die Regelung von Unternehmensnachfolgen (Vermögenstransfer durch Vergesellschaftung, Einräumung von Kontrollrechten an juristischen Personen, insbesondere Stiftungen, deren Bewertung etc).

Zutreffend geht der OGH auch noch zum alten Recht (in der Fassung vor dem ErbRÄG) davon aus, dass gesellschafts- oder stiftungsrechtliche Gestaltungen und Konstruktionen nicht isoliert betrachtet werden dürfen, sondern auf ihren wirtschaftlichen Gehalt dahingehend zu durchleuchten sind, ob in ihnen eine unentgeltliche Zuwendung steckt. § 781 Abs 2 Z 6 ABGB idF ErbRÄG 2015 hat diese wirtschaftliche Betrachtung gesetzlich verankert.

Zur Anwendung der Vermögensopfertheorie auf Zuwendungen an eine Stiftung dürfte der OGH zwar den formalistischen Lehrmeinungen zuneigen, die einfache Änderungsrechte oder Einflussmöglichkeiten für den Aufschieb des Vermögensopfers nicht genügen lassen, das Höchstgericht hat diese Fragen im vorliegenden Fall aber nicht abschließend beantwortet. Das Vermögen war nach Ansicht des OGH ohnehin dem am Ende alleine änderungsberechtigten Zweitstifter zuzurechnen. Das entscheidende Kriterium dafür sah der OGH darin, dass das Änderungsrecht dem überlebenden Zweitstifter den Zugriff auf die Erträge und zumindest Teile der Substanz ermöglichte. Eine doppelte Erfassung des Vermögens (sowohl bei der Stiftung als auch beim Zweitstifter) ist aber, so der OGH, ausgeschlossen. Damit griff der OGH dem Konzept der pflichtteilsrechtlichen Erfassung stiftungsnaher Transaktionen durch das ErbRÄG 2015 vor. Demnach haften dem Pflichtteilsberechtigten für den Fehlbetrag (§ 789 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015) innerhalb von zwei Jahren nach der endgültigen Vermögenswidmung die (nicht pflichtteilsberechtigten) Stiftung (§ 781 Abs 2 Z 4 ABGB idF ErbRÄG 2015), danach die Begünstigten (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB idF ErbRÄG 2015) oder die durch sonstige vermögenswerte Rechte an der Stiftung Beteiligten (§ 781 Abs 2 Z 6 ABGB idF ErbRÄG 2015). Wenn solche mittelbaren Zuwendungsempfänger zum Kreis der abstrakt Pflichtteilsberechtigten gehören, sind die Hinzu- und Anrechnung ihrer Empfänge und ihre Haftung nicht befristet. Das ErbRÄG 2015 erfasst sohin lückenlos sowohl den Vermögenstransfer an die Stiftung als auch die Zuflüsse, die Begünstigte und/oder sonst wie Berechtigte aus der Stiftung zu erwarten haben oder erwirken können. In Bezug auf den Stiftungsakt wird die Vermögensopfertheorie in Hinkunft daher nur noch in den seltenen Fällen eine

Rolle spielen können, wo auch die Nutznießer der Stiftung nicht pflichtteilsberechtigt sind.

Die vom OGH angedeutete formalistische Betrachtung bei der Beurteilung des Vermögensopfers, soweit es um den Stiftungsakt geht, erscheint vertretbar, weil sie auch im Interesse des Pflichtteilsberechtigten liegt. Er muss im Vorfeld der Anspruchsverfolgung bei unzureichendem Nachlass entscheiden, ob er für den Fehlbetrag die Stiftung, einen Begünstigten und/oder eine sonst berechtigte Person als Geschenknehmer in Anspruch nimmt. Würde die Passivlegitimation von schwammigen Kriterien zum Vermögensopfer abhängen, wäre ihm die Rechtsunsicherheit bei der Einschätzung von Kosten und Prozessrisiken aufgebürdet.

Bemerkenswert und verallgemeinerbar ist auch die Aussage des OGH, dass es nicht die Absicht des Gesetzgebers des ErbRÄG 2015 war, für die Überleitung von Unternehmen besondere (dem Anerbenrecht vergleichbare) Erleichterungen zu schaffen. Diese grundsätzliche Wertung muss mE auch bei der Auslegung anderer Regelungen (zB der Stundungsbestimmungen – §§ 766 f ABGB idF ErbRÄG 2015) Berücksichtigung finden.

Schließlich verdeutlicht die Entscheidung, dass mit dem neu geschaffenen Auskunftsanspruch gegen Geschenknehmer (§ 786 ABGB idF ErbRÄG 2015) eine wesentliche Rechtsschutzlücke geschlossen wurde. Die Rsp zum alten Recht, von der der OGH hier nicht abging, verwehrte dem Pflichtteilsberechtigten eine Stufenklage gegen den Geschenknehmer, wenn diesem entweder gar keine Erbenstellung zukam, oder zumindest so lange, als ihm der Nachlass nicht eingantwortet war. Mit dem neuen Auskunftsanspruch kann der Pflichtteilsberechtigte sofort gegen Geschenknehmer vorgehen und einer Verjährung verlässlich vorbeugen. Außerdem wird der eigenständige Auskunftsanspruch wohl auch einen gewissen Ausgleich zur ungünstigen Beweislast dessen schaffen, der die Hinzurechnung einer Schenkung zum Nachlass begehrt.

Nicht gefolgt werden kann jedoch der Ansicht des OGH, dass sich Beschränkungen eines Änderungsrechtes, das den Zugriff auf Stiftungsvermögen vermittelt, in dessen Bewertung auch dann niederschlagen können, wenn die Einschränkung nicht wirksam in der Stiftungsurkunde vorgesehen wurde. Der Hinweis des OGH auf die Rsp zur Treuepflicht bei Stiftermehrheit überzeugt nicht. Es mag zwar richtig sein, dass der änderungsberechtigte Mitstifter zu Lebzeiten des Erststifters von diesem dazu hätte verhalten werden können, die Beschränkung rechtssicher zu verankern. Das ist hier aber nicht geschehen. Eine Sanierung der unwirksamen Bestimmung wurde nicht erzwungen. Sie kann sich daher auch nicht wertmindernd auswirken.

*Alexander Höfmann,  
am Verfahren als Vertreter des Klägers beteiligt*