

Schriftenreihe der Interdisziplinären Zeitschrift für Familienrecht
(iFamZ)

Herausgegeben von
Dr. Peter Barth

Band 9

Praxishandbuch des neuen Erbrechts

herausgegeben von

Dr. Peter Barth

Leitender Staatsanwalt im Bundesministerium für Justiz
Leiter der Abteilung für Personen-, Familien- und Erbrecht

Dr. Ulrich Pesendorfer

Richter des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien
Stellvertretender Leiter der Abteilung für Personen-,
Familien- und Erbrecht im Bundesministerium für Justiz

Linde

Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen

Hanns F. Hügel/Ewald Aschauer

- I. Unternehmensstiftung und Pflichtteilsproblematik**
- II. Grundstruktur des Pflichtteilsrechts und Bewertungsfragen**
 - A. Pflichtteil als „Wertanspruch mit Erblasserwahl“
 - B. Hauptfragen der Bewertung im Pflichtteilsrecht
 - 1. Bestimmung des Wertanspruchs und Ermittlung der Bemessungsgrundlage durch Bewertung von Nachlass und Vorschenkungen
 - 2. Bewertung von anrechnungspflichtigen letztwilligen Zuwendungen und Vorschenkungen an den Pflichtteilsberechtigten zur Beurteilung der Pflichtteilsdeckung – Ablehnung des „Verwertbarkeitskriteriums“ durch das ErbRÄG 2015
- III. Stabilisierung von Familienunternehmen durch Unternehmensstiftungen**
 - A. Bedeutung des Auslaufens der Erbschaftssteuer
 - B. Belastung durch Pflichtteilsansprüche der früheren Erbschaftssteuerbelastung quantitativ vergleichbar
 - C. Die unzureichende Stundungsregelung des § 766 ABGB nF
 - D. Vermeidung des Erbanges an Unternehmensanteilen durch Übertragung auf eine Stiftung
- IV. Pflichtteilsrechtliche Gestaltungsvarianten**
 - A. Vertraglicher Pflichtteilsverzicht gegen Einräumung einer Begünstigtenstellung
 - B. Wegfall der Hinzurechnungspflicht der Vermögenswidmung nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist (§ 782 Abs 1 ABGB nF)
 - 1. Mangelnde Pflichtteilsberechtigung der Stiftung
 - 2. Fristbeginn im Zeitpunkt des „Vermögensopfers“

- C. Pflichtteilsdeckung durch Einräumung einer Begünstigtenstellung
 - 1. Schrifttum zum alten Erbrecht
 - 2. Rechtslage aufgrund des ErbRÄG 2015
 - a) Hinzu- und anrechnungspflichtige Zuwendungen bei Stiftungen
 - b) Keine klagbaren Ausschüttungsansprüche erforderlich
 - c) Vermögenswidmung/Einräumung der Begünstigtenstellung durch den Stifter
 - d) Fallbeispiel 1: Gleichbehandlung der Kinder als Begünstigte der Stiftung
 - e) Fallbeispiel 2: Ungleichbehandlung der Kinder
 - f) Fallbeispiel 3: Umgehung des Pflichtteilsrechts mittels Stiftungen
 - g) Fallbeispiel 4: Sachlich beschränkter Pflichtteilsverzicht bei Vermögenswidmung an eine Stiftung

V. Bewertung von Unternehmen und Unternehmensanteilen

- A. Zukunftsorientiertheit der Unternehmensbewertung
- B. Stichtagsprinzip der Bewertung
- C. Bewertungsobjekte: Unternehmen, Unternehmensanteil, Begünstigtenstellung
- D. Die Kapitalwertmethode als Hauptverfahren der Unternehmensbewertung
- E. Die Anteilsbewertung und die Bewertung von Anteilen mit unterschiedlicher Ausgestaltung
 - 1. Wert von Stimmrechten
 - 2. Unterschiedliche Vermögensrechte
 - 3. Veräußerungsbeschränkungen
 - 4. Börsenkurs

VI. Zusammenfassung

I. Unternehmensstiftung und Pflichtteilsproblematik

Beteiligungen an Großunternehmen werden nicht selten von Stiftungen gehalten.¹ In Deutschland ist dies lange Tradition. Berühmte Beispiele sind die seit mehr als 150 Jahren bestehende Carl-Zeiss-Stiftung, die Robert-Bosch-Stiftung, die Bertelsmann-Stiftung und die Alfred Krupp von Bohlen und Halbach-Stiftung, die eine rund 23%ige Beteiligung an der Thyssen Krupp AG hält. Das PSG war von Anbeginn auch darauf ausgerichtet, eine nicht gemeinnützige Rechtsform zur Förderung der Erhaltung von Unternehmen zu eröffnen.² Davon wurde in Österreich rege Gebrauch gemacht: Zahlreiche namhafte Familienunternehmen stehen unter der Leitung von Unternehmensstiftungen,³ so zB Strabag, Andritz, Mayr-Melnhof, Doppelmayr, Palfinger, Hartlauer, Gebr Weiss, Rauch und Zumtobel. Bereits im Jahr 2001 wurde konstatiert, dass das „Who is Who“ der österreichischen Unternehmen von Stiftungen gehalten wird.⁴ Die Bedeutung der Unternehmensstiftungen ist beachtlich: Nach Schätzungen sind mehr als 60 % aller Privatstiftungen an Unternehmen beteiligt, mehr als zwei Drittel des Vermögens aller Privatstiftungen soll in Unternehmensbeteiligungen bestehen.⁵

Die Gründung einer Unternehmensstiftung erfolgt durch Übertragung der im Eigentum der Familie stehenden Unternehmensanteile⁶ auf eine Stiftung. Dies wirft erbrechtliche Probleme auf, denn die Übertragung führt – als entgeltloser Vorgang – zur Minderung des Vermögens des Stifters, das dem Erbgang unterliegt. Somit können pflichtteilsberechtigte Nachkommen und Ehegatten nach dem Tod des Stifters die Anrechnung der Vermögenswidmung zwecks Erhöhung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage begehren.

Diesem naheliegenden Konflikt bei der Gründung von Unternehmensstiftungen hat der Gesetzgeber bei Erlassung des PSG keine Aufmerksamkeit gewidmet. Die Folge ist erhebliche Rechts- und Gestaltungsunsicherheit in jenen Fällen, in denen der Stifter mit den Pflichtteilsberechtigten kein Einvernehmen – etwa über einen Pflichtteilsverzicht – erzielen kann. Selbst wenn der Stifter, wie meist, den Pflichtteilsberechtigten die Rechtsstellung als Begünstigte einräumt, um ihnen

1 *Kronke*, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung (1988); *derselbe*, Familien- und Unternehmensträgerstiftungen, in *Hopt/Reuter* (Hrsg), Stiftungsrecht in Europa (2001) 159.

2 ErlRV zum PSG – abgedruckt bei *Arnold*, PSG³ 728.

3 Anstatt des Begriffs „Unternehmensstiftung“ wird auch der – präzisere – Begriff „Unternehmensträgerstiftung“ verwendet. Als Unternehmensstiftungen werden auch solche Stiftungen bezeichnet, die von Unternehmern gegründet werden und nicht-unternehmerische Nebenzwecke erfüllen, wie die Unterstützung von Arbeitnehmern oder gemeinnützige Zwecke. Vgl auch *Hof*, Stiftungen im deutschen Recht, in *Hopt/Reuter* (Hrsg), Stiftungsrecht in Europa 301, 334 f.

4 *Peter Doralt/Kalss*, Stiftungen im österreichischen Recht, in *Hopt/Reuter* (Hrsg), Stiftungsrecht in Europa 419, 439.

5 *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 7/142 mwN.

6 Die Übertragung des Unternehmens selbst, also der Gesamtsache „Unternehmen“, im Wege eines asset deal, scheitert an dem Verbot der (unmittelbar) unternehmenstragenden Privatstiftung (§ 1 Abs 2 Z 1 PSG). Zulässig ist aber die Unternehmensstiftung als Holding-Stiftung. Vgl die ErlRV zum PSG (abgedruckt bei *Arnold*, PSG³ 728): „mittelbare Unternehmensträgerschaft ... durch Stiftung von Gesellschaftsanteilen“.

die Partizipation an den Erträgen der Unternehmensstiftung zu ermöglichen, stellen sich offene Fragen.

Vor diesem Hintergrund ist es verdienstlich, dass sich das ErbRÄG 2015 der pflichtteilsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit Stiftungsgründungen annimmt: In den §§ 780, 781 ABGB nF⁷ werden die pflichtteilsrechtliche Berücksichtigung von Vermögenswidmungen an Stiftungen, der Einräumung der Stellung als Begünstigter („Begünstigtenstellung“) und von Zuwendungen einer Privatstiftung an Begünstigte geregelt.

Pflichtteilsansprüche hängen stets von *Bewertungen* ab. Dies gilt zunächst für die *Ermittlung der Bemessungsgrundlage*, den Wert des Nachlasses und den Wert pflichtteilerhöhender Vorschenkungen; dies gilt auch für die hier wie eine Schenkung behandelte Übertragung von Vermögen auf eine Stiftung (Vermögenswidmung iSd § 9 Abs 1 Z 1 PSG).⁸ Hinzu kommt: Hat ein Pflichtteilsberechtigter eine letztwillige Zuwendung oder eine Schenkung unter Lebenden erhalten, ist der *auf den Pflichtteil anzurechnende Betrag* durch Bewertung der Zuwendung bzw. Schenkung zu bestimmen. Haben diese Zuwendungen Unternehmen oder Unternehmensanteile zum Gegenstand, ist der für die Bemessung der Pflichtteilsansprüche maßgebliche Wert nach den *Grundsätzen der Unternehmensbewertung* zu bestimmen. Aufgrund des ErbRÄG 2015 ergibt sich schließlich ein völlig neues Bewertungsthema: die *Bewertung einer Begünstigtenstellung in einer Stiftung*, die der Stifter einem Pflichtteilsberechtigten zur Deckung seines Pflichtteils einräumt.

Am Beginn des Beitrags werden die neuen Regelungen zur Berechnung des Pflichtteilsanspruchs unter Berücksichtigung von Vorschenkungen dargestellt und dabei die *Hauptfragen der Bewertung im Pflichtteilsrecht* herausgearbeitet (unten II.). Danach soll dargelegt werden, dass Familienunternehmen heute durch Pflichtteilsansprüche ähnlich intensiv gefährdet werden können wie früher durch Erbschaftssteuerlasten. Dies leitet über zum Hauptzweck der Gründung von Unternehmensstiftungen, der *Stabilisierung des Unternehmens durch Vermeidung des Erbanges an den Unternehmensanteilen*: diese dient sowohl der Vermeidung der *„Zersplitterung“ des Anteilsbesitzes* aufgrund der Generationenwechsel, als auch der *Entlastung von Pflichtteilsansprüchen* (unten III.). Nach einer Schilderung jener *Gestaltungsvarianten*, mit denen die Praxis bisher den Konflikt zwischen der Gründung einer Unternehmensstiftung und dem Pflichtteilsrecht zu bewältigen suchte, werden die Auswirkungen des ErbRÄG 2015 auf diese Gestaltungsvarianten dargestellt. Das ErbRÄG 2015 führt insb. im Zusammenhang mit der *Pflichtteilsdeckung durch Einräumung einer Begünstigtenstellung* zu einer Verbesserung der Rechts- und Gestaltungssicherheit (unten IV.).

⁷ ABGB-Bestimmungen, die durch das ErbRÄG 2015 geändert wurden, werden in diesem Aufsatz mit dem Zusatz „nF“ zitiert, die noch geltenden Regelungen des (alten) Erbrechts mit dem Zusatz „aF“.

⁸ Vgl. Arnold, PSG³ Einl. Rz 23; Schauer, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in diesem Band 199 ff.

Diese rechtliche Analyse bildet die Grundlage für die Darstellung der relevanten betriebswirtschaftlichen *Unternehmensbewertungsgrundsätze* sowie einer ersten Untersuchung der *Bewertung von Begünstigtenstellungen* (unten V.).

II. Grundstruktur des Pflichtteilsrechts und Bewertungsfragen

A. Pflichtteil als „Wertanspruch mit Erblasserwahl“

Gemäß § 756 ABGB nF ist der Pflichtteil der Anteil am Wert des Vermögens des Verstorbenen, der dem Pflichtteilsberechtigten zukommen soll. Gemäß § 761 Abs 1 Satz 2 ABGB nF kann der Pflichtteil durch eine (letztwillige) Zuwendung auf den Todesfall (§ 780 ABGB nF) oder eine Schenkung unter Lebenden (§ 781 ABGB nF) gedeckt werden. Präziser wurde der Pflichtteil als *„Wertanspruch mit Erblasserwahl“* charakterisiert.⁹ Durch welche Zuwendung der Wertanspruch erfüllt wird, entscheidet der Erblasser, was § 761 Abs 1 Satz 2 ABGB nF durch die unpersönliche Formulierung *„kann ... durch eine Zuwendung ... oder eine Schenkung ... gedeckt werden“* ausdrückt.

Hat der Erblasser dem Pflichtteilsschuldner nichts oder zu wenig zugewendet, greift der auf Geldleistung gerichtete Pflichtteilsanspruch oder *Pflichtteilsergänzungsanspruch* ein (§ 763 ABGB nF).

Diese Grundstruktur des Pflichtteilsrechts bestehend aus einem Wertanspruch des Pflichtteilsberechtigten, dem Recht des Erblassers zur Wahl der Erfüllungsart und der Funktion des Pflichtteilsanspruchs zur Abdeckung einer Wertlücke war bereits im alten Erbrecht verwirklicht. Daran hat das ErbRÄG 2015 nichts geändert.¹⁰

⁹ Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht (1983) 309. In der Sache gleich: Welser in Rummel/Lukas, ABGB⁴ Vor § 762 Rz 1: „Anteil am Wert des Nachlasses“. Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht (2007) 336: „Das Pflichtteilrecht bzw. der Pflichtteil gibt darüber Auskunft, wie viel der Noterbe aus dem Vermögen des Erblassers bekommen muss. Die Frage nach dem Pflichtteil(ergänzungs)anspruch stellt sich erst dann, wenn der Noterbe nichts oder zu wenig bekommen hat.“ Ebenso Schauer, Pflichtteilsrecht einschließlich der Gestaltung der Pflichtteilsdeckung, in Deixler-Hübner/Schauer, Erbrecht NEU (2015) 55 ff.

¹⁰ Allerdings ist in diesem Zusammenhang die Terminologie des ErbRÄG 2015 zu beanstanden: Zunächst ist der 1. Satz des § 761 Abs 1 ABGB nF verwirrend. Einerseits besteht kein gesetzlicher Vorrang zur Deckung des Pflichtteils durch eine Geldzuwendung, sodass der an die Spitze der Regelung (Satz 1) gestellte Charakter als Geldanspruch irreführend ist. Andererseits ist eine Geldzuwendung entweder eine Zuwendung auf den Todesfall oder eine Schenkung unter Lebenden, sodass die in Satz 1 ausdrücklich angesprochene Geldzuwendung gleichzeitig unter den Satz 2 desselben Absatzes fällt. Welchen Sinn hat daher die Differenzierung zwischen den beiden Sätzen? Nach den ErlRV zu § 756 ABGB (688 BlgNR 25. GP 23 – die Gesetzesmaterialien sind auch abgedruckt bei Barth/Pesendorfer, Erbrechtsreform 2015 [2015]) soll die Charakterisierung als Geldanspruch die Ablehnung des „echten Noterbrechts“ bestätigen. Wie zB die Ausführungen bei Ehrenzweig/Kralik, Erbrecht 308 ff und Giller, Die Hinterlassung des Pflichtteils, in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) 544 f zeigen, ist die Qualifizierung als Geldanspruch tatsächlich eine Folge der Ablehnung eines Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten auf einen „Erbteil“. Dennoch bezeichnen beide Autoren den Pflichtteil letztlich nicht als Geld-, sondern als Wertanspruch. Besonders deutlich Giller, aaO 545: „Der Pflichtteilsanspruch des ABGB ist daher genau genommen kein Geld-, sondern ein Wertanspruch, weil der Berechtigte nur Anspruch darauf hat, eine dem Wert seines

entsprechend der neuen Terminologie, die zwischen „Hinzurechnung“ und „Anrechnung“ von „Schenkungen unter Lebenden“ unterscheidet (§ 781 ABGB nF) – unterliegt diese gem § 781 Abs 2 Z 4 ABGB nF künftig zwar nicht der Anrechnungspflicht,⁷⁰ sehr wohl aber der Hinzurechnungspflicht.⁷¹ Dies gilt aber nur, solange die Zwei-Jahres-Frist des § 782 Abs 1 ABGB nF (§ 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF) seit der Erbringung des Vermögensopfers noch nicht abgelaufen ist.

IV. Pflichtteilsrechtliche Gestaltungsvarianten

A. Vertraglicher Pflichtteilsverzicht gegen Einräumung einer Begünstigtenstellung

Besteht Einvernehmen zwischen dem potentiellen Erblasser und den Pflichtteilsberechtigten über die Zweckmäßigkeit der Unternehmensstiftung, kann der Erblasser die Pflichtteilsberechtigten meist zu einem vertraglichen Pflichtteilsverzicht bewegen;⁷² Dies dient dem Schutz der Verlassenschaft sowie der Erben und Pflichtteilsberechtigten (§ 764 ABGB nF), vor allem aber auch der „beschenkten“ Stiftung vor Pflichtteilsansprüchen. Da der Wert des Unternehmens jenen des in die Verlassenschaft fallenden Privatvermögens häufig bei weitem übersteigt, würden Pflichtteilsansprüche nach einer Übertragung des Familienunternehmens auf eine Stiftung oft zur Erschöpfung der Verlassenschaft und zur Haftung der Stiftung nach § 789 Abs 1 ABGB nF (gegenwärtig § 951 Abs 1 ABGB aF) führen. Zur Abwendung dieser Gefahr genügt ein *sachlich beschränkter Pflichtteilsverzicht*.⁷³ Er umfasst die Hinzurechnung des Werts der Beteiligungen, die der Stiftung gewidmet werden; der Pflichtteil vom sonstigen Vermögen bleibt unberührt. Dies wird später anhand eines Fallbeispiels verdeutlicht (unten IV.C.2.f.).

IdR wird es angemessen sein, den Verzichtenden die Stellung als Begünstigte der Privatstiftung zukommen zu lassen. Soll die Begünstigtenstellung rechtlich abgesichert werden, kommen zwei Varianten in Betracht: Entweder ist die spätere Einräumung der Begünstigtenstellung eine (aufschiebende) Bedingung des Pflichtteilsverzichts. Oder die Begünstigtenstellung wird Zug um Zug gegen den Pflichtteilsverzicht in der Stiftungserklärung eingeräumt und durch eine auflösende Bedingung des Pflichtteilsverzichts oder eine Einschränkung des Rechts zur Änderung der Stiftungserklärung abgesichert.

70 Die Stiftung gehört iSv § 782 Abs 1 ABGB nF „nicht dem Kreis der Pflichtteilsberechtigten“ an.

71 Dazu Schauer, Hinz- und Anrechnung von Schenkungen, in diesem Band 199 ff.

72 Gemäß § 758 Abs 1 Satz 2 ABGB nF gilt der Pflichtteilsverzicht im Zweifel auch für die Nachkommen (ebenso § 551 Abs 2 ABGB nF). Dies entspricht dem geltenden Recht: Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 298 ff, 304 f. Erhält der Verzichtende eine Gegenleistung, unterliegt diese gem § 781 Abs 2 Z 3 ABGB nF sowohl der Hinz- als der Anrechnung. Allerdings kann der Erblasser, der durch den Verzicht begünstigt ist, gem § 785 ABGB die Anrechnung erlassen.

73 Entgegen einer zum alten Erbrecht vertretenen Auffassung umfasst der Erbverzicht nach § 551 Abs 2 ABGB nF im Zweifel (Auslegungsregel) auch das Pflichtteilsrecht des Verzichtenden.

Bei ihrer Entscheidung über den Pflichtteilsverzicht werden die Pflichtteilsberechtigten folgende Interessenlage bedenken:

Ohne Stiftungsgründung würden sie idR Gesellschaftsanteile erben; ermöglichen sie demgegenüber durch ihren Pflichtteilsverzicht die Stiftungsgründung, erhalten sie stattdessen die Begünstigtenstellungen. Vergleicht man die *Ausschüttungsperspektiven*, sollte dies oft keinen (wesentlichen) Unterschied machen: Wie oben dargestellt, kann ein einzelner Gesellschafter idR keine Ausschüttung durchsetzen. Die Verschlechterung der Ausschüttungsperspektive kann regelmäßig durch Ausgestaltung der Stiftungserklärungen verhindert oder in Grenzen gehalten werden.

Allerdings entfällt die Möglichkeit, die Gesellschaftsanteile isoliert zu *veräußern*. Doch auch dies begründet oft keine Schlechterstellung, da Anteile an Familienunternehmen – wie dargelegt – häufig nur erschwert veräußerbar sind.

Exkurs: Familienunternehmen und Zurückdrängung des Begünstigteninflusses im PSG und durch die OGH-Judikatur

Ein erheblicher Nachteil einer Holding-Stiftung gegenüber einer im Eigentum der Familienmitglieder stehenden (Holding- oder unternehmenstragenden) Gesellschaft liegt aber in der *Unvereinbarkeit der Mitgliedschaft im Stiftungsvorstand mit der Rechtsstellung als Begünstigter*. Dies kann den Erblasser und seine Nachkommen, die – zumal wenn die Nachkommen bereits im Unternehmen tätig sind – oft die Beteiligung an der Geschäftsführung des Familienunternehmens wünschen, von der Gründung einer Unternehmensstiftung abhalten.

Die dafür maßgebliche Regelung des § 15 Abs 2 PSG ist *sachlich unberechtigt*.⁷⁴ Sie sollte im Interesse der Förderung der Stabilisierung von Familienunternehmen durch Errichtung von Unternehmensstiftungen gestrichen werden.⁷⁵ Die Privatstiftung ist auch als – wenn nicht sogar vorwiegend – für *eigennützige Aktivitäten offene Organisation* konzipiert. Sie soll die Förderung von Familienangehörigen durch Verwaltung des Familienvermögens ermöglichen.⁷⁶ Dieser Zweckbestimmung entspricht die Begünstigtenstellung der Familienmitglieder. Dies rechtfertigt aber nicht, Familienmitglieder von der Leitung der Stiftung und damit – im Falle einer Unternehmensstiftung – von der Geschäftsführung des Familienunter-

74 Sie ist überdies gemeinsam mit dem gleichermaßen verfehlten § 23 Abs 2 Satz 2 PSG (zur Kritik vgl hier nur Arnold, PSG³ § 23 Rz 13 und 21 mwN) die Grundlage der Zurückdrängung der Begünstigten – und damit des Familieneinflusses – durch die Beiratsjudikatur des OGH (dazu sogleich im Text) und des dadurch – zu Lasten der Begünstigten bewirkten – vielfach beklagten und auch vom OGH anerkannten stiftungsrechtlichen Kontrolldefizits.

75 Auch Susanne Kals hat in einem Vortrag im Rahmen der „Plattform Familienunternehmen“ der Industriellenvereinigung am 3.12.2015 die ersatzlose Aufhebung des § 15 Abs 2 PSG gefordert (noch unveröffentlichtes Manuskript „Vorschläge für die künftige Gestaltung von Organisationsformen, insb der Privatstiftung, für Familienunternehmen und für sonstiges Realvermögen“).

76 Vgl etwa Arnold, PSG³ Einl Rz 10 mwN; eingehend Zollner, Die eigennützige Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten (2011) passim.

nehmens auszuschließen. Die Privatstiftung soll nach dem Willen des Gesetzgebers insb auch als Unternehmensträgerstiftung der Erhaltung von Unternehmen dienen⁷⁷ und hat – wie die eingangs aufgezählten Unternehmensstiftungen belegen – diesen Zweck auch erfüllt. Damit ist die Zurückdrängung des Einflusses der regelmäßig zu Begünstigten bestellten Familienmitglieder unvereinbar.

Zu Recht hat Strasser die Unvereinbarkeitsregelung des § 15 Abs 2 PSG als „unverständliche Fehlkonstruktion“ bezeichnet.⁷⁸ Die Stiftungsrechte Liechtensteins, Deutschlands und der Schweiz kennen derartige Unvereinbarkeiten denn auch nicht.⁷⁹ Soweit ersichtlich, dürfte kein ausländisches Stiftungsrecht die Destinatäre in vergleichbarer Weise diskriminieren und dadurch die Eignung der Stiftung als Organisationsform (Holding) für Familienunternehmen so beeinträchtigen wie § 15 Abs 2 PSG.⁸⁰ Die in den ErlRV zur Stammfassung des § 15 Abs 2 PSG⁸¹ gegebene Begründung ist unschlüssig und rechtspolitisch verfehlt: Zunächst rechtfertigt die Absicherung der „Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung“ nicht den Ausschluss der begünstigten Familienmitglieder von *allen Leitungs- und Geschäftsführungsentscheidungen*: Selbst gemessen an dieser ratio legis ist § 15 Abs 2 PSG somit grob überschießend und daher wohl aufgrund seiner Unsachlichkeit auch verfassungsrechtlich (Art 7 B-VG) bedenklich. Weiters ist die in den Gesetzesmaterialien genannte ratio legis *rechtspolitisch verfehlt*: Insb in der eigennützigen Unternehmensstiftung hat sich nicht der Gesetzgeber durch zwingende Unvereinbarkeitsregelungen um angemessene Ausschüttungsentscheidungen zu bemühen, sondern dies obliegt der *Privatautonomie des StifTERS*. Nur der Stifter soll entscheiden können, ob er und die anderen Familienangehörigen im Vorstand die Geschäfte der Stiftung – und damit des Familienunternehmens – leiten sollen und ob der Vorstand gleichwohl über die Stiftungsausschüttungen entscheiden kann. Falls der Stifter die „Vollziehung der Begünstigtenregelung“ nicht den

77 ErlRV zum PSG – abgedruckt bei Arnold, PSG³ 728.

78 Gedanken zu einem aus Begünstigten zusammengesetzten Beirat einer Privatstiftung, JBl 2000, 487, 492; dazu konzidiert Arnold, PSG³ § 15 Rz 20 eher zurückhaltend: „Das Ergebnis, dass eine Person die Wahl zwischen Begünstigtenstellung und Stiftungsvorstandsmandat treffen muss, (kann) für Familienstiftungen Probleme mit sich bringen“.

79 Zollner, Die eigennützige Privatstiftung aus dem Blickwinkel der Stiftungsbeteiligten (2011) 337 ff. Die erheblichen Vorteile der liechtensteinischen Stiftung, insb seit der im Jahr 2008 vorgenommenen Totalrevision, die nicht nur Errungenschaften des PSG berücksichtigt, sondern vor allem auch die Nachteile des PSG vermieden hat, werden in der verdienstvollen Wiener Dissertation von Michael Müller, Die Handlungsautonomie des Vorstands der österreichischen Privatstiftung – Gesamtdarstellung und Vergleich der österreichischen mit der liechtensteinischen Foundation Governance, eingehend behandelt. Laut Schätzungen existieren im Fürstentum Liechtenstein rund 3.000 bis 6.000 Stiftungen mit österreichischen Stiftern oder Begünstigten und somit sehr wahrscheinlich deutlich mehr liechtensteinische Stiftungen mit einem Bezug zu Österreich als österreichische Privatstiftungen. Dazu Hosp, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht und die Auswirkungen auf bereits bestehende Stiftungen, ZfS 2008, 24.

80 Auch die Stiftungsrechte der Niederlande, Italiens und der skandinavischen Länder kennen eine derartige Beschränkung nicht: Kronke, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung 107 f, 139 ff.

81 Abgedruckt bei Arnold, PSG³ 739.

Familienangehörigen im Vorstand überlassen will, kann es sinnvoll sein, die Ausschüttungsentscheidung einem anderen Organ, in dem zB die nicht geschäftsführenden Familienmitglieder vertreten sind (Stiftungsbeirat, Begünstigtenversammlung), zu übertragen. Gelegentlich kommt es vor, dass die Geschäftsführung eines Familienunternehmens bewusst von Familienangehörigen freigehalten werden soll; die Familie kann jedoch bei Ausschüttungsentscheidungen iaR zumindest mitbestimmen. Anderenfalls kann der Stifter die Höhe der Ausschüttungen, etwa als Quote der Unternehmensgewinne, festlegen. Doch all dies kann nichts am *Vorrang der Privatautonomie* des StifTERS ändern: Sind innerhalb der Zielkonflikte zwischen (unabhängigem) Fremdmanagement versus Beteiligung der Familie und unternehmensfördernder Gewinnthesaurierung versus Ausschüttungsinteressen – wie gezeigt – mannigfache Entscheidungen denkbar, stehen diese in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung ausschließlich den Eigentümern des Unternehmens, bei der Gründung einer Unternehmensstiftung somit dem Stifter zu.

Demgegenüber ist der zwingende De-facto-Ausschluss des StifTERS und seiner Familienangehörigen von der Leitung der Stiftung eine unverständliche Bevormundung des StifTERS, der sein Vermögen ja auch direkt an seine Nachkommen vererben könnte. Wie verfehlt die Unvereinbarkeitsregelung ist, manifestiert sich auch darin, dass völlig offen ist, *wen* die Norm *schützen soll*: den das Problem nicht erkennenden, in der Stiftungsgestaltung unerfahrenen Stifter?⁸² Im Ergebnis hat

82 Im Allgemeinen unternimmt das Schrifttum nicht einmal einen Versuch, zu erklären, in wessen Interesse die Unvereinbarkeit des § 15 Abs 2 PSG eine *zwingende* Regelung sein soll. Die Bevormundung des StifTERS wird – abgesehen von den überzeugenden Ausführungen Peter Doralts (GesRZ 1997, 125 ff) – widerspruchlos hingenommen! Als diese stiftungsrechtlichen Fragen in *meinem* (Hügels) Seminar an der Universität Wien behandelt wurden, konnten die drei auf das Podium eingeladenen hochkarätigen Stiftungsrechtler keine Erklärung für den zwingenden Charakter des § 15 Abs 2 PSG geben. Das von Kodek nunmehr (FS Reich-Rohrwig 103) vorgetragene Argument, die Unabhängigkeit des Stiftungsvorstands sei der Preis der stiftungsrechtlichen Steuerbegünstigungen, lässt sich historisch nicht belegen. Nach Abschaffung praktisch aller Begünstigungen – und „Einsperrung“ der Beteiligten in der Stiftung durch den steuerlichen Mausefallen-Effekt (vgl. Arnold/Ludwig, Stiftungshandbuch² [2014] Rz 13/18, 13/40, 13/57, 15/18 f und 15/27) – klingt es nachgerade wie Hohn. Auch der zuletzt von Kodek (FS Reich-Rohrwig 106) unternommene Begründungsversuch, die zwingende Regelung des § 15 Abs 2 PSG mit der Gewährleistung der „Unabhängigkeit“ des Stiftungsvorstands von den Begünstigten nicht bloß bei Ausschüttungsentscheidungen, sondern generell, dh für die gesamte Leistungs- und Geschäftsführungstätigkeit zu erklären und rechtspolitisch zu rechtfertigen, muss scheitern. Kodek meint, die (offenkundig aus § 15 Abs 2 PSG abgeleitete) „Trennlinie zwischen Begünstigten und Vorstand“ sowie die „Beschränkung des Begünstigteinflusses“ seien gerechtfertigt, weil „der Stifter ... Begünstigte in nachgeborenen Generationen ... auf ihre künftige Eignung auf Lenkung der Geschicke der Privatstiftung gar nicht beurteilen kann“. Dies ist ein Paradebeispiel dafür, wie in Österreich obrigkeitstaaliche Sichtweisen als plausibel eingestuft und leichter Hand zur Rechtfertigung zwingender, die Privatautonomie – und vielfach das Unternehmertum – einschränkender Regelungen herangezogen werden: Wie oft erörtert und allgemein bekannt kann die Leitung eines Familienunternehmens durch die Eigentümerfamilie erhebliche Vorteile, wie insb im Zusammenhang mit einer raschen, unbürokratischen Entscheidungsfindung, bewirken, weshalb sehr oft die Flexibilität von Familienunternehmen gegenüber anderen Unternehmen hervorgehoben wird. Freilich birgt die Leitung durch Familienangehörige aber auch Risiken, auch gerade jene, die Kodek schildert. Die Entscheidung in diesem Zielkonflikt obliegt aber einzig allein den Eigentümern des Unter-

§ 15 Abs 2 PSG dazu geführt, dass die Stiftungsvorstände von Rechtsanwälten und Steuerberatern dominiert werden. Daran wurde gerade im Zusammenhang mit Unternehmensstiftungen bereits sehr bedenkenswerte Kritik, die eine Lähmung unternehmerischer Entscheidungen aufgrund der Dominanz der Berater befürchtet, geäußert.⁸³

Der dem Gesetzgeber anzulastende Ausschluss der Familie von der Leitung der Stiftung wird „komplettiert“ durch die auf die OGH-Judikatur zurückgehende *partielle Verdrängung der Familienangehörigen aus dem Stiftungsbeirat*. Hatte der OGH ursprünglich die Besetzung eines von ihm als aufsichtsratsähnlich eingestuften Beirats mit der Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder mindestens zur Hälfte mit nicht unter § 15 Abs 2 PSG fallenden, somit letztlich familienfremden Mitgliedern gefordert,⁸⁴ sah er sich durch die gerade – wenn auch nur halbherzig – gegen diese Judikatur gerichtete Änderung des § 14 Abs 3 und 4 PSG durch das BBG 2011 nicht gehindert, aufsichtsratsähnliche Zustimmungsrechte eines Beirats, der ausschließlich oder überwiegend mit Begünstigten und/oder deren Angehörigen iSv § 15 Abs 2 PSG besetzt ist,⁸⁵ aufgrund einer Analogie zu § 23 Abs 2 PSG abzulehnen.⁸⁶ Dass die Unvereinbarkeitsregelungen der §§ 15 Abs 2, 23 Abs 2 PSG nicht einmal de lege lata den Schluss auf die Unabhängigkeit des Vorstands gegenüber dem

nehmens, aus Anlass der Stiftungsgründung somit dem Stifter. Häufig wird das Vertrauen um die Fähigkeiten der dem Stifter *bekannt* Nachkommen den Ausschlag für eine familiengesteuerte Gesellschaftsform oder eben auch für eine Unternehmensstiftung geben, und davon wird sich der Stifter oft nicht von der Sorge, spätere Generationen könnten dazu nicht geeignet sein, abhalten lassen. Zwar kann das Ob und Wann des Übergangs eines insb wachsenden Familienunternehmens mit zunehmender Anzahl von Familiengeschaftern und Familienstämmen zu einem Fremdmanagement schwierige Fragen aufwerfen. Es liegt aber auf der Hand, dass hier die Entscheidungen von individuellen Familienverhältnissen, von der Art des jeweiligen Familienunternehmens und insb von individuellen Wünschen und Überzeugungen betreffend Unternehmertum und Familieneinfluss abhängen, also zutiefst „private“ Entscheidungen sind. Dass in all diesen – unterschiedlichen – Entscheidungssituationen in einer generellen und zwingenden „Zurückdrängung des Einflusses der Begünstigten“ (so *Kodek*) durch zwingendes Gesetz die Lösung liegt, ist mit Marktwirtschaft und dem Freiheitsgedanken unvereinbar. Im Ergebnis bedeutet das von *Kodek* ausgesprochene „typisierte Misstrauensvotum“ gegenüber „nachgeborenen Generationen“ ein generelles Verdikt über die Organisationsform des Familienunternehmens. Mit der gleichen Begründung ließe sich ein gesetzliches Geschäftsführungsverbot zu Lasten von Familiengeschaftern rechtfertigen!

83 Der Verdacht, dass die Förderung der Beraterbranche der wahre Grund für den Ausschluss der wirtschaftlich interessierten Familienmitglieder vom Vorstandsamt war, wird dadurch genährt, dass § 15 Abs 1 PSG idF der Regierungsvorlage noch zwingend die Mitgliedschaft von zumindest einem berufsmäßigen Parteienvertreter im Stiftungsvorstand forderte (vgl. *Arnold*, PSG³ 739). Dem Vernehmen nach wurde dies – als allzu unverblühte Förderung von Standesinteressen – gestrichen. Doch wie die Stiftungspraxis zeigt, erfüllt die Unvereinbarkeitsregelung des § 15 Abs 2 PSG denselben Zweck, iaR jedoch nicht beschränkt auf nur ein Mitglied des jeweiligen Stiftungsvorstands.

84 OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09h.

85 *Arnold*, PSG³ § 14 Rz 1a: „Reaktion des Gesetzgebers auf die sog Beirats-Entscheidung“.

86 OGH 9.9.2013, 6 Ob 139/13d, GesRZ 2014, 63 mit Kritik von *Briem* aaO 66 f. Bereits davor hatte OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10k, in der gesetzlichen „Reaktion auf die Beirats-Entscheidung“ (*Arnold*) nur eine „ohne breite Diskussion erlassene punktuelle Regelung in einem Sammelgesetz“ erblickt, durch das „leitende Grundsätze des Privatstiftungsrechts (nicht) aufgegeben werden sollten“.

Einfluss der Begünstigten rechtfertigen,⁸⁷ weigert sich der OGH zur Kenntnis zu nehmen.

Aufgrund von § 15 Abs 2 PSG und der OGH-Judikatur sind die Familienangehörigen als Begünstigte zur Gänze aus dem Stiftungsvorstand ausgeschlossen und dürfen zusätzlich im Stiftungsbeirat nicht über die Mehrheit verfügen. Zu dieser Machtbeschränkung kommt ein für viele Unternehmen unverhältnismäßiger Organaufwand hinzu: Im Ergebnis muss jede Familienstiftung über mindestens drei Familienfremde im Vorstand verfügen (und diese honorieren), und – wenn Familienmitglieder wenigstens in einem weiteren Organ, meist einem Beirat, mit „aufsichtsratsähnlichen Kompetenzen“ vertreten sein sollen – weitere familienfremde, „unabhängige“⁸⁸ Organmitglieder bestellen.⁸⁹ Der beschränkte Einfluss der Familie – nicht nur im Interesse der objektiven Vollziehung der Begünstigtenregelung, sondern auf *jegliche* Entscheidung im Rahmen

87 Abgesehen von *Strasser*, JBl 2000, 492 haben dies *Peter Doralt* (GesRZ 1997, 134) und *Susanne Kals* (*Doralt/Kals* in *Hopt/Reuter* [Hrsg], Stiftungsrecht in Europa 434) klar herausgearbeitet. Entgegen *Kodek* (PS Reich-Rohrwig 104, 109) war der Stiftungsvorstand nie als von den Begünstigten „unabhängiges Organ“ konzipiert. Andernfalls wäre die Privatstiftung als eigennützige Familienstiftung und vor allem als Unternehmensstiftung völlig ungeeignet. Zudem anerkennt die durch das BBG 2011 klargestellte Bestellungs- und Abberufungskompetenz eines Begünstigten-Beirats den mittelbaren Einfluss der Begünstigten auf die Privatstiftung. Dies entspricht der Beherrschung der AG (ungeachtet der Weisungsfreiheit des AG-Vorstands) durch die Aktionärsmehrheit, die letztlich aufgrund der entsprechenden Kompetenzen zur (mittelbaren) Bestellung der AG-Organe beruht und die im Konzern- und Konzernbilanzrecht, Wettbewerbs- und Übernahmerecht anerkannt ist. Entsprechend erwähnt § 25 Abs 1 Z 5 ÜBG ausdrücklich die – etwa aufgrund von Organbestellungs- oder Zustimmungsrechten – beherrschte Privatstiftung; dazu *Huber*, ÜBG § 25 Rz 75. Deutlicher noch ging § 24 Abs 1 Z 3 ÜBG idF vor dem ÜBRÄG 2006 von der Beherrschung durch die Begünstigten aus, wenn diese die Kontrollbeteiligung auf die Privatstiftung übertragen hatten. Dazu *Zollner*, Die kontrollierte Privatstiftung aus gesellschafts- und kapitalmarktrechtlicher Sicht, GesRZ 2003, 278, 280. Zur Beherrschung von Stiftungen nach deutschem Recht: *Hippeli*, Stiftungen und Trusts als Zurechnungsmittel von Stimmrechten, AG 2014, 147, 153: „organisationsrechtlich abgesicherte und beständige Personalentscheidungsgewalt ... Bestellungs- und zugleich ein Abberufungsrecht hinsichtlich des Stiftungsvorstandes“; *Hippeli/Schmiady*, Übernahmrechtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge bei börsennotierten Familienunternehmen, ZIP 2015, 705, 711: Nach Einbringung eines kontrollrelevanten Aktienpakets oder der Einbringung von Gesellschaftsanteilen einer Holding in eine Stiftung „sichert sich der Kontrollinhaber/Stifter (regelmäßig) dann zu Lebzeiten aufgrund einer entsprechend abgefassten Stiftungssatzung einen beherrschenden Einfluss auf die Stiftung. Dieser beherrschende Einfluss soll dann im Todesfall des Stifters entweder auf unabhängige Dritte (selten) oder aber an Mitglieder der Familie (häufig) übergehen.“ Die faktische Beherrschung einer Stiftung kommt vor allem durch personelle Verflechtung in Betracht.

88 Auch für diese fordert OGH 8.5.2013, 6 Ob 42/13i, GesRZ 2013, 299 (wie für den Stiftungsvorstand) die Bestellung für eine Mindestfunktionsperiode sowie die Beschränkung der Abberufung auf wichtige Gründe, obwohl Derartiges weder im BBG 2011 noch in den Erläuterungen zu den dort neu geregelten Organisationsvorschriften (anders als zum Stiftungsvorstand) statuiert wird.

89 Die durch den OGH auch noch per Analogie ausgedehnten Unvereinbarkeitsregelungen haben der Privatstiftung einen „Organaufwand“ beschert, der selbst jenen einer Familien-AG weit übersteigt: Reichen bei Letzterer vier Personen (ein Vorstand, drei Aufsichtsräte), die auch mit Familienaktionären besetzt werden können, benötigt die Privatstiftung drei fremde Vorstände und für jedes Familienmitglied im Beirat ein weiteres familienfremdes Beiratsmitglied. Meist kann die betroffene Familie nicht einmal so viele Freunde oder sonstige Vertraute nennen, denen sie die vertraulichen Daten des Familienunternehmens im Rahmen von Organpositionen offen zu legen bereit ist. Die Folge ist wiederum die Bestellung von Beratern, oft solcher, zu denen noch kein Vertrauensverhältnis besteht, weil Vertrauensanwalt und -steuerberater bereits im Vorstand vertreten sind.

der Leitung der Privatstiftung – sowie die Komplexität der Stiftungsorgane stehen der Konsensfähigkeit der Unternehmensstiftung aus der Sicht der Familienunternehmen tendenziell entgegen.

B. Wegfall der Hinzurechnungspflicht der Vermögenswidmung nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist (§ 782 Abs 1 ABGB nF)

1. Mangelnde Pflichtteilsberechtigung der Stiftung

Gelingt es dem Unternehmensinhaber nicht, die Pflichtteilsberechtigten zu einem sachlich beschränkten Pflichtteilsverzicht zu bewegen, kann er nach Übertragung der Unternehmensanteile an die Stiftung auf den Ablauf der Zwei-Jahres-Frist, die bei Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte zur Anwendung kommt, setzen. Da eine Stiftung nicht pflichtteilsberechtigt ist, gilt die Zwei-Jahres-Frist für Vermögenswidmungen an die Stiftung.⁹⁰ Wenn der Stifter nicht innerhalb von zwei Jahren nach Übertragung der Unternehmensanteile auf die Privatstiftung verstirbt, kann die Hinzurechnung des Werts der Vermögenswidmung an die Stiftung von den Pflichtteilsberechtigten nicht mehr verlangt werden. Dies ergibt sich gegenwärtig aus § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF und entspricht auch der Neuregelung in § 782 Abs 1 ABGB nF.

2. Fristbeginn im Zeitpunkt des „Vermögensopfers“

Allerdings hängt die Auslösung der Zwei-Jahres-Frist von der Erbringung des „Vermögensopfers“ ab. Dies führte in der Vergangenheit zu erheblichen Gestaltungsproblemen, denn welche Rechte der Stifter zu diesem Zweck in der von ihm errichteten Unternehmensstiftung aufgeben muss, war weitgehend ungeklärt. Im Fall der OGH-Entscheidung vom 5.6.2007, 10 Ob 45/07a⁹¹ wurde das Vermögensopfer verneint, da sich der Stifter sowohl den Widerruf der Stiftung als auch ein umfassendes Änderungsrecht vorbehalten hatte. Welcher „der in der Literatur vertretenen Meinungen zur Nichtauslösung der Zwei-Jahres-Frist des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB nun im Einzelfall“ zu folgen sei, ließ der OGH ausdrücklich offen. Danach stand bloß die Schädlichkeit sowohl des Widerrufsrechts als auch des umfassenden Änderungsrechts fest, nicht aber, ab welchem Ausmaß der Einflussreduktion das Vermögensopfer erbracht ist. Das vom OGH apostrophierte Schrifttum verneinte das Vermögensopfer nämlich auch aufgrund anderer Rechte des Stifters – und dies in einzigartig uneinheitlicher Weise. So wurden Nutzungsvorbehalte,⁹² Einfluss des Stifters auf die Veräußerung des gestifteten

⁹⁰ Vgl nur *Arnold*, PSG³ Einl Rz 23a mwN; *Klampfl*, JEV 2015, 123 mwN in FN 33.

⁹¹ GesRZ 2007, 37 (*Arnold*) = *ecolex* 2007, 674 (*Limberg*).

⁹² *Umlauf*; Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht 180 f; *Limberg*, Privatstiftung und Erbrecht 35 f; *N. Arnold*, PSG³ Einl Rz 23b; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB³ § 785 Rz 4.