

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

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Autorinnen- und Autorenverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXVII

Kapitel 1: Einleitung

<i>Ulrich Pesendorfer</i> Hintergründe und Ziele der Reform	3
--	---

Kapitel 2: Erlangung der Erbschaft

<i>Ulrich Pesendorfer</i> Entstehung des Erbrechts, Erbverzicht, Erbschaftserwerb und Verjährung	17
--	----

Kapitel 3: Gesetzliche Erbfolge

<i>Astrid Deixler-Hübner</i> Erbrechtliche Absicherung des Ehegatten, eingetragenen Partners und Lebensgefährten	39
<i>Martin Schauer</i> Anrechnung beim Erbteil	55

Kapitel 4: Gewillkürte Erbfolge

<i>Christoph Mondel</i> Letztwillige Verfügungen und Vereinbarungen von Todes wegen	61
<i>Michael Ganner/Eva Nachtschatt</i> Letztwillig Verfügungen bei Zweifeln an der Testierfähigkeit	73
<i>Ulrich Pesendorfer</i> ErbRÄG 2015 – Neues im Vermächtnisrecht	101

Astrid Deixler-Hübner
Testamentarisches Erbrecht des Ehegatten/eingetragenen Partners und
Lebensgefährten 115

**Kapitel 5:
Pflegermächtis**

Matthias Neumayr/Melanie Kiener
Die Abgeltung von Pflegeleistungen im Rahmen des Erbrechts 123

**Kapitel 6:
Pflichtteilsrecht**

Peter Barth
Pflichtteilsrecht neu 157

Martin Schauer
Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen 193

Hanns F. Hügel/Ewald Aschauer
Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von
Unternehmensstiftungen 227

Markus Reithofer
Liegenschaftsbewertung 287

**Kapitel 7:
Verfahrensrecht**

Robert Fucik
Verfahrensrechtliche Änderungen durch das ErbRAG 2015 333

**Kapitel 8:
Internationales Erbrecht**

Thomas Traar
Die EuErbVO 353

Anhänge 395

Stichwortverzeichnis 583

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 pflichtteilsberechtignte 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 Pflichtteilsberechtignten kein Einvernehmen – etwa über einen Pflichtteilsverzicht – erzielen kann. Selbst wenn der Stifter, wie meist, den Pflichtteilsberechtignten 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, scheidet 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 Pflichtteilsrecht 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 „Erbeil“. 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

B. Hauptfragen der Bewertung im Pflichtteilsrecht

Ob dem Pflichtteilsberechtigten ein Pflichtteils(ergänzungs)anspruch zusteht, hängt – abgesehen von der Pflichtteilsberechtigung dem Grunde nach (§§ 757 f, §§ 769 ff ABGB nF) – von zwei *Rechtsfragen* ab, die beide *Bewertungen* beinhalten:

- Die *Bewertung des Nachlassvermögens* und der *hinzurechnungspflichtigen Schenkungen* dient der Ermittlung der *Pflichtteilsbemessungsgrundlage* als Summe aus Nachlasswert (§ 778 f ABGB nF) und Wert der hinzurechnungspflichtigen Vorschenkungen (§ 781 ABGB nF). Durch Anwendung der Pflichtteilsquote auf diese Bemessungsgrundlage ergibt sich der Wertanspruch (dazu unten 1.).
- Die Beurteilung der Deckung des Wertanspruchs („*Pflichtteilsdeckung*“) erfordert die *Bewertung der auf den Wertanspruch des Pflichtteilsberechtigten anrechnungspflichtigen (letztwilligen) Zuwendungen auf den Todesfall* (§ 780 ABGB nF) und *Schenkungen unter Lebenden* (§ 781 ff ABGB nF) (dazu unten 2.). Aufgrund dieser Funktion kann die Anrechnung nur bei einer Zuwendung an einen *Pflichtteilsberechtigten* stattfinden; die Hinzurechnung hingegen kommt auch bei Schenkungen an nicht Pflichtteilsberechtigte zur Anwendung, allerdings nur, wenn der Erblasser die Schenkung „innerhalb der letzten beiden Jahre vor seinem Tod wirklich gemacht“ hat (§ 782 Abs 1 ABGB nF,¹¹ entspricht § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF).

1. Bestimmung des Wertanspruchs und Ermittlung der Bemessungsgrundlage durch Bewertung von Nachlass und Vorschenkungen

Zunächst ist der *Wertanspruch* des Pflichtteilsberechtigten zu ermitteln. Der Betrag der gebührenden Wertzufuhr ergibt sich aus der Anwendung der Pflichtteilsquote (§§ 759 f ABGB nF: wie bisher grundsätzlich die halbe Erbquote) auf die *Bemessungsgrundlage*. Diese setzt sich aus dem (Schätz-)Wert der Verlassen-

Pflichtteils entsprechende Zuwendung zu erhalten ...“. Terminologisch korrekt ist es daher, nur im Falle der Pflichtteilsverletzung von einem „Geldanspruch“ zu sprechen. In der Sache entspricht dies auch dem Verständnis der Redaktoren des ErbRÄG 2015, wonach ein „konkreter Pflichtteilsanspruch“ nur bei fehlender oder nicht ausreichender Pflichtteilsdeckung vorliegt (688 BlgNR 25. GP 24) und „der Pflichtteilsberechtigte einen Anspruch auf Geld, also in herkömmlicher Terminologie ... den Geldpflichtteilsanspruch“ nur hat, wenn der Pflichtteil nicht durch Zuwendungen oder Schenkungen gedeckt ist (688 BlgNR 25. GP 26). Die unpräzise Terminologie des ErbRÄG 2015 hat aber auch negative Folgen: So ordnen die §§ 780 Abs 1 und 781 Abs 1 ABGB nF die Anrechnung von Zuwendungen „auf den Geldpflichtteil“ an, obwohl lediglich der Wertanspruch gemeint sein kann. Denn ein Geldanspruch entsteht ja erst, wenn der Wertanspruch durch Anrechnung von Zuwendungen nicht oder nicht ausreichend erfüllt wurde.

- 11 Die Formulierung verdeckt, dass eine innerhalb der Frist vorgenommene Schenkung auch dann hinzurechnungspflichtig ist, wenn der Erblasser das Vermögensopfer (bis zum Tod) nicht erbracht hat (die Schenkung also nicht „wirklich gemacht“ wurde). Dazu *Arnold*, PSG³ Einl Rz 23c mwN. Richtigerweise hätte – in Form einer Ausnahmeregelung – formuliert werden müssen, dass die Hinzurechnung entfällt, wenn die Schenkung länger als zwei Jahre vor dem Tod „wirklich gemacht“ wurde. So zutreffend die ErlRV 688 BlgNR 25. GP 34.

schaft (§§ 778 f ABGB nF) und dem Wert von Schenkungen zusammen, die nach § 781 ABGB nF „der Verlassenschaft“ (richtig: dem Wert der Verlassenschaft) *hinzuzurechnen* sind.¹² Befinden sich im Nachlass nicht bloß Geld, sondern auch andere Sachen, insb Immobilien, ein Unternehmen oder Unternehmensanteile, sind diese Gegenstände zu bewerten. Diese für die Pflichtteilsbemessung maßgebliche, bei Uneinigkeit im Beweisverfahren eines allfälligen über eine Pflichtteilsklage stattfindenden *streitigen Verfahrens* durchzuführende Bewertung ist von der Bewertung im *Verlassenschaftsverfahren* für Zwecke der Errichtung des Inventars (§ 802 ABGB nF, §§ 165 ff AußStrG) zu unterscheiden.¹³ Der hier im (außerstreitigen) Verlassenschaftsverfahren angesetzte Wert ist für den im streitigen Verfahren durchzusetzenden Pflichtteilsanspruch nicht bindend.¹⁴

Bewertungsmaßstab ist der *gemeine Wert* („gemeiner Preis“) iSd §§ 305 f ABGB, somit der Verkehrswert. Judikatur und Lehre haben zur Bewertung von Liegenschaften auf den Ertragswert abgestellt. Bei der Bewertung von Unternehmen sei auch der „good-will“ zu berücksichtigen.¹⁵ Der gemeine Wert ist ein *objektiver Wert*, eben der Verkehrswert, und folglich von den subjektiven Wertvorstellungen oder Nutzungsmöglichkeiten einer an dem Bewertungsobjekt interessierten Partei – im konkreten Fall: des Pflichtteilsberechtigten – unabhängig. Dies ergibt sich einerseits aus dem Begriff des gemeinen Werts iSd § 305 ABGB, der insb auch für die Ermittlung der pflichtteilsrechtlichen Bemessungsgrundlage relevant ist. Andererseits ist offenkundig, dass insb bei einer Mehrheit von Pflichtteilsberechtigten nach einem bestimmten Erblasser – je nach den subjektiven Nutzungsmöglichkeiten der Pflichtteilsberechtigten – nicht auf unterschiedliche Bemessungsgrundlagen abgestellt werden kann.

Umfasst die Bemessungsgrundlage den Wert eines Unternehmens, entweder weil ein Unternehmen oder eine Beteiligung an einer unternehmenstragenden Gesellschaft in den Nachlass fällt oder Gegenstand einer nach § 781 ABGB nF hinzurechnungspflichtigen Schenkung ist, sind für die Bewertung die *Grundsätze der*

12 Dies entspricht der Pflichtteilerhöhung durch Hinzurechnung von Schenkungen und Vorempfängen zum Nachlasswert entsprechend JB 114; ebenso *Schauer*, Hinz- und Anrechnung von Schenkungen, in diesem Band 196.

13 Irreführenderweise bestimmt § 778 Abs 1 ABGB nF, dass „auf Antrag eines Pflichtteilsberechtigten (!) ... zur Ermittlung des Pflichtteils (!) die gesamte Verlassenschaft genau beschrieben und geschätzt“ wird. Dass von „Beschreibung“ der Verlassenschaft die Rede ist, könnte als Hinweis auf die Errichtung des Inventars gedeutet werden. Dies stimmt aber mit den Inventarerrichtungsgründen nicht überein (vgl § 165 Abs 1, insb Z 2 AußStrG). Der hier ermittelte Wert ist für den Pflichtteil irrelevant, sodass – wenn tatsächlich an die Inventarserrichtung gedacht ist – die Wortfolge „zur Ermittlung des Pflichtteils“ und die Überschrift vor § 778 ABGB nF in die falsche Richtung weisen. Sollte aber mit § 778 Abs 1 ABGB nF die Bewertung im Pflichtteilsstreit gemeint sein, ist unerfindlich, warum zu diesem Zweck „die gesamte Verlassenschaft genau beschrieben (Hervorhebung hinzugefügt)“ werden sollte. Zuletzt ist der Begriff „Schätzung“ verfehlt, zumal die ErlRV im Zusammenhang mit der Pflichtteilsdeckung zutreffend von „Bewertung“ sprechen. Auch in den §§ 167 Abs 1 sowie 170 AußStrG ist von „Bewertung“ bzw „bewerten“ die Rede.

14 Nachweise bei *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht (2007) 347.

15 Nachweise bei *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht (2007) 347.

*Unternehmensbewertung*¹⁶ anzuwenden. Der Unternehmenswert ist zunächst ein *Normwert*, weil er durch gesetzliche Regelungen beeinflusst wird.¹⁷ Die Bewertung wird zunächst durch den *gesetzlichen Zweck* jener Norm, deren Anwendung eine Bewertung voraussetzt, bestimmt.¹⁸ Danach sind die Zulässigkeit der angewendeten Bewertungsmethode, aber auch Einzelaspekte der Bewertung, wie etwa die Berücksichtigung von Synergieeffekten, als *Rechtsfragen*¹⁹ einzustufen.²⁰ Die Entwicklung, Verfeinerung und konkrete Anwendung von Bewertungsmethoden ist hingegen Erkenntnisgegenstand der *Betriebswirtschaftslehre*. Was danach „richtig“ oder „falsch“ ist, ergibt sich weitgehend aus dem Stand der betriebswirtschaftlichen Forschung, unterliegt aber – soweit dem Gesetz Bewertungsvorgaben zu entnehmen sind – auch der *richterlichen Überprüfung als Rechtsfrage* und ist daher insb auch *revisibel* (§ 503 Abs 1 Z 4 ZPO). Die tatsächlichen Grundlagen der Bewertung eines konkreten Unternehmens sind schließlich Gegenstand der *richterlichen Beweiswürdigung*. Beweis zur Feststellung dieser Grundlagen und zur Ermittlung des Unternehmenswerts in Anwendung der genannten Grundsätze wird im streitigen Verfahren über eine Pflichtteilsklage vorrangig durch *Sachverständigenbeweis* (§§ 351 ff ZPO) erbracht.²¹

Manchen Formulierungen des OGH könnte entnommen werden, dass die Intensität der richterlichen Überprüfung der Unternehmensbewertung eingeschränkt ist. So betont der OGH gelegentlich, der Richter habe (nur) die Adäquanz der

- 16 Grundlegend zur (modernen) prognoseorientierten Bewertungsmethode: *Moxter*, Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensbewertung² (1983). Zum kapitalmarktorientierten Ansatz vgl va *Copeland/Koller/Murrin/McKinsey & Company*, Unternehmenswert³ (2002); *Drukarczyk/Schüler*, Unternehmensbewertung⁶ (2009); *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung (2011). Vgl neuerdings das wegen seines interdisziplinären Ansatzes – nämlich sowohl rechtliche als auch betriebswirtschaftliche Fragen umfassende – imponierende Werk von *Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung (2015).
- 17 Grundlegend *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung³ (1994) 5 ff; *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008) 11 ff; *Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung (2015) § 1 Rz 5 ff. „Rechtsgebundene Unternehmensbewertung als juristische Aufgabe“; *Hügel*, Verdeckte Gewinnausschüttung und Drittvergleich im Gesellschafts- und Steuerrecht, in *Kalss/Torggler* (Hrsg), Einlagenrückgewähr, 2. Wiener Unternehmensrechtstag (2014) 19, 38 f; *Rüffler*, Rechtlicher Rahmen der Unternehmensbewertung, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 43.
- 18 Auch in der Betriebswirtschaft ist die Bedeutung des Bewertungszwecks anerkannt: vgl das Fachgutachten KFS/BW 1 Abschnitt 2.5; *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung (2011) 101 ff.
- 19 Dies zeigt insb die umfangreiche, durch die Tiefe der Problemthroughdringung imponierende Judikatur der deutschen Gerichte im Spruchstellenverfahren betreffend die Überprüfung konzernrechtlicher Abfindungen, verschmelzungsrechtlicher Umtauschverhältnisse und Squeeze-out-Abfindungen: eingehend *Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung passim; zahlreiche Nachweise auch bei *Hügel* in *Kalss/Torggler* (Hrsg), Einlagenrückgewähr aaO 38 f.
- 20 Dies hat va Bedeutung für die Bekämpfung von Bewertungsfragen als Rechtsfragen oder zumindest als Teil von Rechtsfragen im Wege der Berufung oder Revision auf Grund unrichtiger rechtlicher Beurteilung.
- 21 Auch andere Beweismittel, wie Urkunden (zB Unternehmensplanung der Geschäftsführung des Unternehmens, Privatgutachten) sowie Zeugeneinvernahmen – insb zur Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen der Unternehmensbewertung – kommen naturgemäß in Betracht.

angewendeten Bewertungsmethode zu überprüfen.²² Doch die Differenzierung zwischen der *Adäquanz* der Methode im Allgemeinen und der Richtigkeit der *Anwendung* der Methode kann nicht überzeugen. Anhand eines Beispiels: Ist – etwa bei einem Rentenvermächtnis – die Lebenserwartung des Vermächtnisnehmers relevant, hätte das Gericht nicht bloß die Anwendung einer unrichtigen Methode – etwa die (unzutreffende) Berechnung als ewige Rente – zu beanstanden, sondern das Gericht hätte naturgemäß auch die unrichtige Anwendung der Methode – etwa die Berücksichtigung aktueller (und nicht überholter) Statistiken zur Lebenserwartung und die richtige Einordnung des Berechtigten – zu überprüfen. Im Rahmen der Unternehmensbewertung kann die Plausibilität der Unternehmensplanung, aus der sich die prognostizierten Überschüsse ergeben, der richterlichen Überprüfung unterliegen. *Rechtsfrage* wäre etwa die Abgrenzung jener Bewertungselemente, die zum objektivierten Unternehmenswert führen, von den subjektiven Nutzererwartungen der Anteilsinhaber, also letztlich die Anwendung des objektiven Maßstabs des § 305 ABGB. Die Übergänge zwischen der Überprüfung des Sachverhalts im Wege der Beweiswürdigung und der Rechtsfragenbeurteilung sind indessen fließend.²³ Solche Fragen hat die steuerrechtliche Judikatur stets überprüft. Auch für die zivilrechtliche Rsp besteht kein Grund, hier Zurückhaltung zu üben.²⁴

Im Rahmen der *Unternehmens- und Anteilsbewertung* kann im Allgemeinen davon ausgegangen werden, dass die von den Organisationen der Wirtschaftstreuhandler bzw Wirtschaftsprüfer in Fachgutachten bzw Stellungnahmen festgehaltenen und periodisch angepassten Grundsätze dem jeweiligen Stand der Betriebswirtschaftslehre entsprechen. In Österreich ist dies das Fachgutachten des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation zur Unternehmensbewertung, KFS/BW 1.²⁵ Zwar kommt dem Fachgutachten nicht der Charakter einer verbindlichen Rechtsnorm zu. Es ist aber als Veröffentlichung der herrschenden betriebswirtschaftlichen Ansicht zu den Grundsätzen ordnungsmäßiger Unternehmensbewertung ebenso relevant wie die Veröffentlichung etwa des Standes der Technik in ÖNORMEN²⁶ oder ähnlichen Verlautbarungen.

Nach dem Fachgutachten KFS/BW 1 ist der Unternehmenswert grundsätzlich zukunftsbezogen, nämlich durch *Kapitalisierung der künftigen Überschüsse des Unternehmens*, zu ermitteln. Im Rahmen des Ertragswertverfahrens wird auf die „Nettozuflüsse an die Unternehmenseigner“ abgestellt; Ausgangspunkt sind so-

22 OGH 16.12.1980, 5 Ob 649/80, SZ 53/172 = GesRZ 1981, 44 = JBl 1981, 545; ebenso OGH 16.11.2012, 6 Ob 153/12m; dazu *Krejci*, GesRZ 2013, 100; *Hügel*, aaO 38 sowie *Riöffler*, aaO 44 f.

23 Vgl erneut die Nachweise bei *Hügel* in *Kalss/Torggler* (Hrsg), Einlagenrückgewähr 38 f sowie *Fleischer/Hüttemann* (Hrsg), Rechtshandbuch Unternehmensbewertung passim.

24 *Hügel*, aaO 38.

25 Das aktuelle Fachgutachten kann jeweils auf der Homepage der Kammer der Wirtschaftstreuhandler eingesehen werden. Es wird ferner im Kodex „Rechnungslegung und Prüfung“ abgedruckt.

26 Nach OGH 6.8.2015, 2 Ob 223/14d sind „insb technische Aufgaben im Zweifel im Sinne einer bestehenden ÖNORM auszulegen ... (RIS-Justiz RS 0038609)“.

mit die bei der Unternehmensplanung angesetzten Erträge. Das DCF-Verfahren stellt demgegenüber auf die künftigen Cashflows ab.²⁷ Zwar existiert kein (einzig) „richtiger“ Unternehmenswert,²⁸ doch entspricht dem *objektiven* „gemeinen Wert“ iSd § 305 ABGB der sog. „*objektivierte Unternehmenswert*“ im Sinne des Fachgutachtens KFS/BW 1.²⁹ Dabei handelt es sich um einen „typisierten Zukunftserfolgswert, der sich bei Fortführung des Unternehmens auf Basis des bestehenden Unternehmenskonzepts mit allen realistischen Zukunftserwartungen im Rahmen der Marktchancen und -risiken, der finanziellen Möglichkeiten des Unternehmens sowie der sonstigen Einflussfaktoren ergibt. Bestehen rechtliche Vorgaben für die Wertermittlung, richtet sich der Blickwinkel der Bewertung sowie der Umfang der erforderlichen Typisierungen und Objektivierungen nach dem Zweck der für die Wertermittlung relevanten rechtlichen Regelungen“.³⁰ Unberücksichtigt bleiben insb. „subjektive Vorstellungen und persönliche Verhältnisse sowie sonstige Gegebenheiten (zB Synergieeffekte des Bewertungsobjekts)“.³¹ Entsprechend dem objektivierten Ansatz werden die Zukunftserträge – unabhängig von der Rechtsform des Unternehmensträgers als Kapital- oder Personengesellschaft – einheitlich mit 25 % Ertragsteuern (Körperschaftsteuern) belastet und die individuelle Steuerbelastung des (künftigen) Inhabers vernachlässigt.³²

Diese Ausführungen gelten naturgemäß nicht bloß für die Bewertung von Unternehmen oder Unternehmensanteilen, die in die Verlassenschaft fallen, sondern auch, wenn ein Unternehmen oder Unternehmensanteil Gegenstand einer nach § 781 ABGB nF *hinzurechnungspflichtigen Schenkung* ist.

Der Wert derartiger Vorschenkungen wird dem Nachlasswert hinzugezählt. Die Hinzurechnung von Vorschenkungen setzt allerdings ein darauf gerichtetes Verlangen eines Erben oder Pflichtteilsberechtigten voraus (§§ 782 f ABGB nF).

Die Summe der Werte der Verlassenschaft und der hinzurechnungspflichtigen Vorschenkungen bildet die *Bemessungsgrundlage*, auf welche die Pflichtteilsquote zur Anwendung gelangt. Unverändert entspricht die Pflichtteilsquote der Hälfte der gesetzlichen Erbquote (§ 759 ABGB nF).³³ Daher ist bei den meisten Familienstrukturen – also einem Ehegatten und/oder Nachkommen – eine Pflichtteilsbindung von 50 % des Nachlasses gegeben.

27 Vgl. Punkte 6.1. ff. KFS/BW 1; vgl. auch *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung 106 ff.

28 Im Einzelnen *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008) 419 mwN.

29 Im Gegensatz zu „subjektivierten Unternehmenswerten“ und „Schiedswerten“ (siehe Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 2.5.).

30 Punkt 2.5. Abs 14 Fachgutachten KFS/BW 1.

31 Punkt 2.5. Abs 15 Fachgutachten KFS/BW 1.

32 Dazu *Hirschler*, Spezialfragen der Unternehmensbewertung, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht 13, 14 f, zur Diskussion aaO 40.

33 Zum Einfluss von Erbverzicht und Ausschlagung auf die Pflichtteilsquoten der anderen Pflichtteilsberechtigten vgl. *Schauer* in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU 57 ff.

Zu den *Bewertungsstichtagen* für Zwecke der Ermittlung der Bemessungsgrundlage enthält das ErbRÄG 2015 zwei – unterschiedliche – Anordnungen:

Der Wert der Verlassenschaft ist nach § 778 Abs 2 ABGB nF zum *Todestag des Erblassers* zu bestimmen. Im Falle hinzurechnungspflichtiger Schenkungen ist hingegen der Wert der geschenkten Sache gem § 788 ABGB nF „auf den Zeitpunkt zu bewerten, in dem die Schenkung wirklich gemacht wurde“. Der so ermittelte Wert ist nach dem VPI anzupassen (§ 788 Satz 2 ABGB).³⁴ Mit der Bezugnahme auf die „wirklich gemachte“ Schenkung wird die Maßgeblichkeit der Erbringung des *Vermögensopfers* angesprochen. Nur wenn der Geschenkgeber das *Vermögensopfer* erbringt, ist die Schenkung „wirklich gemacht“. Der *Zeitpunkt des Vermögensopfers* ist zunächst für den Beginn der Zwei-Jahres-Frist des § 782 Abs 1 ABGB nF relevant, nach deren Ablauf die Schenkung – wie nach § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF – nicht mehr hinzurechnungspflichtig ist. Zusätzlich handelt es sich um den Bewertungsstichtag.

Unter welchen *Voraussetzungen* das *Vermögensopfer* erbracht ist, wird in den neuen Gesetzesbestimmungen leider nicht explizit festgelegt, ergibt sich aber immerhin aus den ErlRV. Darauf ist später, im Zusammenhang mit dem Beginn der Zwei-Jahres-Frist des § 782 Abs 1 ABGB nF zurückzukommen (IV.B.2).

2. Bewertung von anrechnungspflichtigen letztwilligen Zuwendungen und Vorschenkungen an den Pflichtteilsberechtigten zur Beurteilung der Pflichtteilsdeckung – Ablehnung des „Verwertbarkeitskriteriums“ durch das ErbRÄG 2015

Ist die Bemessungsgrundlage als Summe der Werte des Nachlassvermögens und der hinzurechnungspflichtigen Vorschenkungen ermittelt und durch Anwendung der Pflichtteilsquote der Wertanspruch bestimmt, ist zu überprüfen, ob der Wertanspruch durch *anrechnungspflichtige Zuwendungen des Erblassers* gedeckt ist.

Wie bereits ausgeführt, ist der Erblasser in der Entscheidung frei, durch welche Vermögenswerte er den Wertanspruch erfüllt und ob er die Vermögenswerte durch Zuwendung auf den Todesfall (§ 780 ABGB nF) oder Schenkung unter Lebenden (§ 781 ABGB nF) deckt. *Ob* der Wertanspruch *gedeckt ist* und – bei bloß teilweiser Deckung – *in welcher Höhe* Pflichtteilsdeckung vorliegt, entscheidet sich durch die *Anrechnung* der genannten Zuwendungen.³⁵ Zum Zwecke der Anrechnung sind die zugewendeten Sachen zu bewerten. Für diese Bewertung

34 Zur Abkehr von dem, teilweise durch die Judikatur „berichtigten“ Bewertungskonzept des § 794 ABGB aF: *Rabl*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321, 342 sowie eingehend *Schauer*, in diesem Band 213 ff.

35 Hier nimmt das ErbRÄG 2015 eine sinnvolle terminologische Vereinfachung vor: Der Begriff der „Anrechnung“ war bisher auf die Anrechnung von Schenkungen (§ 785 ABGB aF) beschränkt, während die Berücksichtigung letztwilliger Zuwendungen als „Einrechnung“ bezeichnet wurde. Dazu ErlRV 688 BlgNR 25. GP 32; *Rabl*, NZ 2015, 336.

gelten die obigen Ausführungen sinngemäß, insb – für den Fall zugewendeter Unternehmen oder Unternehmensanteile – jene zu den Grundsätzen der Unternehmensbewertung. Unabhängig von der Relevanz dieser Grundsätze für die Bestimmung der *Höhe der Pflichtteilsdeckung* sind diese Methoden aber auch für die *Pflichtteilsdeckung dem Grunde nach* relevant, weil das ErbRÄG 2015 in Entscheidung einer umstrittenen Frage die *Bewertbarkeit der Zuwendung zum Kriterium der Pflichtteilsdeckung* erhoben hat. Allerdings hatte schon der OGH – ungeachtet der aufgrund von § 774 ABGB aF im Schrifttum erhobenen Einwände – sowohl die Pflichtteilsdeckung durch Einräumung eines (nicht übertragbaren) Fruchtgenusses³⁶ als auch durch Einräumung einer (letztwillig begründeten) Unterbeteiligung an einem OHG-Anteil³⁷ zugelassen. Unter Aufgabe restriktiver Regelungen eines Vorentwurfs aus dem Jahr 2014, die nach den damaligen Erläuterungen darauf abzielten, der genannten Judikatur die Grundlage zu entziehen, enthält das ErbRÄG 2015 keine Regelung mehr, nach der der Pflichtteilsberechtigte über die Zuwendung „frei verfügen“ können muss. In dem Gesetz gewordenen § 762 ABGB nF wurde das noch in § 762 Abs 1 ABGB idF des Ministerialentwurfs enthaltene Erfordernis der „Verwertbarkeit“ gestrichen.³⁸ Nunmehr hindern Bedingungen oder Belastungen, die der Verwertbarkeit des zugewendeten Vermögens entgegenstehen, nicht mehr die Eignung zur Pflichtteilsdeckung; ein dadurch fehlender oder verminderter Nutzen ist aber bei der Bewertung der Zuwendung oder Schenkung zu berücksichtigen. Damit soll nach den ErlRV³⁹ entschieden werden, dass entgegen einem Teil der Lehre der Pflichtteilsberechtigte nicht über die Zuwendung oder ihren Substanzwert frei verfügen können muss, damit die Zuwendung zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist. Die gegenteilige Lehre und die OGH-Entscheidung 6 Ob 189/98g zur Einräumung einer Unterbeteiligung werden zustimmend genannt. Für die Pflichtteilsdeckung soll „vielmehr genügen, dass der Pflichtteilsberechtigte *bloß wertmäßig so viel Vermögen erhält*,⁴⁰

36 OGH 9.7.1997, 3 Ob 47/97a, ecolex 1998, 209 (B. Jud).

37 OGH 15.10.1998, 6 Ob 189/98g, SZ 71/166 = NZ 2000, 44.

38 Nach § 762 Abs 1 ABGB idF des Ministerialentwurfs bestand ein Anfechtungsrecht im Falle von „Bedingungen oder Belastungen, die der *Verwertbarkeit* (Hervorhebung hinzugefügt) der ... zugewendeten Sache entgegenstehen“. Dies stand freilich im Widerspruch dazu, dass bereits der Ministerialentwurf (idR unübertragbare) Begünstigtenstellungen in Stiftungen (§ 781 Abs 2 Z 4 ABGB idF Ministerialentwurf) und nach den Erläuterungen (Allgemeiner Teil S 2) auch vinkulierte Unternehmensanteile als Pflichtteilsdeckung zulassen wollte. Das „Verwertbarkeitserfordernis“ des Ministerialentwurfs war ein „Überbleibsel“ des noch weit restriktiveren, nicht veröffentlichten, sondern nur im Herbst 2014 mit einem eingeschränkten Personenkreis diskutierten Vorentwurfs (zu den Abschnitten der Gesetzeswerdung: *Rab1*, Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in *Rab1/Zöchling-Jud* [Hrsg], Das neue Erbrecht 1 ff; *Rab1*, Erbrechtsreform 2015 – Pflichtteilsrecht neu, NZ 2015, 321 ff). Dieser Vorentwurf enthielt noch die Bestimmung: „Der Pflichtteilsberechtigte muss über den Pflichtteil spätestens bei Fälligkeit frei verfügen können.“ Es sollte nicht genügen, dass der Pflichtteilsberechtigte wertmäßig so viel Vermögen erhält, wie es seinem Pflichtteil entspricht. Eine bloß „sukzessive“ Pflichtteilsdeckung aufgrund eines erst allmählich entstehenden Ertrags wurde als nicht ausreichend bezeichnet. Nach den damaligen Erläuterungen sollten etwa Fruchtgenussrechte an Gesellschaftsanteilen, Wohnrechte oder Rentenvermächtnisse nicht als Pflichtteilsdeckung in Betracht kommen.

39 688 BlgNR 25. GP 32.

40 Hervorhebung hinzugefügt.

wie es seinem Pflichtteil entspricht“. Und weiter: „Ist eine Zuwendung für den Pflichtteilsberechtigten allerdings nicht verwertbar, so hat dieser Umstand in die Bewertung ... einzufließen. Zu denken ist etwa an ein Vermächtnis der Unterbeteiligung, an vinkulierte Gesellschaftsanteile von Unternehmen oder an ein persönliches Wohnrecht. Im Ergebnis bedeutet dies, dass auch nicht sofort ‚versilberbare‘ Zuwendungen mit dem ihnen innewohnenden Wert zur Pflichtteilsdeckung beitragen.“ Diese Grundsätze werden auch in der Einleitung der ErlRV⁴¹ hervorgehoben: „In der Frage, wie der Pflichtteil hinterlassen werden kann, sieht der Entwurf vor, dass die Verwertbarkeit einer Zuwendung keine Voraussetzung für die Deckung des Pflichtteils ist; wenn das als Pflichtteil hinterlassene Vermögen nicht ohne Weiteres versilbert werden kann, soll dies bei der Bewertung des Pflichtteils berücksichtigt werden. Das führt etwa dazu, dass auch vinkulierte Unternehmensanteile zur Pflichtteilsdeckung geeignet sein können.“

Die Festschreibung und Verallgemeinerung der genannten OGH-Judikatur ist außerordentlich zu begrüßen, ihre Bedeutung für die Praxis aufgrund der bewirkten Erhöhung der Gestaltungssicherheit enorm.⁴² Unter dem Regime des „rigiden“ (*Umlauf*) und uE heute rechtspolitisch nicht mehr gerechtfertigten⁴³ Pflichtteilsrechts hat diese Judikatur erst praxistaugliche Nachfolgeregelungen bei wertvollen Vermögensmassen, deren „physische Teilung“ rechtlich oder faktisch unmöglich oder unzweckmäßig ist, ermöglicht. Die durch das ErBRÄG 2015 erfolgte Klarstellung, dass auch nicht oder beschränkt übertragbare Vermögenswerte zur Pflichtteilsdeckung geeignet sind, gibt den – bereits bisher üblichen – Nachfolgeregelungen durch Einräumung von Gesellschaftsanteilen, Unterbeteiligungen, Fruchtgenussrechten und dergleichen eine rechtssichere Basis. Die Ablehnung des Erfordernisses der „Verwertbarkeit“ eröffnet im Übrigen erst die – auch von den früheren Entwürfen des ErBRÄG angestrebte – Pflichtteilsdeckung durch Einräumung der *Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung*.

Angesichts der auf der Hand liegenden Rechtfertigung in den ErlRV und der soeben skizzierten Praxisrelevanz der Eignung zur Pflichtteilsdeckung kann die frühere Diskussion im erbrechtlichen Schrifttum nur als verwunderlich bezeichnet werden. Zumindest die OGH-Entscheidung zur Unterbeteiligung hätte doch den kritischen Literaturmeinungen, die die „freie Verfügbarkeit“ forderten, die Augen für die Problematik eingeschränkt oder nicht übertragbarer Gesellschafts-

41 688 BlgNR 25. GP 2.

42 Dazu auch Schauer in *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU 63 f.

43 Für Österreich grundlegend: Schauer, Ist das Pflichtteilsrecht noch zeitgemäß? NZ 2001, 70; *Rabl*, Der Kampf um das Pflichtteilsrecht, NZ 2014, 217; vgl etwa die Gegenposition bei *Umlauf*, Das ABGB und die Vermögensnachfolge von Todes wegen: Brennpunkt Pflichtteilsrecht, in: 200 Jahre ABGB (2012) 69 mwN; aus der Praxissicht: Hügel, Erbrecht gefährdet Familienunternehmen, Der Standard 12.1.2015, 11; vgl weiters die Stellungnahme des *Verfassers (Hügel)* im Begutachtungsverfahren zum Ministerialentwurf (www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/index.shtml).

anteile öffnen müssen.⁴⁴ Kann bei vinkulierten Aktien und GmbH-Anteilen die Zustimmung des Organs immerhin durch das Gericht ersetzt werden (§ 62 Abs 3 AktG, § 77 GmbHG), sodass lediglich eine Übertragungsbeschränkung vorliegt, sind Anteile an Personengesellschaften – ohne Sonderregelungen im Gesellschaftsvertrag – schon nach dem Gesetz *nur mit Zustimmung aller Gesellschafter übertragbar*.⁴⁵ Werden solche nur erschwert übertragbaren Anteile gleichmäßig vererbt – entweder aufgrund einer letztwilligen Verfügung unter Zugrundelegung der Erbquoten oder ohne letztwillige Verfügung –, müssen die Erben die fehlende freie Verfügbarkeit selbstverständlich akzeptieren. Das auf die „freie Verfügbarkeit“ abstellende erbrechtliche Schrifttum⁴⁶ hat diesen – in der Praxis sehr häufigen – Fall niemals untersucht und folglich nicht erkannt, dass das Erfordernis der „freien Verfügbarkeit“ in vielen Fällen die *Pflichtteilsdeckung* durch die Zuwendung von Gesellschaftsanteilen konterkarieren müsste.

Die Kehrtwendung, die im Rahmen der Ausarbeitung des ErbRÄG 2015 zur Verneinung des Erfordernisses der „freien Verfügbarkeit“ geführt hat, ist somit vor allem im Interesse der *Rechtsnachfolge in Familienunternehmen* außerordentlich zu begrüßen. Sie hat aber auch für die Zuwendung anderer Sachen, wie insb von Immobilien, erhebliche Bedeutung.

§ 781 ABGB nF regelt sowohl die Hinzurechnung als auch die Anrechnung von Schenkungen. Aus diesem Grund kommt auch dieselbe Regelung des *Bewertungsstichtags*, nämlich § 788 ABGB nF, der bereits oben erörtert wurde, zur Anwendung. Maßgeblich ist der Wert im Zeitpunkt der Erbringung des Vermögensopfers zuzüglich Wertsicherung.

Der Hinzu- und Anrechnung gem § 781 ABGB nF liegt eine Art „wirtschaftlicher Schenkungsbegriff“ zugrunde. Dies verdeutlicht auch die Auffangklausel des § 781 Abs 2 Z 6 ABGB nF, wonach „jede andere Leistung, die nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt einem unentgeltlichen Rechtsgeschäft unter Lebenden gleichkommt“, als Schenkung iSd Hinzu- und Anrechnungspflicht gilt. Aufgrund dieser „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ werden die im Wesentlichen bereits nach altem Recht anrechenbaren Vorempfänge und Vorschüsse im Wege einer Fiktion als Schenkungen behandelt („als Schenkung in diesem Sinn gelten auch“).⁴⁷ Im Rahmen der demonstrativen Aufzählung des § 781 Abs 2 ABGB nF ist vor allem die Einordnung der „Vermögenswidmung an eine Privatstiftung“

44 Das erbrechtliche Schrifttum hat die Probleme der „Bedingungen und Belastungen“ meist nicht im Zusammenhang mit der Nachfolge schwer teilbarer Vermögensmassen, wie Unternehmen oder großen Immobilienvermögen, diskutiert, sondern im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Auflagen, Befristungen, Belastungs- und Veräußerungsverboten, der Anordnung einer Testamentsvollstreckung oder Nachbarschaft. Dies hat auch in der ErlRV 688 BlgNR 25. GP 26 Niederschlag gefunden. Dazu *Zöchling-Jud* in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht (2015) 71, 78.

45 *Artmann* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB² § 105 Rz 77.

46 Siehe etwa *Ferrari/Likar-Peer*, Erbrecht 354 f mwN.

47 Im Einzelnen dazu *Kletečka*, Anrecht auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht 93 ff sowie *Rabl*, NZ 2015, 336 ff.

(Z 4) und der „Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung, soweit ihr der Verstorbene sein Vermögen gewidmet hat“ (Z 5), von hoher Praxisrelevanz. Darauf wird nachstehend – zur Aufbereitung der einschlägigen Bewertungsfragen – eingegangen.

Ist eine Schenkung danach anrechnungspflichtig, liegt eine Pflichtteilsverletzung nur vor, wenn der nach den obigen Ausführungen (I.B.1.) ermittelte *Wertanspruch* nicht durch den Wert der *anrechnungspflichtigen Zuwendungen* iSd §§ 763, 780, 781 ABGB nF gedeckt wird.

In diesem Zusammenhang hat das ErbRÄG 2015 – Forderungen im Schrifttum folgend – die Unterscheidung zwischen Nachlass- und Schenkungspflichtteil beseitigt.⁴⁸ Der Beschenkte muss sich die anrechnungspflichtigen Schenkungen somit nicht nur auf seinen „Schenkungsspflichtteil“ – also auf den durch die Hinzurechnung (§ 785 ABGB aF: Anrechnung) der Schenkung erhöhten Pflichtteilsanspruch – anrechnen lassen (§ 787 Abs 2 ABGB aF), sondern auf seinen gesamten – auch vom Nachlasswert berechneten – Wertanspruch.⁴⁹

III. Stabilisierung von Familienunternehmen durch Unternehmensstiftungen

A. Bedeutung des Auslaufens der Erbschaftssteuer

Der „Stiftungsboom“ nach Erlassung des PSG war in vielen Fällen schlicht eine Folge der Bedrohung von Familienunternehmen durch die Erbschaftssteuerbelastung. Die Übertragung der Unternehmensanteile auf eine Stiftung bewirkt, dass diese nicht mehr vererbt werden. Durch die Gründung der Unternehmensstiftung entfiel die wiederholte Erbschaftssteuerbelastung bei jedem Generationenwechsel. Zwar löste die Übertragung des Vermögens auf die Privatstiftung Schenkungssteuer von 2,5 % und später⁵⁰ 5 % des Wertes aus.⁵¹ Dies ersparte aber eine Erbschaftssteuerbelastung, die in der Steuerklasse I – also bei Vererbung an Nachkommen oder Ehegatten – bereits ab einem Wert von mehr als 4,38 Mio € 15 % betrug (vgl § 8 Abs 1 ErbStG). Zumal das vererbte „Privatvermögen“ neben wertvollen Familienunternehmen häufig nur einen geringen Wertanteil am Gesamtnachlass ausmacht, musste die Erbschaftssteuer iAR gerade aus den Unternehmenserträgen finanziert werden.⁵² Dies konnte bei jedem Generationenwech-

48 ErlRV 688 BlgNR 25. GP 35; Schauer, Hinzu- und Anrechnung von Schenkungen, in diesem Band 196 f.

49 Zum alten Recht vgl Ferraril/Likar-Peer, Erbrecht 423 f.

50 § 8 Abs 3 lit b ErbStG idF BGBl I 2001/144 ab 1.1.2002 (§ 34 Z 8 ErbStG).

51 An die Stelle der auslaufenden Erbschaftssteuer trat die Stiftungseingangssteuer, die grundsätzlich 2,5 % beträgt. Sie ist nach Streichung der meisten ertragsteuerrechtlichen Begünstigungen der Privatstiftung, nach Wegfall der Erbschaftssteuer und Streichung der Gesellschaftsteuer (als „Eintrittspreis“ in die Kapitalgesellschaft) steuersystematisch endgültig ungerechtfertigt.

52 Dies erkennt auch der deutsche Steuergesetzgeber, denn die alle 30 Jahre anfallende Erbersatzsteuer auf Stiftungsvermögen schuldet die Stiftung, nicht die Destinatäre (§§ 1 Abs 1 Nr 4, 20 Abs 1 dErbStG).

sel zu einer erheblichen Minderung der Unternehmenssubstanz führen, gelegentlich aber sogar zur Gefährdung des Unternehmens.⁵³

Die *volkswirtschaftliche Bedeutung* der Familienunternehmen ist enorm:⁵⁴ In Österreich beschäftigen KMU rund zwei Drittel aller Erwerbstätigen und erwirtschaften etwa 58 % der Bruttowertschöpfung. Umsätze und Beschäftigungszahlen der KMU sind nach den Krisenjahren 2009–2012 deutlich stärker gestiegen als jene der Großunternehmen. Doch wie eingangs erwähnt, stehen auch Großunternehmen oft im Eigentum von Familien.

Zur Vermeidung der volkswirtschaftlich unerwünschten Gefährdung von Familienunternehmen und Arbeitsplätzen ist sogar das Hochsteuerland Deutschland bestrebt, die Erbschaftsteuerbelastung der Unternehmensnachfolge einzuschränken. Zwar wurde die an die Aufrechterhaltung der Arbeitsplätze gebundene Erbschaftsteuerbefreiung für 85 bis 100 % des Unternehmensvermögens⁵⁵ zuletzt durch das Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig aufgehoben.⁵⁶ Dennoch zeigen diese Bemühungen des deutschen Gesetzgebers, dass derartige Belastungen Substanz und Liquidität von Familienunternehmen gefährden und aus volkswirtschaftlichen Gründen abzulehnen sind. Dies dürfte auch der politischen Bewertung in Österreich entsprechen: Vor der Steuerreform 2014/15 hatte zwar die SPÖ die Einführung der Erbschaftssteuer gefordert, wollte aber davon die Erfassung von Unternehmensvermögen weitgehend ausnehmen.⁵⁷ ÖVP und FPÖ lehnen ohnehin jegliche Erbschaftssteuer ab.

B. Belastung durch Pflichtteilsansprüche der früheren Erbschaftsteuerbelastung quantitativ vergleichbar

Seit dem Auslaufen der Erbschafts- und Schenkungssteuer am 31.7.2008⁵⁸ drohen den österreichischen Familienunternehmen – abgesehen von Grunderwerbsteuer – keine Steuerbelastungen aus Anlass der Unternehmensnachfolge mehr. Unverändert kann aber das Pflichtteilsrecht zu vergleichbaren Liquiditätsabflüs-

53 Bekannt ist die Erklärung Theo Müllers, Inhaber des deutschen Molkereiunternehmens „Müllermilch“, im Falle seines Todes würde eine dreistellige Euro-Millionensumme an Erbschaftsteuer fällig, die die Existenz des Unternehmens gefährde. „Entweder investiere ich oder ich schaffe Rückstellungen für die Erbschaftssteuer. Beides geht nicht.“ Es könne nicht sein, dass Familienunternehmen in diesem Punkt gegenüber börsennotierenden Aktiengesellschaften benachteiligt seien. Theo Müller verlegte seinen Wohnsitz in die Schweiz, um die deutsche Erbschaftbesteuerung seiner Unternehmensanteile zu vermeiden. Siehe: Die Welt, 9.12.2015: „Selfmademillionär, Steuerflüchtling, Gainerschreck“; Handelszeitung 20.7.2013: „Theo Müller: Ich lebe nicht schlecht im Exil“.

54 Zum Folgenden siehe den Mittelstandsbericht 2014 des Bundesministeriums für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft (<http://www.bmwf.gv.at/Unternehmen/UnternehmensUndKMU-Politik/Documents>). Der deutsche „Mittelstand“ erwirtschaftet 55 % der gesamten nationalen Wirtschaftsleistung und beschäftigt 60 % der Arbeitnehmer (vgl DB 2015, 2951).

55 Einzelheiten bei Seer in *Tipke/Lang*, Steuerrecht²¹ (2013) § 15 Rz 106 ff.

56 BVerfG 17.12.2014, 1 BvL 21/12, DStR 2015, 31.

57 <http://www.format.at/politik/erbschaftsteuer-die-spoe-stueck-kuchen-343669>: „Erbschaftssteuer: Die SPÖ will ein Stück vom Kuchen“: Schieder meint, bei Fortführung durch fünf Jahre und Beibehaltung des Mitarbeiterstands „könnten zwischen 15 und 20 % des Vermögens als Bemessungsgrundlage für die Steuer herangezogen werden“ und beruft sich dafür auf das deutsche Vorbild, erwähnt aber die im Text genannte Option der 100%igen Steuerbefreiung nach damaligem deutschem Erbschaftssteuerrecht nicht.

58 VfSlg 18.093 und VfSlg 18.147; weiters § 34 Abs 1 Z 13 ErbStG.

sen führen. Zwar ergeben sich keine Probleme, wenn das Unternehmen anteilig – entsprechend den gesetzlichen Erbquoten oder auch unter Vornahme von Quotenverschiebungen bis zur Grenze der Pflichtteilsquote – an die Pflichtteilsberechtigten vererbt wird. Doch oft ist dies entweder rechtlich nicht möglich und/oder unternehmenspolitisch unerwünscht. Dies hat seinen Grund häufig darin, dass die Gesellschaftsverträge von Familienunternehmen wegen des „Scheidungsrisikos“ die Übertragung von Anteilen auf Ehegatten ausschließen.⁵⁹ Der Pflichtteilsanspruch von 1/6 des Nachlasswerts (neben Nachkommen) entspricht fast genau der politisch unerwünschten Erbschaftssteuerbelastung, die in Österreich 15 % betragen hat. Soll etwa das Unternehmen nicht auf alle Kinder übertragen werden, weil der „weichende Erbe“ einem anderen Beruf nachgeht und/oder sein Einfluss auf die Geschäftsführung unerwünscht ist, beträgt die Pflichtteilsquote bei Fehlen eines Ehegatten sogar 25 %.

C. Die unzureichende Stundungsregelung des § 766 ABGB nF

Dass die neue Stundungsregelung des § 766 ABGB nF das Problem nicht löst, wurde bereits mehrmals – auch im Begutachtungsverfahren – aufgezeigt.⁶⁰ Für ein kreditwürdiges Unternehmen ist die Stundung gegen Bezahlung von 4 % Zinsen – jedenfalls in der gegenwärtigen „Zinsenlandschaft“ – unattraktiv. Bei zweifelhafter Bonität wird die Stundung an der nicht leistbaren Sicherstellung (§ 768 ABGB nF) scheitern. Andernfalls wird das in dem Liquiditätsabfluss liegende Problem durch die Stundung „nicht aufgehoben, sondern bloß aufgeschoben“. Sie gewährt – im Interesse des Pflichtteilsberechtigten – lediglich eine „Gnadenfrist“ zur Sanierung des bei regulärer Fälligkeit des Pflichtteilsanspruches nicht ausreichend finanzkräftigen Unternehmens. Kann die Finanzierungs- und die dafür entscheidende Ertragskraft des Unternehmens während des Stundungszeitraums gesteigert werden, geht alles gut. Andernfalls bleibt es bei der volkswirtschaftlich abzulehnenden Gefährdung des Unternehmens.

Abgesehen von einigen legistischen und systematischen Mängeln des Gesetzes⁶¹ sowie rechtspolitischen Versäumnissen (Stichworte: Definition des Vermögens-

59 Zwar ist hier gelegentlich die Einräumung von Unterbeteiligungen überlegenswert, doch besteht (zumindest im Falle der Einräumung von Herrschaftsrechten) die Gefahr, dass darin eine Umgehung von Übertragungsbeschränkungen bei Gesellschaftsanteilen – etwa auf Grund von Vinkulierungsbestimmungen – erblickt wird. Gleiches wird für Fruchtgenussrechte und Treuhanderkonstruktionen vertreten: vgl etwa *Rauter in Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar GmbHG § 76 Rz 84 mwN; eingehend *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2008) 193 ff. Gelegentlich schließen Gesellschaftsverträge auch explizit die Einräumung von Unterbeteiligungen sowie die Gewährung von Fruchtgenussrechten und ähnlichen Rechten aus.

60 Vgl etwa Stellungnahmen des OGH sowie des Verfassers (*Hügel*) im Begutachtungsverfahren (www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/index.shtml). Kritik nunmehr auch an der Gesetz gewordenen Fassung bei *Zöchling-Jud*, aaO 80 ff und *Rabl*, NZ 2015, 335.

61 Vgl die Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren sowie – nach Verlautbarung des Gesetzes – die Beiträge von *Rabl* in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht 1 ff sowie NZ 2015, 321 ff.

opfers, Ermöglichung einer effektiven und dadurch praxistauglichen Testamentsvollstreckung, erweiterte Zulassung des Erbvertrags⁶²⁾ rächen sich hier am deutlichsten der überhastete Gesetzgebungsprozess zur umfangreichsten Änderung des ABGB seit seinem Inkrafttreten vor mehr als 200 Jahren⁶³ und die dadurch bedingte fehlende Durchdringung des Konflikts zwischen dem – heute rechtspolitisch ohnehin fragwürdigen – Pflichtteilsrecht und den wirtschaftlichen Erfordernissen von Familienunternehmen zumal in Zeiten wirtschaftlicher Stagnation. Die hier nur kurz angerissenen Probleme der Finanzierung von Pflichtteilsansprüchen aus Unternehmenserträgen wurden von Politikern, Interessenvertretungen und Legisten nicht einmal ansatzweise überlegt.⁶⁴

Nach Auslaufen der Erbschafts- und Schenkungssteuer sowie Beseitigung der meisten, bei Erlassung des PSG eingeräumten Steuerbegünstigungen kommt der Übertragung von Unternehmensanteilen⁶⁵ auf Stiftungen vor allem zu dem Zweck in Betracht, die „Zersplitterung“ des Anteilsbesitzes zu verhindern sowie aus dem Pflichtteilsrecht resultierende Belastungen von Substanz und Liquidität von Familienunternehmen abzuwenden.

D. Vermeidung des Erbganges an Unternehmensanteilen durch Übertragung auf eine Stiftung

Sollen Belastungen aufgrund des Pflichtteilsrechts bei der Rechtsnachfolge vermieden werden, bieten sich – abgesehen von Stiftungsgestaltungen – nur folgende Möglichkeiten an: Zunächst könnte der Erblasser allen Pflichtteilsberechtigten Unternehmensanteile zuwenden. Dies ist – wie aufgezeigt – häufig nicht möglich. Selbst wo dies zulässig ist, führen wiederholte Generationenwechsel zu einer erheblichen „Zersplitterung“ des Anteilsbesitzes: Bald sind an dem Unternehmen in der Mehrzahl Personen mit Kleinanteilen beteiligt, die im Unternehmen nicht tätig sind und daher auch häufig das Interesse an dem Unternehmen verlieren. Abgesehen von den negativen Auswirkungen auf die Entscheidungsfindung fördert dies die Tendenz zu Anteilsveräußerungen, die – etwa wegen § 77 GmbHG – nicht zur Gänze ausgeschlossen werden können und häufig zu Liquiditätsbelastungen aufgrund des Aufgriffs durch die anderen Familiengesellschafter oder aber zum Eindringen von Dritten, etwa auch Konkurrenten, führen können.

62 Vgl die im Begutachtungsverfahren erstattete Stellungnahme der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Wien, verfasst von *Schauer, Motal, Reiter, Hofmair* und *Wöss* (www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/index.shtml).

63 *Rabl* in *Rabl/Zöchling-Jud* (Hrsg), Das neue Erbrecht 2.

64 Vgl die Stellungnahmen von Wirtschaftskammer, Bundesarbeiterkammer, Rechtsanwaltskammer und Notariatskammer im Begutachtungsverfahren; problembewusster hingegen die Stellungnahme der Industriellenvereinigung (www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/index.shtml).

65 Da die Privatstiftung gem § 2 Abs 1 Z 1 PSG kein Unternehmen betreiben kann, wird nur mehr die Übertragung an Anteilen – zwecks Gründung einer Holding-Stiftung – behandelt.

Gelingt hingegen die Übertragung der Unternehmensanteile auf eine Stiftung, entfällt – in Ermangelung von Gesellschaftsanteilen an der Stiftung – die Vererbung von Unternehmensanteilen. Die Stiftung hält alle Anteile an dem Unternehmen, die „Zersplitterung“ des Anteilsbesitzes ist verhindert.⁶⁶ Die Veräußerung von Anteilen durch einzelne Familienmitglieder kommt nicht mehr in Betracht. Will sich hingegen die Familie insgesamt von dem Unternehmen trennen, erfolgt die Gesamtveräußerung – nach einem entsprechenden Willensbildungsvorgang innerhalb der familienbezogenen Stiftungsorganisation – durch die Stiftung.

Nach Übertragung der Unternehmensanteile an die Stiftung erhalten die Familienmitglieder die Erträge des Unternehmens als Begünstigte der Stiftung. Die Stiftungsausschüttungen („Zuwendungen“ – vgl § 9 Abs 2 Z 11 PSG) treten an die Stelle der Ausschüttungen der unternehmenstragenden Gesellschaft. Dass die Begünstigten – je nach Ausgestaltung der Stiftungserklärung – die Höhe der Stiftungsausschüttungen häufig nicht oder nur eingeschränkt beeinflussen können, ist meist keine Verschlechterung gegenüber der Situation, in der sie sich bei Vererbung von Gesellschaftsanteilen befänden, denn auch Minderheitsanteile – selbst 50%-Anteile – verleihen im Allgemeinen nicht die Rechtsmacht, Ausschüttungen zu erzwingen: GmbH-Gesellschaftsverträge übertragen der Gesellschaftermehrheit standardmäßig die Kompetenz zur Ausschüttungsentscheidung gem § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG. Bei der AG können Vorstand und Aufsichtsrat den gesamten Jahresgewinn in Gewinnrücklagen einstellen;⁶⁷ daran ist die Hauptversammlung gem § 104 Abs 4 Satz 1 AktG gebunden. Selbst wenn im festgestellten Jahresabschluss ein Bilanzgewinn ausgewiesen ist, kann die Aktionärsmehrheit aufgrund der regelmäßig erteilten Satzungsermächtigung (§ 104 Abs 4 Satz 2 AktG) den Bilanzgewinn von der Verteilung ausschließen. Abweichend davon haben Personengesellschafter nach den – allerdings dispositiven – §§ 121 f UGB Anspruch auf den Bilanzgewinn (ebenso §§ 1195 f ABGB); einschränkende Regelungen in Gesellschaftsverträgen sind jedoch nicht unüblich.

Verhindert die Übertragung der Unternehmensanteile auf eine Stiftung die „Zersplitterung“ des Anteilsbesitzes sowie die Belastung des Familienunternehmens durch Pflichtteilsansprüche aufgrund künftiger Generationenwechsel, weil die Anteile nicht mehr in den Nachlass fallen, so muss dennoch die Hürde des Pflichtteilsrechts gerade aus Anlass der Gründung der Unternehmensstiftung genommen werden.⁶⁸ Denn: Die Übertragung durch stiftungsrechtliche Vermögenswidmung galt schon bisher als anrechnungspflichtige Schenkung,⁶⁹ und –

66 So auch *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 7/142: Privatstiftung als Instrument der Vermögenserhaltung und Weitergabe innerhalb der Familie; *Klampfl*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach der Erbrechtsreform 2015, JEV 2015, 120; allgemein zu Familienstiftungen *Hof*, Stiftungen im deutschen Recht, in *Hopt/Reuter* (Hrsg), Stiftungsrecht in Europa 301, 333 ff.

67 *Kalss/Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 96 Rz 72.

68 Ähnlich *Klampfl*, JEV 2015, 120.

69 Vgl nur *Aichberger-Beig*, Erbrechtliche und pflichtteilsrechtliche Konsequenzen der vorweggenommenen Erbfolge, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge 60, 79 ff mwN.

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 „beschenken“ 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 Stamfassung 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 konzediert *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 (Hügel)* 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 Mauseffekt-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 Begünstigeneinflusses“ seien gerechtfertigt, weil „der Stifter ... Begünstigte in nachgeborenen Generationen ... auf ihre künftige Eignung auf Lenkung der Geschehnisse der Privatstiftung gar nicht beurteilen kann“. Dies ist ein Paradebeispiel dafür, wie in Österreich obrigkeitstaatliche 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*en 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 Familiengesellschaftern 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 Familiengesellschaftern 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 befürmächtigen Parteivertreter im Stiftungsvorstand forderte (vgl *Arnold*, PSG³ 739). Dem Vernehmen nach wurde dies – als allzu unverblümete 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 Kalls* (*Doralt/Kalls* in *Hopt/Reuter* [Hrsg], Stiftungsrecht in Europa 434) klar herausgearbeitet. Entgegen *Kodek* (FS 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 Zustimmungswerten – 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 Zurechnungsmittler 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 Pflichtteilsberechtigten 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 *Schwimmann*, ABGB³ § 785 Rz 4.

Vermögens,⁹³ Vorstandsfunktion oder Begünstigtenstellung des Stifters,⁹⁴ ein vorbehaltener Fruchtgenuss,⁹⁵ Einfluss auf die Bestellung von Begünstigten⁹⁶ sowie auch generell Einflussmöglichkeiten auf das Vermögen der Privatstiftung⁹⁷ als schädlich angesehen. Selbst faktische Einfluss- und Nutzungsmöglichkeiten sollten das Vermögensopfer ausschließen.⁹⁸ Dabei wurde die Nichterbringung des Vermögensopfers an unterschiedliche Kombinationen der Rechte und Einflussmöglichkeiten geknüpft.⁹⁹

Leider enthalten die neuen gesetzlichen Bestimmungen *keine Präzisierung des Vermögensopfers*.¹⁰⁰ Stattdessen wird im Gesetzestext lediglich – generalklauselartig offen – darauf abgestellt, dass die Schenkung „wirklich gemacht“ wird (§§ 782 Abs 1, 788 Satz 1 ABGB nF). Aufgrund des Einwands des Verfassers (Hügel) im Begutachtungsverfahren,¹⁰¹ dass die Definition des Vermögensopfers – angesichts der Vielfalt der insb im stiftungsrechtlichen Schrifttum vertretenen Meinungen – eine der wichtigsten, klärungsbedürftigen Fragen der Erbrechtsreform sei, enthalten die ErlRV¹⁰² – anders als noch die Erläuterungen zum Ministerialentwurf – eine Konkretisierung des Begriffs „wirklich gemacht“: Das Vermögensopfer sei etwa dann erbracht, wenn der Schenkungsvertrag *ohne Widerrufsvorbehalt* oder *Möglichkeit des Rückerwerbs* des Zuwendenden in Bezug auf die zugewendete Sache erfüllt worden ist. Und weiter: „Insbesondere ein Rück-schenkungsangebot des Geschenknehmers, der Widerruf der Privatstiftung, wenn der Stifter Letztbegünstigter ist, sowie andere Stifterrechte, die zum Rück-erwerb verwendet werden können, führen dazu, dass das Vermögensopfer noch nicht erbracht wurde. Durch ein bloßes Nutzungsrecht wird das Vermögensopfer aber regelmäßig nicht ausgeschlossen“.

Damit dürften die jüngsten Entscheidungen des OGH obsolet sein, die bei Vorbehalt eines Nutzungs- oder Fruchtgenussrechtes das Vermögensopfer vernei-

93 Umlauf, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht 180 f.

94 Grave in FS Jakobjevich (1996), Die Privatstiftung aus rechtlicher Sicht – ein Erfahrungsbericht 14 f; Pittl, Errichtung und Entstehung von Privatstiftungen, NZ 2000, 257.

95 Arnold, PSG³ Einl Rz 23b.

96 Arnold, PSG³ Einl Rz 23b.

97 Umlauf, Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen im Erb- und Pflichtteilsrecht 180 f.

98 Limberg, Privatstiftung und Erbrecht (2006) 35 f; Eccher in Schwimann, ABGB³ § 785 Rz 4.

99 Neben den zuvor genannten siehe etwa auch Nowotny, Fragen des neuen Privatstiftungsgesetzes, GesRZ 1994, 11; Briem in Bank Privat, Privatstiftungsgesetz, 16; ders, Aktuelle Judikatur zum Privatstiftungsgesetz, SWK 2002, W 166, 1412, 1420; Hochedlinger/Hasch, „Exekutionssichere“ Gestaltung von Stiftungserklärungen, RdW 2002, 194; Hochedlinger, 10 Jahre Privatstiftungsgesetz: Gelöste und ungelöste Fragen, GeS 2003, 472, 477; Torggler in Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe (Hrsg), Unternehmensnachfolge durch Erben und Vererben (1996) 106; Binder in Schwimann, ABGB³ §§ 951, 952 Rz 13.

100 Berechtigte Kritik bei Kletečka, Anrecht auf den Pflichtteil nach dem ErbRÄG 2015, in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht 89, 100 f; Rabl, NZ 2015, 341.

101 www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/index.shtml.

102 688 BlgNR 25. GP 34.

nen.¹⁰³ Nach neuem Recht muss der Vorbehalt der Erträge aufgrund eines Fruchtgenussrechtes ebenso irrelevant sein, wie ein Recht zur (physischen) Nutzung. Das Veräußerungs- und Belastungsverbot schränkt zwar die Verfügungsbefugnis des Geschenknehmers ein, führt aber nicht zu einem Rückerwerbsrecht des Geschenkgebers, sodass dieser das Vermögensopfer iSd ErlRV in Bezug auf die Zuwendung endgültig erbracht hat.

Spezifisch zu *Vermögenswidmungen an eine Privatstiftung* führen die ErlRV¹⁰⁴ in Übereinstimmung mit der vorgenannten OGH-Entscheidung aus:

...diese Frist (beginnt) nicht zu laufen, solange sich der Verstorbene als Stifter ein Widerrufsrecht oder sonstige umfassende Änderungen vorbehalten hat, weil in diesem Fall das Vermögensopfer noch nicht endgültig erbracht worden ist.¹⁰⁵

103 In OGH 11.9.2014, 2 Ob 39/14w, NZ 2015, 20 wird die Erbringung des Vermögensopfers verneint, weil sich der Geschenkgeber einen *Fruchtgenuss samt Veräußerungs- und Belastungsverbot* vorbehalten hatte, weshalb nach Ansicht des OGH der Lauf der Zwei-Jahres-Frist des § 785 Abs 3 ABGB aF nicht begonnen hatte. Nach OGH 6.8.2015, 2 Ob 125/15v, JBl 2015, 705, steht der *Vorbehalt aller Nutzungen* aus Anlass einer Spruchung der Erbringung des Vermögensopfers entgegen. Andernfalls bestünde ein Wertungswiderspruch zur Schenkung auf den Todesfall, bei welcher nach hA die geschenkte Sache unabhängig vom Zeitpunkt der Schenkung bei der Bemessung des Pflichtteils zu berücksichtigen sei. Demgegenüber spricht aufgrund des ErbRÄG 2015 das – überzeugende – Argument der Gleichbehandlung von Schenkung auf den Todesfall mit der Schenkung unter Nutzungs- oder Fruchtgenussvorbehalt nunmehr für die (sofortige) Erbringung des Vermögensopfers in beiden Fällen. Denn: In Abänderung der §§ 781, 782 idF RV hat der Justizausschuss die Schenkung auf den Todesfall als hinzu- und anrechnungspflichtige „Schenkungen unter Lebenden“ (so die nicht angepasste Überschrift) in § 781 Abs 1 ABGB nF eingeordnet und in § 780 Abs 1 ABGB nF gestrichen. Auch wenn dies nach den Ausführungen des Justizausschusses (718 BlgNR 25. GP) den Zweck hatte, der „Vertragstheorie“ zum Durchbruch zu verhelfen (so denn auch *Ferrari in Rabl/Zöchling-Jud* [Hrsg], Das neue Erbrecht 68 f), spricht die in § 781 ABGB nF zum Ausdruck kommende Gleichbehandlung von Schenkung unter Lebenden und Schenkung auf den Todesfall dafür, die Erbringung des Vermögensopfers nicht an der vorbehaltenen Nutzungsmöglichkeit scheitern zu lassen: Steht mit den ErlRV der vereinbarte Vorbehalt des Nutzungsrechtes bei der Schenkung unter Lebenden dem Fristbeginn nicht entgegen, muss Gleiches bei der Schenkung auf den Todesfall gelten, die dem Geschenkgeber schon nach der Art des Rechtsgeschäftes auf Lebenszeit alle Nutzungen und Früchte belässt. Wollte man die Schenkung auf den Todesfall anders behandeln, bestünde gerade der vom OGH zu Recht abgelehnte Wertungswiderspruch. Doch nicht nur die ErlRV und die Gleichstellung der beiden Schenkungsarten in § 781 ABGB nF sprechen für einen derartigen „Paradigmenwechsel“, sondern vor allem auch die offenkundige – aber bisher zu wenig beachtete – Tatsache, dass die Aufgabe der Veräußerungsmöglichkeit, also der Möglichkeit zur Realisierung und Vereinnahmung des vollen Verkehrswertes der geschenkten Sache, eine so einschneidende Disposition und aktuelle Vermögensminderung des Geschenkgebers darstellt, dass das „Vermögensopfer“ – bei wirtschaftlicher Betrachtung – nicht ernstlich verneint werden kann.

104 688 BlgNR 25. GP 34.

105 Der in den ErlRV in diesem Zusammenhang („Widerrufsrecht oder sonstige umfassende Änderungen“) erfolgende Hinweis auf die Ausführungen von „*Umlauf*“, Reform des Erbrechts 144“ ist unzutreffend, denn an der zitierten Stelle hält *Umlauf* – im Allgemeinen, also ohne Bezug auf Übertragungen an Privatstiftungen – ein Nutzungsrecht des Zuwendenden für schädlich. Bei der Übertragung von Vermögen auf eine Privatstiftung tritt *Umlauf* für eine unbefristete Herausgabepflicht „der Privatstiftung ein, wenn die zuwendende Person entweder Stifter ist oder zum Kreis der Begünstigten der Zuwendende oder wenigstens eine der abstrakt pflichtteilsberechtigten Personen des Zuwendenden gehört.“ Danach könnte der Stifter das Vermögensopfer niemals erbringen. Der Hinweis auf die Ausführungen *Umlaufs* stammt aus dem Ministerialentwurf, der allerdings noch die von *Umlauf* geforderte 10-Jahres-Frist für die Herausgabepflicht statuierte und in den Erläuterungen – abweichend von den ErlRV – der Empfehlung *Umlaufs* zum Vermögensopfer folgte (Erläuterungen zu § 781 ABGB im Ministerialentwurf S 31).

Die erhebliche Bedeutung des Regelungsgegenstandes hätte es zweifellos erfordert, eine gesetzliche Definition des Vermögensopfers zu geben. Immerhin sorgen die ErlRV für eine Reduktion der Rechtsunsicherheit.¹⁰⁶ In Übereinstimmung mit der vorgenannten OGH-Entscheidung darf dem Stifter, der das Vermögen gewidmet hat, kein Widerrufsrecht und auch kein „sonstiger umfassender Änderungsvorbehalt“ zustehen; da die ErlRV darauf abstellen, dass die Zuwendung „endgültig erbracht“ sein muss und folglich keine „Möglichkeit des Rückerwerbs“ bestehen darf, muss der Stifter zusätzlich von der Sachausschüttung („Zuwendung“) des betreffenden Vermögens ausgeschlossen sein. Ferner darf ihm kein Änderungsrecht zustehen, das die Rückübertragung des Vermögens oder die Wiedereinführung eines Sachausschüttungsrechts ermöglicht. Hingegen ist die Befugnis zur Änderung der Foundation Governance sowie der Begünstigten- und Ausschüttungsregelungen unschädlich.¹⁰⁷ Das Vermögensopfer erfordert auch nicht den generellen Ausschluss des Stifters als Begünstigter, da nach den ErlRV selbst ein Nutzungsrecht, daher wohl auch ein Fruchtgenussrecht und erst recht die Begünstigtenstellung unschädlich sind. Den ErlRV ist zu folgen: Die endgültige Übertragung des Eigentums und die damit verbundene Aufgabe der Möglichkeit, den Verkehrswert des Vermögens durch Veräußerung zu lukrieren, führen zu einer einschneidenden Reduktion der eigentümergehörigen Befugnisse und bewirken unmittelbar eine Reduktion des Vermögens des Stifters.¹⁰⁸ Darin hat ein bedeutender Teil des Schrifttums bereits bisher ein ausreichendes Vermögensopfer erblickt.¹⁰⁹

Führt der Wegfall der Hinzurechnungspflicht nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist zu keiner Benachteiligung einzelner Pflichtteilsberechtigter, etwa weil die Ausschüttungsregelung der Stiftungserklärung an der Gleichbehandlung orientiert ist, liegt auch keine Umgehung von Pflichtteilsrechten vor.¹¹⁰ Auch wenn keine

106 Nicht zu folgen ist der Meinung von *Klampf*, JEV 2015, 124, auch die Erläuterungen der Erbrechtsreform 2015 leisteten keinen Beitrag für die Präzisierung des Vermögensopfers. Angesichts der für Auslegung offenen Gesetzesbestimmung („wirklich gemacht“) sind die Ausführungen in den ErlRV zu berücksichtigen, da Gesetzesmaterialien als anerkanntes Auslegungsmittel gelten. Vgl nur *Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982) 449 ff.

107 Die Aufrechterhaltung der Befugnis zur Änderung der Stiftungsorganisation ist auch angesichts der zu sehr auf Rechtsfortbildung des Stiftungsrechts ausgerichteten OGH-Judikatur dringend zu empfehlen: Hätten die Stifter über keine Änderungsbefugnis verfügt, wären die Probleme aufgrund der dramatischen Eingriffe in die Stiftungsorganisationen durch die „Beiratsentscheidung“ (OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09h) und die im selben Jahr ergangene „Vorstands-Entscheidung“ (OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f) nicht zu bewältigen gewesen.

108 Ebenso *Klampf*, JEV 2015, 124 f, der – ohne eigene Stellungnahme – aber auch auf die OGH-Judikatur verweist, die den Vorbehalt eines Fruchtgenussrechts als schädlich einstuft.

109 So bereits *Schauer*, NZ 1993, 253 sowie JEV 2007, 90 ff; *Kletečka*, EF-Z 2012/2, 4; *V. Hügel*, Zfs 2008, 110; ebenso *Riedmann*, Privatstiftung und Schutz der Gläubiger des Stifters (2004) 37 f, der betont, dass die Einräumung eines Gebrauchs- oder Fruchtgenussrechtes nicht den Fristbeginn hinauschiebt, sondern bei der Bewertung der Zuwendung mindernd zu berücksichtigen ist. Nützlich ist auch ein Blick auf die „Parallelwertung“ des – wirtschaftliche Verhältnisse traditionell stark berücksichtigenden – Steuerrechts: Bloße Verwaltungs- und Nutzungsrechte, wie etwa ein Fruchtgenuss, begründen idR kein wirtschaftliches Eigentum des Berechtigten. Abweichendes gilt, wenn etwa ein Pächter den Gegenstand bis zur Substanzer schöpfung nutzen kann. Nachweise bei *Ritz*, BAO⁵ § 24 Rz 9. Umgekehrt führt der Vorbehalt von Nutzungsrechten durch den Geschenkgeber nicht dazu, dass der Geschenkgeber unverändert wirtschaftlicher Eigentümer ist.

110 Im Einzelnen *V. Hügel*, Zfs 2008, 111 ff.

Gleichbehandlung erfolgt, sollten Differenzierungen unschädlich sein, solange die für Ausschüttungen maßgebliche Begünstigungsquote eines Pflichtteilsberechtigten nicht niedriger ist als seine Pflichtteilsquote.

Dennoch ist der Verzicht auf jegliche Widerrufsmöglichkeit angesichts der Tendenz des österreichischen Gesetzgebers, den Status der Stiftungen in steuerlicher Hinsicht zu verschlechtern – man denke etwa an die von ÖGB und SPÖ geforderte Erbersatzsteuer auf Stiftungsvermögen – wenig attraktiv. Auch unabhängig davon werden Stifter häufig zögern, auf jeglichen Rückerwerb des Stiftungsvermögens zu verzichten. Manchmal wird die Entscheidung zum Widerrufsverzicht indessen durch die dramatischen Steuerrechtsfolgen der Rückübertragung „erleichtert“, denn im Rahmen des bekannten „Mausefallen-Effekts“ führt die Rückübertragung vielfach zur Besteuerung selbst der eingebrachten stillen Reserven.¹¹¹

Schreckt der Stifter vor dem Widerrufsverzicht zurück, wird oft überlegt, die Pflichtteilsproblematik durch die Einräumung von Begünstigtenstellungen an die Pflichtteilsberechtigten – zwecks Erfüllung der pflichtteilsrechtlichen Wertansprüche – zu lösen. Darauf ist nunmehr einzugehen.

C. Pflichtteilsdeckung durch Einräumung einer Begünstigtenstellung

1. Schrifttum zum alten Erbrecht

Nach mehreren Literaturmeinungen,¹¹² denen – soweit ersichtlich – bisher nicht widersprochen wurde, die aber noch nicht Gegenstand einer OGH-Entscheidung waren, können Pflichtteilsansprüche durch die *Einräumung einer Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung* gedeckt werden. Im Einzelnen hat dies zur Voraussetzung:

- Die *Auswahl des Begünstigten* muss auf den Erblasser zurückgehen. Dies ist der Fall, wenn der Pflichtteilsberechtigte entweder durch den Erblasser als Stifter in der Stiftungserklärung oder durch den Erblasser als „Stelle“ iSd § 9 Abs 1 Z 3 PSG zum Begünstigten bestellt wird. Hat zunächst der Stifter als Begünstigter fungiert, ist die Voraussetzung auch bei Vererbung der Begünstigtenstellung oder Übertragung unter Lebenden erfüllt.¹¹³
- Ferner nennt das Schrifttum als weitere Voraussetzung der Pflichtteilsdeckung, dass dem Begünstigten „*klagbare Ansprüche*“ auf Zuwendungen der Stiftung („Stiftungsausschüttungen“) zustehen müssen.¹¹⁴

111 Zum „Mausefallen-Effekt“ vgl *Arnold/Ludwig*, Stiftungshandbuch² (2014) Rz 13/18, 13/40, 13/57, 15/18 f und 15/27.

112 Grundlegend *Schauer*, Privatstiftung und Erbrecht, in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang* (Hrsg), Privatstiftungen – Gestaltungsmöglichkeiten in der Praxis (2000) 15, 31 ff; eingehend *B. Jud*, Privatstiftung und Pflichtteilsdeckung, in FS *Welser* (2004) 369; *Giller*, in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer* (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge 556 ff.

113 *B. Jud*, aaO 372; *Giller*, aaO 558.

114 So bereits *Schauer*, aaO 34; *B. Jud*, aaO 380 f; *Giller*, aaO 558 f.

Das oben genannte „Zurechnungskriterium“ soll das stiftungsspezifische Problem bewältigen, dass – anders als bei gewöhnlichen pflichtteilsdeckenden Zuwendungen – oft keine (direkte) Zuwendung des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten vorliegt.¹¹⁵ Als Pflichtteilsdeckung soll vielmehr eine mittelbare Zuwendung – über den „Umweg“ der Stiftung – fungieren. Dazu sind jedenfalls bei der Stiftungsgründung¹¹⁶ zwei Rechtsakte erforderlich: einerseits die meist im Rahmen der Gründung erfolgende Vermögenswidmung des Erblasser/Stifters an die Stiftung und andererseits die Einräumung einer (werthaltigen) Begünstigtenstellung. Es liegt auf der Hand, dass nicht jeder dieser Vorgänge (zur Gänze) der Hinzu- und Anrechnung unterliegen kann, denn in den meisten Fällen leistet die Stiftung Ausschüttungen an die Begünstigten gerade aus dem ihr zugewendeten Vermögen. Der Wert der Begünstigtenstellung, der durch die zu erwartenden Ausschüttungen bestimmt wird (dazu unten 2.b.), reflektiert somit den Wert des gestifteten Vermögens. Der (ungerechtfertigten) „doppelten Anrechnung“ ist nach *B. Jud*¹¹⁷ wie folgt vorzubeugen: Sowohl in der Vermögenszuwendung des Erblasser/Stifters an die Stiftung als auch in der Ausschüttung der Stiftung an den Begünstigten liege jeweils eine Zuwendung des Erblassers. Zwecks Vermeidung der doppelten Anrechnung sei der Wert der Ausschüttung vom Wert der Vermögenszuwendung an die Stiftung abzuziehen.¹¹⁸

Das ErbRÄG 2015 hat der pflichtteilsrechtlichen Einordnung der Zuwendungen in Wege einer Stiftung das geschilderte Konzept *B. Juds* zugrunde gelegt.¹¹⁹

2. Rechtslage aufgrund des ErbRÄG 2015

a) Hinzu- und anrechnungspflichtige Zuwendungen bei Stiftungen

Auf den ersten Blick berücksichtigt das ErbRÄG 2015 Zuwendungen an und von Stiftungen in einer verwirrend vielfältigen Weise: Zunächst gilt als anrechnungspflichtige Zuwendung auf den Todesfall „alles, was der Pflichtteilsberechtigte ... nach dem Erbfall *als Begünstigter einer vom Verstorbenen errichteten Privatstiftung* oder vergleichbaren Vermögensmasse *erhält*“ (§ 780 Abs 1 ABGB nF). Zusätzlich zählt zu den hinzurechnungspflichtigen „Schenkungen unter Lebenden“

115 Anders ist dies im Falle der rechtsmissbräuchlichen „Zwischenschaltung“ einer Stiftung, etwa zwecks Inanspruchnahme der Zwei-Jahres-Frist des § 785 Abs 3 Satz 2 ABGB aF. Dazu OGH 19.12.2002, 6 Ob 290/02v; *Verena Hügel*, Stiftungsgestaltungen und Umgehung des Pflichtteilsrechts, *ZfS* 2008, 108; *B. Jud*, aaO 376 f; *Arnold*, PSG³ Einl Rz 23. Vgl auch *Schauer* in diesem Band 200 f. Er nimmt eine Schenkung des Stifters (und keine Zuwendungen über den „Umweg“ der Stiftung) an, wenn die Stiftung benutzt wird, um Vermögen durch sie „hindurchzuschleusen“, ferner aber auch bei Stiftungsausschüttungen in den letzten zwei Jahren vor dem Tod des Stifters, der das Vermögensopfer noch nicht erbracht hat.

116 Anders bei der Übertragung oder Vererbung einer bestehenden Begünstigtenstellung durch den bisherigen Begünstigten an den Pflichtteilsberechtigten. Dazu weiter unten im Text.

117 AaO 377.

118 *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 2015, bejahen (S 121) die Berücksichtigung des Wertüberschusses (siehe im Text) auch für das neue Recht.

119 688 BlgNR 25. GP 33.

die Vermögenswidmung an eine Privatstiftung¹²⁰ (§ 781 Abs 2 Z 4 ABGB nF); diese ist nur hinzu-, nicht aber anrechnungspflichtig, denn Letzteres setzt die Pflichtteilsberechtigung des Zuwendungsempfängers voraus (§ 781 Abs 1 ABGB nF). Als weiterer Fall einer „Schenkung unter Lebenden“ ist schließlich die „*Einräumung der Stellung als Begünstigter einer Privatstiftung*“ nicht nur hinzu-, sondern auch anrechnungspflichtig, dies aber nur „soweit ihr (der Privatstiftung) der Verstorbene sein Vermögen gewidmet hat“ (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB nF). Dazu bemerken die ErlRV¹²¹ unter Berufung auf *B. Jud.*:

Eine doppelte Berücksichtigung, einerseits als Schenkung an die Privatstiftung und andererseits als Einräumung der Begünstigtenstellung, die auch den Wert bisheriger und künftig zu erwartender Ausschüttungen an den Begünstigten umfasst, scheidet aber aus.

Daraus folgt:

- Widmet der Stifter der Stiftung seine Unternehmensanteile und setzt er Pflichtteilsberechtigte als Begünstigte ein, ist iaR nur der Wert der Vermögenswidmung dem Nachlasswert hinzuzurechnen (§ 781 Abs 2 Z 4 ABGB nF), nicht hingegen der Wert der Begünstigtenstellung, denn dieser ist nach den zu erwartenden Stiftungsausschüttungen zu bestimmen (dazu d)), die aus dem gewidmeten Vermögen (Unternehmen) stammen.¹²² Die von *B. Jud.* geforderte, zusätzliche Hinzurechnung eines übersteigenden Werts der Begünstigtenstellung (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB nF) wird nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen, nämlich dann, wenn das Stiftungsvermögen nicht vom Erblasser/Stifter stammendes, zusätzliches Vermögen besitzt. IdR wird hingegen der Wert der Vermögenswidmung höher sein als jener der Begünstigtenstellung(en).
- Das Problem der doppelten Hinzurechnung stellt sich nur dann, wenn die Frist des § 782 Abs 1 ABGB nF hinsichtlich der Vermögenswidmung nicht abgelaufen ist. Anders gewendet: Hat der Erblasser/Stifter mehr als zwei Jahre vor seinem Tod die Vermögenswidmung vorgenommen und das Vermögensopfer erbracht, scheidet die Hinzurechnung der Vermögenswidmung bereits an § 782 Abs 1 ABGB nF.¹²³ Da keine Doppelberücksichtigung desselben Ver-

120 Der Ministerialentwurf verwendete nicht den (engen) Terminus der „Privatstiftung“, sondern erfasste jede „Vermögenswidmung an eine Stiftung oder eine vergleichbare Vermögensmasse“. Angesichts der Erwähnung der „vergleichbaren Vermögensmasse“ in § 780 Abs 1 ABGB nF und der Aufangklausele des § 781 Abs 2 Z 5 ABGB nF sollten die stiftungsspezifischen Regelungen (§§ 780 Abs 1, 781 Abs 2 Z 4 und Z 5 ABGB nF) entsprechend für ausländische Stiftungen und Trusts gelten.

121 688 BlgNR 25. GP 33.

122 Die Problematik der doppelten Berücksichtigung stellt sich nur bei der – im Text behandelten – *Hinzurechnung*. Zur *Anrechnung* kann es hingegen nur aufgrund der Einräumung der Begünstigtenstellung (oder aufgrund von Stiftungsausschüttungen) kommen, nicht hingegen aufgrund der Vermögenswidmung, denn diese erfolgt an die nicht pflichtteilsberechtigende Stiftung (vgl die in § 781 Abs 1 ABGB nF angesprochene Differenzierung zwischen Hinzurechnung und Anrechnung: „... sind der Verlassenschaft nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen hinzuzurechnen und auf einen allfälligen Geldpflichtteil des Geschenknehmers anzurechnen“). Ebenso *Klampfl*, JEV 2015, 124.

123 Ebenso *Schauer*, in diesem Band 201 f.

mögens droht, ist die Einräumung der Begünstigtenstellung gem § 781 Abs 2 Z 5 ABGB nF hinzuzurechnen.¹²⁴ Wird die Begünstigtenstellung – wie gewöhnlich – einem Pflichtteilsberechtigten eingeräumt, kommt es unabhängig vom Zeitraum zwischen Einräumung und Tod des Erblassers/Stifters zur Hinzurechnung. Zusätzlich ist dieser Wert auf den (durch die Hinzurechnung erhöhten) Wertanspruch des Begünstigten anzurechnen.

- Fraglich ist, in welchen Fällen der Wert von Stiftungsausschüttungen anzurechnen ist (arg § 780 Abs 1 ABGB nF: „Alles, was der Pflichtteilsberechtigte ... nach dem Erbfall als Begünstigter einer ... Privatstiftung ... erhält“). IdR ist dieser Wert in jenem der Begünstigtenstellung enthalten (dazu vgl unten d.), sodass die Anrechnung der Ausschüttungen am Verbot der Doppelberücksichtigung scheitert.¹²⁵ Die Anrechnung kommt aber dann in Betracht, wenn der Erblasser die Ausschüttung an einen Pflichtteilsberechtigten ohne dessen vorangehende Bestimmung als Begünstigter veranlasst.¹²⁶ Ist der Ausschüttung allerdings eine mangels Fristablaufs hinzurechnungspflichtige Vermögenswidmung des Erblassers vorausgegangen, würde die zusätzliche Hinzurechnung des Ausschüttungswertes wiederum gegen das Verbot der Doppelberücksichtigung verstoßen.
- Hinzu- und anrechnungspflichtig können hingegen Ausschüttungen der Privatstiftung sein, die vor dem Tod des Erblassers/Stifters erfolgten.¹²⁷ Ist freilich eine mangels Fristablaufs (§ 781 Abs 1 ABGB nF) hinzurechnungspflichtige Vermögenswidmung an die Stiftung erfolgt, ist nur deren Wert, nicht jener der Ausschüttungen hinzuzurechnen. Die Anrechnung der Ausschüttungen wird hingegen durch die vorangegangene Vermögenswidmung nicht berührt.

b) Keine klagbaren Ausschüttungsansprüche erforderlich

In einem anderen Punkt folgen die ErlRV – zu Recht – nicht der bisher herrschenden Ansicht. Zu berücksichtigen¹²⁸ seien

124 So auch *Barth/Pesendorfer*, Erbrechtsreform 121, die offenkundig aber nur die (in der Praxis häufigste) Einräumung einer Begünstigtenstellung an einen Pflichtteilsberechtigten im Blick haben. Anderenfalls scheidet Hinzu- und Anrechnung nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist des § 782 Abs 1 ABGB nF aus. Vgl auch *Schauer* in diesem Band 201 f.

125 Die ErlRV 688 BlgNR 25. GP 33 haben auch dieses Problem erkannt: „... Einräumung der Begünstigtenstellung, die auch den Wert bisheriger und künftig zu erwartender Ausschüttungen an den Begünstigten umfasst“.

126 § 782 Abs 1 ABGB nF.

127 So *Schauer* in diesem Band 206. Ausschüttungen *nach dem Tod* können hingegen nicht – in Höhe der zufließenden Beträge – berücksichtigt werden, denn die Pflichtteilsbemessungsgrundlage muss zum Todeszeitpunkt ermittelt werden. Auf spätere Entwicklungen kann nicht Bedacht genommen werden. So überzeugend *Schauer*, aaO 205.

128 Die ErlRV 688 BlgNR 25. GP 33 erwähnen in diesem Zusammenhang nur die Hinzurechnung: „Hinzuzurechnen sind ... nicht nur klagbare Ansprüche, sondern ...“ Indessen muss Gleiches auch für die Anrechnung gelten, weshalb im Text von „Berücksichtigung“ die Rede ist. Kommt es aufgrund von Ausschüttungen oder durch die Einräumung einer Begünstigtenstellung an einen Pflichtteilsberechtigten im Wege der Hinzurechnung zur Erhöhung der Bemessungsgrundlage, muss sich der betreffende begünstigte Pflichtteilsberechtigte naturgemäß denselben Wert anrechnen lassen. Zutreffend werden denn auch in § 781 ABGB hinzu- und anrechnungspflichtige Zuwendungen gleich (parallel) geregelt, und in den ErlRV 688 BlgNR 25. GP 33 betont, dass „jede im zweipersonalen Verhältnis anzurechnende Schenkung (... an einen Pflichtteilsberechtigten) ... davor immer auch hinzuzurechnen (ist)“.

nicht nur klagbare Ansprüche ..., sondern auch solche, bei denen nur die Modalitäten der Ausschüttung im Ermessen des Vorstands stehen. Die Pflichtteilsdeckung durch Einräumung einer Begünstigtenstellung ist von deren Bewertung abhängig. Dabei ist insb zu berücksichtigen, ob dem Begünstigten Einfluss auf die Stiftungsorgane (etwa durch Bestellungs- und Abberufungskompetenzen) und Ausschüttungsentscheidungen zukommt, welche Erträge zu erwarten sind und welchen Einfluss der Begünstigte auf die Ausschüttungen hat.

Diese Passage in den ErlRV bewirkt, soweit es um die Bewertung und folglich auch die Eignung als Pflichtteilsdeckung geht, eine Annäherung, möglicherweise sogar *Gleichstellung der Begünstigtenstellung mit Gesellschaftsanteilen*. Nicht selten können auch Minderheitsgesellschafter ihren Anteil – wie der Begünstigte seine stiftungsrechtliche Position – nicht ohne weiteres übertragen und auch keine Ausschüttungen erzwingen. Wie bereits oben ausgeführt, kann ein Gesellschafter – von den Sonderfällen der Allein- oder Mehrheitsgesellschafterstellung abgesehen – die Ausschüttungsentscheidung idR nicht allein treffen. Wendet der Erblasser einem Pflichtteilsberechtigten nicht einen Gesellschaftsanteil, sondern die Begünstigtenstellung in einer Stiftung zu, an welche er den Gesellschaftsanteil übertragen hat, bewirkt dies oft, nämlich je nach Ausgestaltung der Ausschüttungsregelungen in der Stiftungserklärung, keine Schlechterstellung. Anhand eines Beispiels: Vererbt der Alleingesellschafter einer GmbH seinen drei Nachkommen Geschäftsanteile, die jeweils ein Drittel des Stammkapitals repräsentieren, ist keiner dieser Nachkommen in der Lage, allein eine Ausschüttung durchzusetzen.¹²⁹ Gleiches gilt bei der Vererbung einer Aktienbeteiligung: In der AG können Vorstand und Aufsichtsrat sogar gegen den Widerstand der Aktionärsmehrheit den gesamten Jahresgewinn in Gewinnrücklagen einstellen. Selbst wenn der vom Vorstand der AG aufgestellte (§ 222 Abs 1 UGB) und vom Aufsichtsrat gebilligte Jahresabschluss (§ 96 Abs 4 AktG) einen Bilanzgewinn ausweist, kann dieser aufgrund der standardmäßig in den AG-Satzungen enthaltenen Ermächtigung iSv § 104 Abs 4 AktG durch Mehrheitsbeschluss in Gewinnrücklagen eingestellt oder auf neue Rechnung vorgetragen werden. Auch hier hat der Minderheitsaktionär somit keinen „klagbaren Anspruch“ auf Ausschüttungen. Faktisch können die Aktionäre – und zwar nur die Aktionärsmehrheit – bloß über ihre Bestellungs- und Abberufungskompetenzen Einfluss auf die Ausschüttungsentscheidungen der Organe nehmen.

Das Fehlen „klagbarer Ansprüche“ gegen die Stiftung wird von den ErlRV somit zutreffend nicht als Voraussetzung der Pflichtteilsdeckung eingeordnet. Selbst wenn die Stiftungserklärung weder zwingende noch „Sollvorgaben“ zur Bemessung der Ausschüttungen enthält, ist die Eignung als Pflichtteilsdeckung nicht notwendig ausgeschlossen. Zunächst könnte die Stiftungserklärung den Begüns-

129 Unterstellt wird der Regelfall, dass die Gesellschaftermehrheit aufgrund einer Satzungsermächtigung iSd § 35 Abs 1 Z 1 GmbH über die Ausschüttung entscheidet. Dass die Geschäftsanteile gleichwohl werthaltig und folglich als Pflichtteilsdeckung geeignet sind, scheidet nicht am Fehlen eines „klagbaren Anspruchs“ auf Gewinnausschüttungen.

tigten direkten Einfluss auf die Ausschüttungen einräumen.¹³⁰ Ähnlich wie bei einer AG reicht – in Übereinstimmung mit den ErlRV – weiters auch der mittelbare Einfluss der Begünstigten, wenn die Begünstigten – etwa auch im Wege von ihnen zu nominierender Mitglieder des Stiftungsbeirats – die Bestellung und Abberufung der für die Ausschüttungsentscheidung zuständigen Vorstandsmitglieder beeinflussen können. Auf die Berücksichtigung des Einflusses der Begünstigten auf die Stiftungsausschüttungen bei der Bewertung der Begünstigtenstellung wird noch weiter unten (d.) eingegangen.

c) Vermögenswidmung/Einräumung der Begünstigtenstellung durch den Stifter

Wie oben (a.) erwähnt, setzt die Pflichtteilsdeckung nach dem Schrifttum zum alten Erbrecht voraus, dass die *Begünstigtenstellung* (unmittelbar oder mittelbar) *durch den Erblasser eingeräumt* wird. Dieses Erfordernis findet sich weder im neuen Gesetzestext noch in den ErlRV.

Allerdings ist die Hinzu- und Anrechnung der Einräumung einer Begünstigtenstellung nach § 781 Abs 2 Z 5 ABGB nF davon abhängig, dass der Verstorbene der Privatstiftung „*sein Vermögen gewidmet hat*“. Demgegenüber statuiert § 780 Abs 1 ABGB nF als Voraussetzung der Anrechnung einer Stiftungszuwendung, dass die Privatstiftung „*vom Verstorbenen errichtet*“ wurde. Unterstellt man, dass das Gesetz die Vermögenswidmung als (notwendigen) Bestandteil der hier angesprochenen „Errichtung“ ansieht, scheint es beiden Regelungen darum zu gehen, nur solche Zuwendungen zu erfassen, die letztlich – über den Umweg der Stiftung – aus dem Vermögen des Erblassers an den Pflichtteilsberechtigten gelangen.

Doch nähere Betrachtung zeigt, dass dieses Kriterium im Kontext der Hinzurechnung Selbstverständliches anordnet, als Voraussetzung der Anrechnung aber sachwidrig ist:

Bei Ermittlung der Pflichtteilsbemessungsgrundlage nach einem Erblasser können nur Vermögenswidmungen gerade dieses Erblassers dem Nachlasswert *hinzugerechnet* werden, nicht aber anderes Stiftungsvermögen, etwa solches, das von anderen Mitstiftern stammt; Schenkungen Dritter sind selbstverständlich nicht hinzurechnungspflichtig.

Bei *Anrechnung* des Werts der Begünstigtenstellung kommt es schließlich nur darauf an, wie hoch die voraussichtlichen, zu kapitalisierenden Ausschüttungen sein werden (zu Einzelheiten der Bewertung vgl unten V, insb V.C.). Allein dies bestimmt Werthaltigkeit und folglich Höhe der Pflichtteilsdeckung. Haben etwa Brüder ihre (durchaus unterschiedlich wertvollen) Beteiligungen auf eine Stiftung übertragen und ihre Nachkommen dennoch zu gleichen Quoten als Begünstigten

¹³⁰ Zur stiftungsrechtlichen Zulässigkeit vgl *Schauer* in diesem Band 204 f; weiters *Arnold*, PSG³ § 5 Rz 45 – jeweils mwN.

tigte eingesetzt, sind die zu erwartenden Ausschüttungen nicht anteilmäßig – im Ausmaß der Vermögenswidmung des jeweiligen Onkels – zu kürzen. Erst recht ist das Kriterium der „Herkunft des Vermögens“ sinnwidrig, wenn eine bereits existierende Begünstigtenstellung vererbt oder unter Lebenden übertragen wird. Andernfalls wäre nur die konstitutive Einräumung der Begünstigtenstellung durch den Stifter pflichtteilsdeckend, nicht aber die spätere Weitervererbung oder -übertragung durch den Erstbegünstigten an den Zweitbegünstigten.

In Wahrheit beinhalten die Erfordernisse der „Stiftungserrichtung“ (§ 780 Abs 1 ABGB nF) und der „Vermögenswidmung“ durch den Erblasser (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB nF) bloß eine *Beschreibung* des Normalfalls der Stiftungsgründung; Abgrenzungsfunktion kommt ihnen hingegen nicht zu. Insb ersetzen diese „Kriterien“ nicht das bereits bisher anerkannte Erfordernis, dass die Zuwendung der Stiftung oder der Erwerb der Begünstigtenstellung (durch konstitutive Einräumung oder Übertragung/Vererbung einer existierenden Begünstigtenstellung) von jenem Verstorbenen, nach welchem der Begünstigte pflichtteilsberechtigt ist, stammen muss.

d) Fallbeispiel 1: Gleichbehandlung der Kinder als Begünstigte der Stiftung

Der Erblasser überträgt eine 100%ige Beteiligung an einer GmbH durch unentgeltliche Zuwendung an eine Stiftung. Über weiteres Vermögen verfügt die Stiftung nicht. Der Erblasser/Stifter sorgt durch Regelung in der Stiftungserklärung oder auf andere, ihm zuzurechnende Weise dafür, dass seine beiden Kinder zu je 50 % als Begünstigte der Privatstiftung eingesetzt werden.

Ist seit der Vermögenswidmung und dem Vermögensopfer die Zwei-Jahres-Frist des § 782 Abs 1 ABGB nF noch nicht abgelaufen, ist der Wert der Vermögenswidmung dem Nachlasswert hinzuzurechnen. Neben dem Fall, dass der Stifter das Vermögensopfer zwar erbracht hat, den Ablauf der Frist aber nicht „überlebt“, wird die hier behandelte Konstellation (kein Fristablauf) vor allem in den häufigen Fällen gegeben sein, in denen der Stifter insb die Aufgabe des Widerrufsrechts gescheut und das Vermögensopfer daher bis zum Tod nicht erbracht hat (oben B.2.b und D.2). Geht man aus Gründen der Einfachheit davon aus, dass kein oder nur ein geringfügiger Nachlass vorliegt, ergibt sich die Bemessungsgrundlage (fast) ausschließlich aus dem hinzuzurechnenden Beteiligungswert. Beträgt dieser 10 Mio, hat jedes Kind einen pflichtteilsrechtlichen Wertanspruch von 2,5 Mio.

Auf den so ermittelten Wertanspruch ist gem § 781 Abs 2 Z 5 ABGB nF der Wert der Begünstigtenstellung anzurechnen. Kann die Begünstigtenstellung nicht übertragen werden, wurde der Begünstigte also *auf Lebenszeit bestellt*, sind die voraussichtlich während der Lebensdauer zufließenden Ausschüttungen zu kapitalisieren. Der Barwert bestimmt die Pflichtteilsdeckung. Bei fortgeschrittenem Lebensalter des Begünstigten wird oft eine Wertlücke auftreten. Im Beispiel wäre dies der Fall, wenn der Barwert der Begünstigtenstellung weniger als 2,5 Mio beträgt. Da

die Wertlücke beide Kinder, die die einzigen Erben sind, in gleicher Höhe trifft, kommt lediglich eine Haftung der Privatstiftung gem §§ 789 ff ABGB in Betracht.

Entsprechend dem Verbot der Doppelberücksichtigung wäre es indessen unzulässig, dem Nachlasswert nicht nur den Wert der Vermögenswidmung von 10 Mio, sondern auch den Wert der beiden Begünstigtenstellungen von (angenommen) jeweils 2 Mio hinzuzurechnen, weil sich dann eine Bemessungsgrundlage von 14 Mio ergäbe. Ein derartiges Vermögen existierte auch beim Unterbleiben der Stiftungsgründung nicht im Nachlass des Erblassers.

Zu keiner Pflichtteilsverletzung wird es iaR kommen, wenn eine (zumindest auf die Nachkommen) *übertragbare (und vererbare) Begünstigtenstellung* eingeräumt wird.¹³¹ Dann beschränkt sich die Pflichtteilsdeckung nicht auf den Barwert der dem Begünstigten während seiner Lebenszeit voraussichtlich zufließenden Stiftungsausschüttungen. Betrachtet man den Beispielsfall, in welchem der Erblasser, anstatt Geschäftsanteile zu vererben, den Pflichtteilsberechtigten Begünstigtenstellungen in einer Stiftung, an welche er zuvor die Geschäftsanteile übertragen hat, somit an einer Holding-Stiftung, einräumt, wird deutlich, dass die Begünstigtenstellungen nach denselben Grundsätzen wie die von der Stiftung gehaltenen Beteiligungen zu bewerten sind. Denn das Stiftungsvermögen besteht ausschließlich aus den Beteiligungen und ist – jedenfalls vorbehaltlich besonderer Bewertungsabschläge – so viel wert wie die Beteiligungen. So wie der Wert des Gesellschaftsvermögens den Wert der Geschäftsanteile bestimmt, ist auch der Wert der Begünstigtenstellungen ein „Reflex“ des Werts des Stiftungsvermögens.

Bei der Bewertung werden Richter und Sachverständiger entsprechend den ErlRV allerdings den Einfluss der Begünstigten auf die Ausschüttungsentscheidung zu berücksichtigen haben. Ist dieser Einfluss gegenüber den entsprechenden Herrschaftsrechten aufgrund der Geschäftsanteile reduziert, kann dies zu einem Abschlag vom Wert der Geschäftsanteile führen. Entsprechend den Grundsätzen der Unternehmensbewertung ist eine Prognose der zu erwartenden Überschüsse und Ausschüttungen anzustellen (dazu unten V.A. und D.).

Ein Bewertungsabschlag kommt auch in Betracht, wenn die Begünstigtenstellung – im Vergleich zu den Geschäftsanteilen – in geringerem Maße übertragbar ist.¹³² Können die Anteile – wie häufig bei Familiengesellschaften – nur auf Nachkommen übertragen werden, wird es empfehlenswert sein, die Übertragbarkeit der Begünstigtenstellungen in gleicher Weise zu regeln; dann dürfte die Übertragungsbeschränkung bei Bewertung der Begünstigtenstellungen zu keinem Abschlag vom Anteilswert führen. Werden die Pflichtteilsberechtigten bei Bemessung

131 Bis zum Auslaufen der Erbschafts- und Schenkungssteuer wurde dies angesichts der drohenden Steuerpflicht bei Vererbung oder Einräumung unter Lebenden in der Gestaltungspraxis meist vermieden. Zutreffend B. *Jud* in FS Welser 382.

132 Nach den ErlRV 688 BlgNR 25. GP 32 soll die eingeschränkte Verfügbar- oder Verwertbarkeit im Rahmen der Bewertung berücksichtigt werden.

der Begünstigungsquoten gleich behandelt,¹³³ wird der Wert der Begünstigtenstellungen zumindest im Ausgangspunkt oft jenem der „repräsentierten“ Beteiligungen entsprechen und folglich nur selten eine Pflichtteilsverletzung vorliegen.

Wie am Beginn des Fallbeispiels 1 angemerkt, hängt die vorstehende Beurteilung davon ab, dass die Vermögenswidmung an die Stiftung mangels Fristablaufs hinzurechnungspflichtig ist. Liegt die Vermögenswidmung samt Vermögensopfer hingegen beim Tod des Erblassers/Stifters mehr als zwei Jahre zurück, ist sie dem Nachlasswert nicht hinzuzurechnen. Da die Doppelberücksichtigung desselben Vermögenswerts nicht in Betracht kommt, sind hier die *ingeräumten Begünstigtenstellungen* dem Nachlasswert *hinzuzurechnen* und auf die Pflichtteilsansprüche der Begünstigten *anzurechnen* (§ 781 Abs 2 Z 5 ABGB nF).

e) Fallbeispiel 2: Ungleichbehandlung der Kinder

Wird das Fallbeispiel 1 dahingehend modifiziert, dass der Erblasser/Stifter eines seiner beiden Kinder zum Alleinbegünstigten bestellt und das andere Kind leer ausgeht, ändert sich zunächst nichts am Hinzurechnungsvorgang: Ist die Frist nach § 782 Abs 1 ABGB nF noch nicht abgelaufen, wird der Nachlasswert im Wege der Hinzurechnung um den Wert der Vermögensstiftung von 10 Mio erhöht. Aufgrund des Verbots der doppelten Berücksichtigung ist der Wert der Begünstigtenstellung nicht zusätzlich hinzuzurechnen. Erhält das übergangene Kind keine Zuwendungen iSv §§ 780, 781 ABGB nF, hat es einen Geldpflichtteilsanspruch in Höhe eines Viertels der Bemessungsgrundlage, somit der Summe aus Nachlasswert und Wert der Vermögenswidmung. Der Anspruch richtet sich gegen den Nachlass und die Erben (§ 764 ABGB nF) und uU gegen die Stiftung (§§ 789 ff ABGB nF). Dies gleicht der Situation bei Vererbung des ganzen Geschäftsanteils an das andere Kind.

Ist die Zwei-Jahres-Frist abgelaufen, wird die Vermögenswidmung nicht hinzugerechnet. Stattdessen kommt es zur Hinzurechnung des Werts der Begünstigtenstellung von 10 Mio zum Nachlasswert. Davon steht dem übergangenen Kind ein Geldpflichtteil in Höhe von einem Viertel zu.

f) Fallbeispiel 3: Umgehung des Pflichtteilsrechts mittels Stiftungen

Unter Hinweis auf OGH 23.8.2001, 6 Ob 180/01s¹³⁴ sowie die Ausführungen von V. Hügel¹³⁵, in denen die E des OGH 19.12.2002, 6 Ob 290/02v, analysiert wurde, halten die ErlRV¹³⁶ fest:

133 Dies setzt voraus, dass sie den Erbquoten entsprechen. Relevant ist dies beim Vorversterben direkter Nachkommen.

134 Der OGH referiert (ohne eigene Stellungnahme) die Ausführungen Schauers zur „Zwischenschaltung einer Stiftung“ als Rechtsformmissbrauch mit der Folge der analogen Anwendung des § 785 ABGB. Die Entscheidung betrifft aber nicht einen Pflichtteilsanspruch, sondern einen Ausstattungsanspruch nach § 1231 ABGB. Im Ergebnis lehnte der OGH die Berücksichtigung einer Vermögensminderung durch Übertragung von Vermögen auf eine Stiftung im Zusammenhang mit der Bemessung des Ausstattungsanspruches ab.

135 Stiftungsgestaltungen und Umgehung des Pflichtteilsrechts, ZfS 2008, 108.

136 688 BlgNR 25. GP 34.

Ausschüttungen können dann unbefristet anrechnungspflichtig sein, wenn die Ausschüttung der Umgehung des Pflichtteilsrechts dient, weil die Stiftung nur zwischen dem Geschenkgeber und dem Pflichtteilsberechtigten zwischengeschaltet wird, um die kurze Frist auszunützen, wodurch Ansprüche anderer Pflichtteilsberechtigter beschränkt würden.

Allerdings führt die umfassende Einbeziehung stiftungsrechtlicher Vorgänge in die Hinzurechnungs- und Anrechnungspflicht dazu, dass eine bloße „Zwischenschaltung“ der Stiftung zwecks Inanspruchnahme der Frist des § 782 Abs 2 ABGB nF bereits durch die neuen Regelungen der §§ 780, 781 ABGB einer sachgerechten Lösung zugeführt wird, sodass der Rückgriff auf die Grundsätze der Gesetzesumgehung meist entbehrlich ist:

Wird die Stiftung in der Form zwischengeschaltet, dass nach einer nicht mehr hinzurechnungspflichtigen Vermögenswidmung (§ 782 Abs 1 ABGB nF) der Wert dem bevorzugten Pflichtteilsberechtigten durch Einräumung der Begünstigtenstellung oder Ausschüttung zugewendet wird, sind diese zuletzt genannten Zuwendungen (unbefristet) hinzu- und anrechnungspflichtig (siehe oben e. – Fallbeispiel 2). Die Umgehung von Pflichtteilsrechten durch Ausnützung der befristeten Hinzurechnung der Vermögenswidmung wird durch die unbefristete Hinzu- und Anrechnungspflicht der Einräumung der Begünstigtenstellung und (subsidiär) von Stiftungsausschüttungen verhindert.

Ein Umgehungsfall könnte aber unverändert vorliegen, wenn – wie im Fall der E des OGH 6 Ob 290/02v – keine Begünstigtenstellung eingeräumt und seitens der Stiftung keine Ausschüttung erfolgt, der Pflichtteilsberechtigte den Vermögenswert aber kraft seiner Organstellung in der Stiftung nutzen kann. Auch dann wäre aber zu fragen, ob die „faktische Nutzung“ durch den Pflichtteilsberechtigten nicht doch eine (verdeckte) Ausschüttung der Stiftung begründet, die wiederum hinzu- und anrechnungspflichtig wäre.

g) Fallbeispiel 4: Sachlich beschränkter Pflichtteilsverzicht bei Vermögenswidmung an eine Stiftung

Ist in Modifikation des Fallbeispiels 1 (oben d.) zusätzlich ein Ehegatte zu berücksichtigen, der aber nicht an den Erträgen der Beteiligungen partizipieren, sondern anders – etwa durch begrenzte Stiftungsausschüttungen oder durch eine Schenkung aus Anlass der Stiftungsgründung – abgefunden werden soll, wird häufig eine Verletzung des Pflichtteils des Ehegatten vorliegen: Beträgt, entsprechend der obigen Annahme, der Wert des Familienunternehmens bzw des gewidmeten 100%igen Geschäftsanteils¹³⁷ 10 Mio, ist das in den Nachlass fallende Privatvermögen, wie häufig, aber wesentlich weniger wert,¹³⁸ etwa 2 Mio, führt dies zu folgendem Ergebnis: Die Bemessungsgrundlage beträgt 12 Mio, der Wert-

137 Bei der Anteilsübertragung an die Stiftung (§ 788 ABGB nF).

138 Im Todeszeitpunkt (§ 780 Abs 2 ABGB nF).

anspruch des Ehegatten somit 2 Mio (1/6 von 12 Mio). Zwecks Vermeidung einer Pflichtteilsverletzung muss der Ehegatte bei diesen Annahmen den gesamten Nachlass erhalten. Dies wird oft unerwünscht sein. Bei einer höheren Wertdivergenz wäre es überdies nicht ausreichend. Schließlich wird der Erblasser/Stifter bei Stiftungsgründung oft nicht abschätzen können, ob die Wertentwicklung des Privatvermögens bis zum Todestag (§ 780 Abs 2 ABGB nF) mit der Wertesicherung des Beteiligungswerts (§ 788 ABGB nF) Schritt halten wird.

Der Erblasser/Stifter wird daher häufig danach trachten, eine Pflichtteilsverletzung „weichender Erben“¹³⁹ auszuschließen. Anderenfalls wären im Fallbeispiel 4 die Kinder (§ 764 ABGB nF), notfalls auch die Stiftung (§§ 789 ff ABGB) mit Pflichtteilsansprüchen konfrontiert. Um dies zu vermeiden, wird der Erblasser/Stifter seinen Ehegatten um einen *sachlich beschränkten Pflichtteilsverzicht* bitten: Der Verzicht betrifft das *Recht* des Ehegatten, die Erhöhung der Bemessungsgrundlage durch *Hinzurechnung des Werts des gewidmeten Geschäftsanteils zu verlangen* (§ 783 ABGB nF); im Übrigen bleibt die Bemessungsgrundlage des Pflichtteils des Verzichtenden unberührt (siehe schon oben IV.A.). Häufig wird dem Verzichtenden Zug um Zug eine Leistung des Erblassers oder ein Anspruch gegen den Nachlass (etwa auf den Todesfall des Erblassers) oder gegen die Stiftung eingeräumt werden, um den Lebensstandard des Verzichtenden abzusichern. Zu beachten ist, dass auch derartige Zuwendungen als „Abfindung für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht“ der Hinzu- und Anrechnung (§ 781 Abs 2 Z 3 ABGB nF) unterliegen. Sind – abgesehen von den beiden im Fallbeispiel erwähnten Kindern – noch andere, weniger üppig bedachte Pflichtteilsberechtigte vorhanden, können weitere Pflichtteilsverzicht erforderlich sein, um dem Ehegatten den vollen Wert der Verzichtsabfindung zu erhalten.

V. Bewertung von Unternehmen und Unternehmensanteilen

A. Zukunftsorientiertheit der Unternehmensbewertung

Die oben genannten Bewertungsanlässe der Wertermittlung für den Pflichtteil oder der Wertermittlung im Zuge der Schenkungsanrechnung führen dazu, dass der Normwert von Unternehmen bzw Unternehmensanteilen mit *betriebswirtschaftlichen Methoden* zu berechnen ist. Dies ist grundsätzlich keine leichte Übung, da es einen objektiven Unternehmenswert, der intersubjektiv ermittelbar ist, aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht geben kann. Vielmehr ist die Betriebswirtschaft darauf angewiesen, Methoden und Verfahren der Bewertung zu verwenden, die Annahmen treffen, um die Komplexität eines Unternehmens und der Bewertung desselben auf die wesentlichen Werttreiber und Parameter zu

139 Oft ist dies nicht nur der Ehegatte, sondern auch ein Kind, das andere berufliche Interessen hat.

reduzieren. Da alle Verfahren der Unternehmensbewertung *zukunftsorientiert* sind und damit eine *Einschätzung zukünftiger Verhältnisse* benötigen, sind die Inputfaktoren der Bewertungsverfahren erheblichem *gutachterlichen Ermessen* unterworfen.¹⁴⁰

Neben der Zukunftsorientierung ist auch die *Subjektorientierung* der Unternehmensbewertung zu beachten. Nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ist der Wert eines Unternehmens von der Person abhängig, aus deren Sicht die Bewertung erfolgt (Bewertungssubjekt). Unterschiede zwischen unterschiedlichen Bewertungssubjekten ergeben sich insb durch die Möglichkeiten und Fähigkeiten zur Generierung von Cashflows, durch unterschiedliche Erwartungen, durch unterschiedliche Risikoneigungen, Unterschiede in den Möglichkeiten, Synergieeffekte zu realisieren, oder Unterschiede in der Besteuerung.

Diese Rahmenbedingungen der betriebswirtschaftlichen Bewertung treffen nun auf die rechtliche Vorgabe, die die Ermittlung eines gemeinen Werts oder Verkehrswerts erfordert, der (bis zu einem gewissen Grad) unabhängig sein soll von den individuellen/subjektiven Wertvorstellungen oder Nutzungsmöglichkeiten einer Partei (vgl oben II.B.1.). Der Bewertungsstandard KFS/BW 1 spannt mit dem objektivierten Unternehmenswert, wie oben schon vorweggenommen, dem Bewertungspraktiker einen wichtigen Orientierungsrahmen für die konkrete Vorgehensweise bei der rechtsgeprägten Bewertung oder für die Beurteilung einer rechtsgeprägten Bewertung auf.¹⁴¹ Beim objektivierten Unternehmenswert versucht man, subjektbezogene Differenzen insofern weitgehend zu objektivieren, als ein *typischer Investor* als Bewertungssubjekt herangezogen wird.

Das Abstellen auf einen „Investor“ ist im vorliegenden Problemzusammenhang nicht deswegen unangemessen, weil es bei den oben geschilderten erbrechtlichen Bewertungsanlässen nicht um Investitionsentscheidungen, sondern um todesabhängige, also „unfreiwillige“ Vorgänge geht, nämlich um den Erbanfall von Unternehmen oder Anteilen sowie um lebzeitig zugewendete Unternehmen und Anteile, deren Wert – im Wege der Hinzu- und Anrechnung (§ 781 ABGB nF) – die Höhe des Pflichtteilsanspruchs beeinflusst. Der typische Investor als Maßstabsfigur der Unternehmensbewertung ist deswegen relevant, weil der von ihm auf rationaler, methodengerechter Grundlage ermittelte Preis der Verkehrswert („gemeine Wert“) des § 305 ABGB ist. Diese gesetzliche Bewertungsvorgabe ist sachgerecht: Für den Erben oder Pflichtteilsberechtigten hat das vererbte Unternehmen typischerweise jenen Wert, den der Erbe im Falle der Veräußerung des Erbes von einem Dritten erhalten kann.

140 Auch der Liquidationswert ist entgegen der landläufigen Meinung ein Wert, der von zukünftigen Cashflows abhängig ist. Im Falle des Liquidationswerts nämlich jene Cashflows, die sich bei der Liquidation über die Dauer der Zerschlagung und der Einzelveräußerung der Vermögenswerte abzüglich der Schulden generieren lassen.

141 Gem IDW ES 13 Rz 2 ist die Bewertung eines Unternehmens oder Unternehmensanteils bei vermögensrechtlichen Auseinandersetzungen im Erbrecht kein Sonderfall der Unternehmensbewertung.

Aus der Sicht des Investors wird der objektivierte Unternehmenswert in einem ersten Schritt unter typisierenden Annahmen mit Hilfe eines Diskontierungsverfahrens ermittelt. Er repräsentiert jenen Unternehmenswert, der sich bei Fortführung des Unternehmens auf Basis des bestehenden Unternehmenskonzepts mit allen realistischen Zukunftserwartungen im Rahmen der Marktchancen und -risiken, der finanziellen Möglichkeiten des Unternehmens sowie der sonstigen Einflussfaktoren ergibt (Fortführungswert).¹⁴² Aus betriebswirtschaftlicher Sicht bedient man sich der Kapitalwertmethode in Verbindung mit finanzierungstheoretischen Modellen der Marktbewertung, insb des Capital Asset Pricing Models („CAPM“) zur Ermittlung des Kapitalisierungszinssatzes, um dem Objektivierungserfordernis des rechtlichen Bewertungsanlasses Genüge zu tun (Näheres unter D.). Untergrenze der Bewertung stellt der Liquidationswert dar. Dieser ist in einem zweiten Schritt in jenen Fällen zu ermitteln, in denen der Liquidation des Unternehmens keine rechtlichen oder faktischen Gründe entgegenstehen.¹⁴³

Im Folgenden sollen die Grundzüge der Unternehmensbewertung bzw der Anteilsbewertung dargestellt werden und Berührungspunkte, die sich zwischen den erbrechtlichen Bewertungsanlässen und den betriebswirtschaftlichen Fragestellungen ergeben, aus betriebswirtschaftlicher Sicht besprochen werden. Neben den Grundzügen der Unternehmens- und Anteilsbewertung werden insb Fragestellungen der Wertermittlung bei Stimmrechtsbeschränkungen, bei Veräußerungsbeschränkungen sowie die Relevanz des Börsenkurses erörtert.

B. Stichtagsprinzip der Bewertung

Ein Merkmal der Unternehmensbewertung ist, dass der Wert zu einem bestimmten Bewertungsstichtag ausschließlich durch die *zu diesem Zeitpunkt* zukünftig erwarteten Cashflows determiniert ist und daher die Basis des Unternehmenswerts immer eine zukünftige (unsichere) Zuflussgröße ist. Dies drückt auch der in der Betriebswirtschaftslehre allgemein bekannte Grundsatz aus: „Für das Gewesene gibt der Kaufmann nichts“. Für die Bewertungspraxis heißt dies, dass die Wertermittlung immer mit dem *Wissen und den Erwartungen zu einem bestimmten Zeitpunkt* erfolgen muss (Wurzeltheorie). Selbst bei zeitlichem Auseinanderklaffen zwischen Bewertungsstichtag und Wertermittlung müssen zwischenzeitlich verwirklichte Ist-Zahlen weitgehend außer Acht gelassen werden.¹⁴⁴ Stattdessen muss der Bewerter die Ex-ante-Perspektive zum Bewertungsstichtag einnehmen und die zu diesem Zeitpunkt herrschenden Erwartungen seiner Bewertung zugrunde legen. Das Stichtagsprinzip kann von erheblicher Bedeutung

142 Vgl Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 16.

143 Vgl Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 13.

144 Eine Ausnahme bildet die Plausibilitätsprüfung der Planungsrechnung, bei der Ist-Verläufe insoweit herangezogen werden dürfen, um die grundsätzlichen Annahmen zur Eintrittswahrscheinlichkeit gewisser Szenarien zu überprüfen. Eine Planung darf jedoch niemals durch Ist-Werte ersetzt werden.

sein. So dürfen etwa nachträgliche Änderungen der Erwartungen zu den Chancen und Risiken des Unternehmens, zB bei Veränderungen des Marktumfeldes, wie etwa im Zuge der Finanzkrise, nicht berücksichtigt werden.

Für die *pflichtteilsrechtliche Bemessungsgrundlage*, die in der Summe aus Nachlasswert und Wert hinzurechnungspflichtiger Vorschenkungen besteht (oben B.2), sind zwei Bewertungszeitpunkte auszumachen: einerseits der Bewertungszeitpunkt für das in den Nachlass fallende Vermögen, der sich auf den Todestag des Erblassers bezieht (§ 778 Abs 2 ABGB nF); andererseits der Bewertungszeitpunkt, zu dem die Bewertung von allfälligen zurechnungs- und anrechnungspflichtigen Schenkungen erfolgt (§ 755 ABGB nF). Dieser ist mit dem Zeitpunkt des Vermögensopfers rechtlich vorgegeben (§ 788 ABGB nF) und bei der Anrechnung auf den Todeszeitpunkt nach einem von der Statistik Austria verlautbarten Verbraucherpreisindex aufzuwerten (§ 755 ABGB nF).

C. Bewertungsobjekte: Unternehmen, Unternehmensanteil, Begünstigtenstellung

Die Abgrenzung des Bewertungsobjekts ergibt sich aus den rechtlichen Vorgaben. Im Rahmen der vorliegenden Themenstellung sind Bewertungsobjekte *Unternehmen* oder *Unternehmensanteile*, die in den Nachlass fallen (oben II.A.) oder Gegenstand einer hinzu- und anrechnungspflichtigen Vorschenkung sind (oben B.2). Bewertungsobjekt kann aber auch eine *Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung* sein (oben IV.C.). Die Vorgehensweise bei der Bewertung einer stiftungsrechtlichen Begünstigtenstellung unterscheidet sich hierbei nicht von der Bewertung von Unternehmen bzw der Anteilsbewertung. Es müssen gleichermaßen die erwartbaren (finanziellen) Nutzenzuflüsse (Cashflows) aus der Begünstigtenstellung prognostiziert werden. Dies erfolgt grundsätzlich auf der Ebene der unternehmerischen Einheit. In den Fällen einer Privatstiftung, die eine Beteiligung an einem Unternehmen hält – also einer klassischen Holdingstruktur – muss die Bewertung die Holding-Stiftung und die zu bewertende Beteiligung gemeinsam umfassen. Im Falle einer reinen Holdingstruktur, ohne sonstige operative Tätigkeit, ist die Holding ein reiner Kostenfaktor, der vom Unternehmenswert der Beteiligung abzuziehen ist.

Wenn die Begünstigtenstellung nicht übertragbar ist, kommt es bei der Bewertung auf die erwartete Zeitdauer des Bezuges und damit auf die Lebensdauer des Begünstigten an. Ist die Begünstigtenstellung hingegen übertragbar, wird – wie bei der Bewertung von Unternehmensanteilen – grundsätzlich eine unbegrenzte Dauer des von der Stiftung gehaltenen Unternehmens zugrunde gelegt, sofern dem nicht tatsächliche Umstände entgegenstehen.

Der während der begrenzten oder unbegrenzten Dauer erwartete Zahlungsstrom ist dann auf den Bewertungszeitpunkt zu diskontieren.

D. Die Kapitalwertmethode als Hauptverfahren der Unternehmensbewertung

Die Bewertung von Unternehmen erfolgt aus betriebswirtschaftlicher Sicht grundsätzlich nach denselben Methoden, die für Investitionsentscheidungen etabliert wurden. Die Unternehmensbewertung ist ein Anwendungsfall der Investitionsrechnung.¹⁴⁵ Hauptverfahren ist, wie oben (II.B.1.) schon angesprochen wurde, die *Kapitalwertmethode*, die in der Praxis in den Ausprägungen der *Ertragswertmethode* oder der *DCF-Verfahren* zur Anwendung kommt.¹⁴⁶ Dies entspricht dem Fachgutachten der Kammer der Wirtschaftstreuhande zur Unternehmensbewertung (KFS/BW 1) und ist – jedenfalls im Grundsatz – auch in der Judikatur anerkannt.¹⁴⁷ Die Unterscheidung¹⁴⁸ zwischen dem Ertragswertverfahren und den DCF-Verfahren schwimmt in der Praxis idR jedoch; in beiden Fällen sind finanzielle Überschüsse (Cashflows) zu diskontieren.¹⁴⁹ Das Ertragswertverfahren ist in der praktischen Anwendung meist mit dem Equity-Verfahren der DCF-Methoden gleichzusetzen.¹⁵⁰ Konzeptionelles Fundament aller Methoden ist die Kapitalwertmethode, wodurch die Beschreibung der Funktionsweise im Folgenden darauf beschränkt werden kann.

Die Kapitalwertmethode ist ein *Gesamtbewertungsverfahren*. Es wird nicht, wie bei einem Einzelbewertungsverfahren,¹⁵¹ der Saldo aus einzeln bewerteten Ver-

145 *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung 19.

146 Für einen Überblick vgl auch die Kurzdarstellung bei *Aschauer*, Grundfragen der Unternehmensbewertung – Bewertungsverfahren und aktuelle Parameter, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 1.

147 OGH 16.12.1980, GesRZ 1981, 50 erwähnt zwar zunächst, dass es eine „rechtlich vorgeschriebene Methode der Bewertung von Handelsunternehmen ... nicht (gibt)“, weist die Unterinstanzen in der Folge dann aber doch an, nach der prognoseorientierten Ertragswertmethode vorzugehen. Dazu bereits *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 191 ff. Zur Anerkennung der Ertragswertmethode in der Judikatur vgl auch schon OGH 27.5.1970, HS 7150/39; dazu *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 194 FN 39. Die umfangreiche deutsche Spruchstellenjudikatur zur Überprüfung von Konzernabfindungen, Squeeze-out-Abfindungen und verschmelzungsrechtlichen Umtauschverhältnissen anerkennt sowohl die Ertragswertmethode als auch das DCF-Verfahren: Nachweise bei *Böcking/Nowak* in *Fleischer/Hüttemann* (Hrsg), Rechtshandbuch Unternehmensbewertung § 4 Rz 46 ff sowie *Jonas/Wieland-Blöse* gleichfalls in *Fleischer/Hüttemann* (Hrsg) Rechtshandbuch Unternehmensbewertung § 9 Rz 3 ff. Vgl auch die Nachweise bei *Hügel* in *Kalss/Torggler* (Hrsg), Einlagenrückgewähr 38 zur deutschen Spruchstellenjudikatur zu einzelnen Bewertungsfragen.

148 Vgl ausführlich dazu *Hering*, Unternehmensbewertung² (2005).

149 Vielfach wird beim Ertragswertverfahren angenommen, dass Erträge diskontiert werden. Das Konzept der Kapitalwertmethode stellt jedoch auf den Zuflusszeitpunkt eines finanziellen Zahlungsstroms ab. Wird daher beispielsweise der Jahresüberschuss eines Unternehmens diskontiert, wird dabei die Annahme gesetzt, dass die Jahresüberschüsse an die Eigner auch im selben Moment ausgeschüttet werden und damit zufließen.

150 Bei gleichen Annahmen führt sowohl das Ertragswertverfahren als auch alle DCF-Verfahren zum selben Ergebnis. Vgl Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 48 ff.

151 Das Einzelbewertungsprinzip entspricht grundsätzlich der Vorgehensweise in der Rechnungslegung. Beispiel für ein Einzelbewertungsverfahren innerhalb der Unternehmensbewertungsmethoden ist der Liquidationswert oder der Reproduktionswert. Vgl *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung 106 ff.

mögenswerten und Schulden als Unternehmenswert angesetzt, sondern der gesamte (finanzielle) Nutzenzufluss bewertet, der aus dem Zusammenwirken der einzelnen Vermögenswerte innerhalb des Unternehmens abzüglich der Schulden resultiert. Als Gesamtbewertungsverfahren eignet sich die Kapitalwertmethode zur Ermittlung des gemeinen Werts, bei dem, wie oben (II.B.1.) beschrieben wurde, auch der „good-will“ und somit die Synergien aus dem Zusammenwirken der Vermögenswerte Berücksichtigung finden sollen.

Konzeptionelle Basis der Kapitalwertmethode ist die Berücksichtigung der zwischenzeitlichen Verzinsung von Zahlungsströmen und damit des Einbezugs des „Zeitwerts des Geldes“. Im Kapitalwertmodell werden geplante Ein- und Auszahlungen durch *Diskontierung mit einem Kapitalisierungszinssatz* auf einen Bewertungszeitpunkt bezogen. Je weiter betragsmäßig gleiche Zahlungen auf der Zeitleiste in die Zukunft verschoben werden, desto geringer wird deren Wert.¹⁵²

Die zu diskontierenden Zahlungsströme beruhen auf einer *Prognose des zukünftigen (finanziellen) Nutzenzuflusses*, der aus dem Bewertungsobjekt erwartet wird. Voraussetzung für eine Bewertung ist daher, dass ein Bewertungsobjekt überhaupt einen finanziellen Nutzen generiert. Teilbereiche einer wirtschaftlichen Einheit, die für sich allein keine finanziellen Überschüsse erzielen, scheiden dementsprechend als Bewertungsobjekt aus; diesen ist kein Fortführungswert, sondern höchstens ein Liquidationswert beizumessen. Die Ermittlung des Fortführungswerts scheidet auch aus, wenn ein Gesellschaftsverhältnis am Bewertungsstichtag bereits gekündigt wurde oder wenn einem Erben der Unternehmensanteil aufgrund eines gesellschaftsvertraglich zugestandenem Kündigungsrechts jederzeit gegen den Willen zu einem unter dem Fortführungswert liegenden Betrag entzogen werden kann und daher mit der Kündigung gerechnet werden muss. Sind finanzielle Nutzenzuflüsse aus einem Bewertungsobjekt dagegen erwartbar, so ist eine Planung, in welcher Höhe und bis zu welchem Zeitpunkt diese erfolgen werden, die Grundlage für die Unternehmensbewertung. Sind verschiedene Szenarien für die zukünftige Entwicklung denkbar, so ist jener Cashflow anzusetzen, der sich als Durchschnitt der mit Wahrscheinlichkeiten gewichteten Szenarien ergibt (Erwartungswert). Dies erfordert umfangreiche Informationen über das Unternehmen, die zu einer vergangenheits-, stichtags- und zukunftsorientierten Unternehmensanalyse verwendet werden. Darüber hinaus sind die jeweiligen Anteilsrechte und der Einfluss auf den Zahlungsstrom zu analysieren.¹⁵³ Die Planung ist im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung hinsichtlich ihrer Angemessenheit und Widerspruchsfreiheit zu untersuchen.¹⁵⁴ Da die Laufzeit des zu bewertenden Unternehmens idR unbestimmt ist (unbestimmter Planungshorizont), wird in der Praxis nach einem Detailpla-

152 Vgl. *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung 25.

153 Siehe dazu Abschnitt E.

154 Im Einzelnen Rz 51 ff des Fachgutachtens KFS/BW 1.

nungszeitraum und einer Grobplanungsphase¹⁵⁵ eine ewige Rente angesetzt. Die ewige Rente beruht auf der Annahme, dass *nachhaltig* Geldflüsse in einer bestimmten Höhe aus dem Unternehmen erwartet werden können. Neben der Höhe des Kapitalisierungszinssatzes ist der Überschusswert, der die Basis für die ewige Rente bildet, meist der höchste Werttreiber und daher besonders kritisch zu würdigen.¹⁵⁶

Die Diskontierung der erwarteten finanziellen Überschüsse hat mit einem *risiko- adäquaten Kapitalisierungszinssatz* zu erfolgen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass mit Eigenkapital und Fremdkapital unterschiedliche Risiken einhergehen und damit die Art der Finanzierung des Unternehmens im Bewertungskalkül berücksichtigt werden muss. Während Eigenkapitalgeber ein Ausfallsrisiko und ein Geschäftsrisiko tragen, weil die Rückflüsse einer Investition mit Eigenkapital vom Geschäftserfolg des Unternehmens abhängen, sind Fremdkapitalgeber typischerweise nur vom Ausfallsrisiko betroffen. Der Zinssatz für Eigenkapital liegt daher aufgrund des damit verbundenen höheren Risikos über dem Zinssatz für Fremdkapital. Sowohl der Fremdkapitalzinssatz als auch der Eigenkapitalzinssatz müssen beim objektivierten Unternehmenswert marktbezogen ermittelt werden. Während für das Fremdkapital meist eine gute Marktschätzung vorliegt, welche Konditionen zum Bewertungszeitpunkt einem bestimmten Rating am Markt üblich sind, sind die Eigenkapitalkosten empirisch nicht trivial ableitbar. Bei der Ermittlung der Eigenkapitalkosten müssen restriktive Annahmen getroffen werden, wie Marktteilnehmer zu ihrer Bepreisung des Risikos kommen. Das gebräuchliche Modell zur Ermittlung der marktorientierten Eigenkapitalkosten ist das Capital Asset Pricing Model (CAPM). Das CAPM ist ein Gleichgewichtsmodell unter der Bedingung eines fiktiven vollkommenen Kapitalmarkts. Ausgehend von einem vollkommenen Markt, wie er dem CAPM immanent ist, werden folgende Marktverhältnisse bzw. typisierte Bewertungsobjekte unterstellt:¹⁵⁷ Angenommen wird, dass alle Investoren risikoscheu sind und rational handeln, alle den gleichen Informationsstand hinsichtlich der Verteilung möglicher Cashflows aus unsicheren Investitionen besitzen und Geld zu einem risikolosen Zins aufnehmen und anlegen können. Der Markt, der im Rahmen des CAPM fingiert wird, funktioniert perfekt und kennt weder Zutrittsbeschränkungen noch beschränkende Transaktionskosten.¹⁵⁸ Eine weitere grundlegende Annahme des CAPM ist, dass alle Investoren in ihrer Vermögensanlage vollständig diversifi-

155 Die Grobplanungsphase wurde mit dem neuen Fachgutachten KFS/BW 1 2015 eingeführt. Hierbei sollen geplante positive oder negative Wachstumsannahmen, die einem steady state in der ewigen Rente vorgelagert sind, erfasst werden. Es sollen dadurch Inkonsistenzen in der ewigen Rente verhindert werden, demnach vielfach mit über dem Marktdurchschnitt liegende Wachstumsraten bis in die Unendlichkeit unterstellt wurden.

156 Im neuen Fachgutachten KFS/BW 1 wurden daher auch zahlreiche Plausibilisierungspflichten für die ewige Rente vorgesehen.

157 Vgl. Matschke/Brösel, Unternehmensbewertung (2005) 26.

158 Vgl. Kruschwitz, Investitionsrechnung⁹ (2003) 364.

ziert sind und bei ihrer Veranlagung daher nur mehr Marktrisiko (bspw das Risiko von Konjunkturschwankungen, das durch Diversifikation nicht ausgeschlossen werden kann) bei einer risikobehafteten Investition tragen. Die Annahmen des CAPM sind selbstverständlich idealisierte Marktbedingungen, die jedoch notwendig sind, um die Komplexität einer Preisbildung am Markt auf ein beherrschbares Maß zu reduzieren.¹⁵⁹

Dem CAPM zufolge wird auf einen Basiszinssatz, der die Rendite einer (weitgehend) risikolosen Veranlagungsmöglichkeit repräsentiert, ein Risikozuschlag addiert, der sich nach dem Marktrisiko (systematischen Risiko) richtet, das bei einer äquivalent risikoreichen Veranlagung eingegangen wird. In der Praxis wird der Basiszinssatz mittels Renditen von Staatsanleihen mit höchster Bonität geschätzt.¹⁶⁰ Der Risikozuschlag besteht aus zwei Faktoren:

- einerseits aus der *Marktrisikoprämie*, die für die Übernahme des (durchschnittlichen) Marktrisikos gewährt wird und laut der Empfehlung der Arbeitsgruppe „Unternehmensbewertung“ des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhandler vom 11.12.2006 auf Basis empirischer Untersuchungen zwischen 5,5 % und 7 % liegt,¹⁶¹ und
- andererseits aus dem *Beta-Faktor*, der den Grad repräsentiert, mit dem das Marktrisiko des konkreten, zu bewertenden Unternehmens berücksichtigt wird. Der Beta-Faktor wird aus den Renditen ausgewählter Vergleichsunternehmen, der sog „Peer Group“, durch Gegenüberstellung mit der Rendite des zu bewertenden Unternehmens ermittelt.¹⁶² Die Beta-Faktoren der Vergleichsunternehmen werden aus Datenbanken bezogen.

Das Produkt aus Marktrisikoprämie und Betafaktor ergibt den *Risikozuschlag*, der für eine Eigenkapitalinvestition mit einem bestimmten Geschäftsrisiko am Markt gezahlt werden würde. Anpassungen des Risikozuschlages sind je nach Wahl des Bewertungsmodells eventuell noch in Bezug auf Finanzierungsrisiken durchzuführen.¹⁶³ Mit zunehmendem Verschuldungsgrad des Unternehmens steigt jedenfalls das Risiko für Eigenkapitalgeber, da von einem unsicheren Zahlungsstrom, den die Eigenkapitalgeber als Geschäftserfolg erwarten, ein immer größerer Fixbetrag zur Abdeckung der Fremdkapitalzinsen herangezogen werden muss.

159 *Drukarczyk/Schüler*, Unternehmensbewertung⁵ (2007) 242.

160 *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung 161.

161 Allgemein *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung 161 ff, 176 f; zur aktuell empfohlenen Marktrisikoprämie von 5,5 % bis 7 %: *Aschauer* in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht 10 sowie zur Diskussion der Bandbreite aaO 39 f.

162 Einzelheiten bei *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung 177 ff.

163 Beim APV-Verfahren wird die Finanzierung des Unternehmens nicht im Zinssatz, sondern in einem gesonderten Schritt im Bewertungsmodell berücksichtigt. Vgl *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung 161 ff.

E. Die Anteilsbewertung und die Bewertung von Anteilen mit unterschiedlicher Ausgestaltung

Die obigen Grundsätze der Kapitalwertmethode gelten gleichermaßen für die Bewertung von ganzen Unternehmen und für die Bewertung von Unternehmensanteilen. Bei der Bewertung von Unternehmensanteilen kann zwischen zwei verschiedenen Arten unterschieden werden, wie die Wertermittlung des Unternehmensanteils erfolgt:

Einerseits gibt es die *unmittelbare (direkte) Anteilsbewertung*. Hierbei wird der Unternehmensanteil direkt bewertet, indem der Kapitalwert jener Cashflows ermittelt wird, mit deren Erhalt der Anteilseigner rechnen kann. Durch die direkte Ableitung der Cashflows, die der Anteilseigner aus einer konkreten Beteiligung erwarten kann, werden Wertdifferenzen aufgrund von Synergieeffekten oder unterschiedlich ausgestalteter Anteile (Vermögensrechte, Kontrollrechte oder Stimmrechte; vgl hierzu auch die nachfolgenden Ausführungen in E.1.) insofern berücksichtigt, als die Planung der direkt erwartbaren Cashflows auch unter diesen konkreten Rahmenbedingungen erfolgt.

Der unmittelbaren oder direkten Anteilsbewertung steht die *abgeleitete (indirekte) Anteilsbewertung* gegenüber. Bei dieser Methode geht man in zwei Schritten vor. Zuerst wird der Wert des gesamten Unternehmens, wie er sich für einen typisierenden Alleineigentümer des Unternehmens ergeben würde, ermittelt und im zweiten Schritt wird der Wert des Anteils über die Beteiligungsquote berechnet. Der quotale Wert entspricht damit einem Anteil am Gesamtunternehmenswert. Wertdifferenzen des Anteilseigners aufgrund einer unterschiedlichen Anteilsstruktur oder aufgrund von Synergieeffekten werden bei dieser Vorgehensweise grundsätzlich nicht berücksichtigt, da die Planung der Cashflows auf Gesamtunternehmensebene individuelle Rahmenbedingungen des Anteilseigners nicht einbezieht. Ist eine Berücksichtigung bestimmter subjektiver Wertaspekte jedoch (rechtlich) geboten, so müsste bei der unmittelbaren Anteilsbewertung die Quote dementsprechend angepasst werden.

Die unmittelbare Anteilsbewertung ist nach überwiegender Meinung die zweckadäquate Vorgehensweise bei der Entscheidungswertermittlung. Bei der rechtsgeprägten Unternehmensbewertung muss nach herrschender Meinung¹⁶⁴ die Bewertung von Anteilen durch abgeleitete Anteilsbewertung erfolgen.¹⁶⁵ Für diese Vor-

164 Abweichende Meinungen: *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht 476, tritt aufgrund von Schwierigkeiten bei der Bewertung von unterschiedlichen Ausgestaltungen (siehe unten) bei der GmbH für eine direkte Anteilsbewertung ein: „Bei Regelungen, welche die Gewinnverteilung betreffen, ist angesichts der konkreten Vertragsbestimmung unmittelbar der Zufluss beim Gesellschafter zu bewerten“. Auch *Komp* stellt auf die zukünftigen Zahlungsflüsse direkt an den Aktionär ab. Vgl *Komp*, Zweifelsfragen des aktienrechtlichen Abfindungsanspruchs nach §§ 305, 320b AktG, in Schriften zum Wirtschaftsrecht Band 146 (1999) 406, 411.

165 Vgl *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht⁴ 230; *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung³ (1994), 235; *Mandl/Rabel*, Zur Abfindung von Minderheitsaktionären: Die Auswahl des Bewertungsverfahrens, FS Loitlsberger (2001) 215; *Gall/Potykal/Winner*, Squeeze-out (2006) 83 Rz 205.

gehensweise sprechen vor allem die folgenden rechtlichen Gründe, die bei den meisten rechtlich induzierten Bewertungsanlässen in ähnlicher Weise vorliegen:

- Die vermögensrechtliche Seite einer Beteiligung wird durch den Anspruch auf *Bilanzgewinn*, das *Bezugsrecht* und den Anspruch auf *Liquidationsüberschuss*, die jedem Gesellschafter nach dem Verhältnis der Anteile am Grundkapital zustehen, konstituiert. Dies ist Ausdruck der Vorstellung des Gesetzgebers, dass ein Aktionär oder Gesellschafter quotaler Träger des Unternehmens sei und nicht nur Inhaber eines fungiblen Aktieneigentums.¹⁶⁶
- Weiters spricht die dem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zugrunde liegende *Liquidationshypothese* (§ 1203 Abs 2 ABGB; § 137 Abs 2 UGB) für die indirekte Anteilsbewertung: „Dem ausscheidenden Gesellschafter ist dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhielte, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre.“ Dies führt im Ergebnis zu einer Simulation der quotalen Verteilung des gesamten Vermögens der Gesellschaft.¹⁶⁷
- Bei der Bewertung einer *Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung* ist der Anteil an der Gesamtausschüttung der Stiftung – die in der Stiftungserklärung festgesetzte *Begünstigungsquote* – maßgeblich.
- Im Zusammenhang mit der Barabfindung (zwangswise) ausscheidender Gesellschafter wird auf die rechtlich erforderliche *Gleichbehandlung von Mehrheit und Minderheit* verwiesen.¹⁶⁸ Aus dem Prinzip der Erfolgsaufteilung nach dem Verhältnis der geleisteten Einlagen folgt, dass alle Gesellschafter innergesellschaftlich die gleiche subjektive Wertbeziehung zur Gesellschaft haben und man im Verhältnis der Gesellschafter zueinander einen einheitlichen Unternehmenswert zugrunde legen muss. Aktionärsstrukturbedingte Unterschiede dürfen nicht dazu führen, dass ein Anteil in der Hand einer Minderheit einem Wert entspricht, der unter dem quotalen Unternehmenswert liegt. Demnach ist ein Mehrheitszuschlag bzw Minderheitsabschlag nicht gerechtfertigt. Zwar kann ein einzelner Minderheitsaktionär mangels Einfluss auf die Thesaurierungspolitik nicht bestimmen, wann seine quotale Beteiligung am gesamten Unternehmenserfolg verwirklicht wird, in der Totalperiode, die sich über die gesamte Lebensdauer der Gesellschaft erstreckt, fließt ihm – bei Einbeziehung des Abwicklungsüberschusses – aber nicht weniger als die volle, der auf seinen Anteil geleisteten Einlage entsprechende Quote zu.¹⁶⁹

166 Vgl *Adolff*, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft (2007) 357.

167 Vgl *Adolff*, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft (2007) 357 unter Hinweis auf § 738 BGB iVm § 105 Abs 3 dHGB. Dem entsprechen die im Text zitierten § 1203 ABGB und § 137 Abs 2 UGB.

168 *Adolff*, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft 360 ff.

169 Vgl *Adolff*, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft 361; vgl *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 205; *Mandl/Rabel*, FS Loitlsberger 216.

Auch die Rsp hat unter dem „wahren Wert“ den quotalen Wert verstanden. Dies wurde insb mit der DAT/Altana-Entscheidung des BVerfG,¹⁷⁰ bei der vom BGH das Prinzip der indirekten Anteilsbewertung von der Personengesellschaft auf die Aktiengesellschaft übertragen wurde, begründet.¹⁷¹

Zu beachten ist allerdings, dass die vorstehenden Grundsätze auf dem *gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz* aufbauen. Dieser gilt naturgemäß nur für gesellschaftsrechtliche Vorgänge: Squeeze-Out-Abfindungen, konzernrechtliche Abfindungen, aber auch öffentliche Übernahmeangebote dürfen nicht zwischen den Gesellschaftern differenzieren. Dies ist auf *pflichtteilsrechtliche Bewertungen* nicht übertragbar. Zwar schließt § 305 ABGB die Berücksichtigung unterschiedlicher subjektiver Verhältnisse *der Erben oder Pflichtteilsberechtigten* (etwa unterschiedliche Besteuerung von Dividenden aufgrund unterschiedlicher Steueransässigkeit) aus; führen jedoch unterschiedliche *mit den Anteilen verbundene* Rechte (zB bei verschiedenen Aktiegattungen, mit den Anteilen verbundene Sonder- oder Individualrechte) oder die Beherrschungsmöglichkeit aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung zu unterschiedlichen Verkehrswerten (objektivierten Anteilswerten), wird deren Berücksichtigung jedenfalls nicht durch einen rechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ausgeschlossen. Derartige differenzierte Anteilswerte wären im Rahmen der direkten Anteilsbewertung zu ermitteln.

Das Fachgutachten KFS/BW 1 sieht bei der objektivierten Unternehmensbewertung auch die Anteilsbewertung mittels indirekter Methode vor.¹⁷² Der vom deutschen Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) veröffentlichte Entwurf des Standards IDW ES 13 spricht dagegen davon, dass es in Abhängigkeit vom Bewertungsanlass und vom Einzelfall notwendig sein kann, von der indirekten Anteilsbewertung abzuweichen. Insb wenn unterschiedlich ausgestaltete Unternehmensanteile vorliegen, wird die direkte Anteilsbewertung vielfach vorzuziehen sein.

Im Folgenden wird auf die Berücksichtigung von Stimmrechten, unterschiedlichen Vermögensrechten und Veräußerungsbeschränkungen im Rahmen der Bewertung eingegangen.

1. Wert von Stimmrechten

Im Rahmen der Anteilsbewertung stellt sich die Frage der Berücksichtigung von Stimmrechten. Insb, wenn ein Anteilspaket mit Stimmrechten die Kontrolle des Unternehmens ermöglicht, ist fraglich, ob eine Kontrollprämie für die Beherrschung der Gesellschaft im Wert erfasst werden muss bzw ein fehlendes Stimmrecht oder eine fehlende Kontrollmöglichkeit negativ bei der Anteilsbewertung zu berücksichtigen ist. Aus der Praxis der freiwilligen Übernahmeangebote für

170 BVerfGE 100, 289, 309.

171 Vgl *Adolff*, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft 356.

172 Die direkte Methode befürwortet das Fachgutachten in Rz 151 bei Ermittlung eines subjektiven Anteilswerts (Entscheidungswert im Sinne von Rz 19).

börsennotierende Aktien ist bekannt, dass die Angebotspreise für Kontrollbeteiligungen häufig deutlich höher sind als der durchschnittliche Börsenkurs vor dem Übernahmeangebot. Auch empirische Untersuchungen der Kurse von Stammaktien und Vorzugsaktien sprechen für einen gesonderten Wert des Stimmrechts, da Stammaktien regelmäßig höher bewertet werden. Für Österreich wurde erst kürzlich mittels Transaktionsmultiplikatoren – also durch Auswertung durchgeführter M&A-Transaktionen – versucht, Rückschlüsse auf Kontrollzuschläge (Control Premium) und Minderheitsabschläge (Minority Discount) zu ziehen.¹⁷³

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist vorweg festzuhalten, dass das Stimmrecht bei der indirekten Anteilsbewertung im Anteilswert enthalten ist. Da im ersten Schritt der Gesamtunternehmenswert aus Sicht eines (kontrollierenden) Alleingesellschafters errechnet und dieser quotaal auf die Anteile aufgeteilt wird, ist auch der Wert der Kontrolle quotaal im Anteilswert enthalten. Die direkte Anteilsbewertung erfolgt hingegen unter Berücksichtigung der spezifischen Möglichkeiten eines (potentiellen) Anteilseigners zur Einflussnahme auf das Unternehmen durch Abstellen auf die für den konkreten Anteilseigner erwarteten Nettoeinnahmen. Eine fehlende Möglichkeit zur Einflussnahme würde auch die Optimierung des Cashflows verhindern.¹⁷⁴ Die Erhöhung des Fortführungswerts durch Ausübung eines Stimmrechts setzt daher zunächst eine suboptimale Unternehmensführung voraus. Zusätzlich müsste gerade die Ausübung der Stimmrechte geeignet sein, die künftigen Überschüsse positiv zu beeinflussen. Diese Voraussetzungen für eine Werterhöhung durch ein Stimmrecht bzw den Wertabschlag für ein fehlendes Stimmrecht im Rahmen des Fortführungswerts sind im Einzelfall zu prüfen.

Möglich wäre eine Auswirkung eines fehlenden Stimmrechts auf den Liquidationswert bzw Devestitionswert. Dieser hat aus ökonomischer Sicht nur bei einer Verkaufsabsicht oder im Falle des Risikos eines Notverkaufs Einfluss auf den Entscheidungswert. Nach herrschender Auffassung ist die Ursache für den empirisch regelmäßig festgestellten Wert von Stimmrechten – als Kursdifferenz zwischen unterschiedlich ausgestalteten Unternehmensanteilen – die Möglichkeit, dass es beim Versuch feindlicher Übernahmen zu einem höheren Preis für Stammaktien kommt.¹⁷⁵ Dann beeinflusst das Stimmrecht den *Verkehrswert*. Der Grund dafür ist, dass nur Stimmrechtsaktien dem Übernehmer zur Erreichung von gewissen Beteiligungshürden oder sogar zur Beherrschung verhelfen und so den Halter der Stammaktien in die Lage versetzen, an den Synergieeffekten des Übernehmers zu partizipieren.¹⁷⁶

173 Grbnić/Zunk, Transaktionsbezogene Kontrollprämien in Österreich, RWZ 2014, 225.

174 KFS/BW 1 Rz 151.

175 Im Fall eines öffentlichen Übernahmeangebots für Aktien (Beteiligungspapiere) an einer börsennotierenden AG schließt der übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 3 Z 1 ÜbG) die unterschiedliche Behandlung von Aktien gleicher Gattung, insb unterschiedliche Angebotspreise und somit auch eine Kontrollprämie aus.

176 Vgl Dasko/Ehrhardt, Kursunterschiede und Renditen deutscher Stamm- und Vorzugsaktien, unter: <http://edoc.hu-berlin.de/series/sfb-373-papers/2002-5/PDF/5.pdf>, S 32.

Allerdings wird die konkrete Bewertung des Stimmrechts in der Praxis meist sehr schwierig sein, da der Einfluss des Stimmrechts auf den Fortführungswert, aber auch auf den Liquidationswert im konkreten Fall kaum einschätzbar ist. Vielfach wird daher eine Orientierung an den Börsewerten vorgeschlagen: Auch *Winner* schlägt einen unterschiedlichen Verteilungsschlüssel in Relation zu den Börsenkursen von Stamm- und Vorzugsaktien vor. Ferner werden mittels Transaktionsmultiplikatoren – also durch Auswertung durchgeführter M&A-Transaktionen – Rückschlüsse auf Kontrollzuschläge (Control Premium) und Minderheitsabschläge (Minority Discount) gezogen. Zu beachten ist jedoch, dass der Wert von Stimmrechten bzw Kontrollprämien immer vom individuellen Bewertungsobjekt abhängig ist und eine Übertragung dieser Ergebnisse auf ein anderes Unternehmen als sehr problematisch angesehen werden muss. Daher bieten derartig ermittelte Zuschläge kaum Anhaltspunkte für die Berücksichtigung im Rahmen eines nach den betriebswirtschaftlichen Unternehmensbewertungsmethoden ermittelten objektivierte Anteilswerts.

In erster Linie ist es eine Frage des rechtlichen Bewertungsanlasses, ob Stimmrechte zu berücksichtigen sind. Hierzu herrscht im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum keine einheitliche Meinung. Von einem Teil der Literatur wird eine Berücksichtigung des Stimmrechts im Normwert gefordert. Argumentiert wird, dass Wertdifferenzen zwar bei gleich ausgestalteten Gesellschaftsanteilen nicht berücksichtigt werden dürfen, zwischen Aktien verschiedener Gattungen aber sehr wohl zu differenzieren ist.¹⁷⁷ So meint *Großfeld*:¹⁷⁸ „Für Stimmrechte wird im Verkehr ein Preis gezahlt; das ist für die Bewertung zu beachten.“ Auch *Winner*¹⁷⁹ befürwortet die Berücksichtigung von unterschiedlichen Stimmrechten im Anteilswert: „Mehrfachstimmrechte und ähnliche Erhöhungen der Stimmkraft sind bei der GmbH zulässig und wegen der rechtlichen Anerkennung grundsätzlich auch werterhöhend zu berücksichtigen; ... ebenso sind Abschläge für Stimmrechtsbeschränkungen zulässig.“ Für *Piltz*¹⁸⁰ ist es „nicht nur betriebswirtschaftlich, sondern auch rechtlich richtig, die Herrschaftsmacht werterhöhend bzw Beschränkungen wertmindernd zu berücksichtigen.“ Nach *Wiechers*¹⁸¹ entspricht die Differenzierung nach verschiedenen Aktiegattungen dem Erfordernis einer typisierten Anteilsbewertung.

Andere Kommentatoren lehnen die Berücksichtigung von Stimmrechten im Anteilswert dagegen ab. *Adolff*¹⁸² orientiert sich streng am quotalen Wert des Gesellschaftsvermögens und verneint die Berücksichtigung von Stimmrechten im Un-

177 *Paulsen*, in Münchner Kommentar zum AktG 4 § 304 Rz 98: allerdings nur aufgrund unterschiedlicher satzungsmäßiger Dividendenregelungen.

178 *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht 4 234.

179 *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht 481.

180 *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung³ 238.

181 *Wiechers*, Anteilsbewertung, in *Peemöller* (Hrsg), Praxishandbuch der Unternehmensbewertung (2001) 461, Rz 223.

182 Vgl mwN *Adolff*, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft 380 ff.

ternehmenswert. Ablehnend stehen auch *Hering/Olbrich*¹⁸³ und *Komp*¹⁸⁴ der Berücksichtigung von Stimmrechten gegenüber. Auch die Judikatur zeigt kein einheitliches Bild.¹⁸⁵

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht kann zum Thema der Berücksichtigung von Stimmrechten nochmals abschließend festgehalten werden, dass eine nachprüf- bare Ableitung des Wertes von Stimmrechten meist nicht möglich sein wird.

2. Unterschiedliche Vermögensrechte

Ein weiteres Thema für die Bewertung von Unternehmensanteilen ist die Frage, inwiefern unterschiedliche Vermögensrechte, wie etwa ein Gewinnvorab, Vorzugsdividenden, andere Formen der alineaen Gewinnverteilung oder ein Liquidationsvorab, bei der Bewertung von Unternehmensanteilen mit einzubeziehen sind. Im Falle der direkten Anteilsbewertung ist die Auswirkung eines anders ausgestalteten Vermögensrechts auf den Anteilswert trivial. Ein abweichender Anteilswert ergibt sich immer dann, wenn durch das Vermögensrecht Einfluss auf den erwarteten finanziellen Nutzenzufluss gegeben ist. Da idR davon auszugehen ist, dass der Fortführungswert den Liquidationswert übersteigt und dieser damit letztlich für den Unternehmenswert maßgeblich ist, wird vor allem eine asymmetrische Gewinnverteilung den Anteilswert beeinflussen. Ergibt sich durch unterschiedliche vermögensrechtliche Ausgestaltungen eine zeitliche Verschiebung des Zuflusszeitpunktes zwischen verschiedenen Anteilen, so besteht noch ein Einfluss auf den Anteilswert durch den Zinseffekt. Ein Einfluss einer unterschiedlichen Liquidationsbeteiligung würde hingegen nur für den Fall gegeben sein, in dem mit einer Liquidation gerechnet werden muss. Bei der indirekten Anteilsbewertung ist die konkrete Berücksichtigung dagegen komplexer. Grundsätzlich wird ein Unternehmenswert für das gesamte Unternehmen ermittelt; es wird daher davon ausgegangen, dass sich alle Vermögensrechte am Unternehmen gebündelt in der Hand des typisierten Investors befinden. Bei der indirekten Anteilsbewertung muss dementsprechend geprüft werden, ob sich der quotale Anteil am Unternehmenswert bei unterschiedlich ausgestalteten Vermögensrechten verschiebt.

Aus rechtlicher Sicht gibt es hierbei wiederum unterschiedliche Ansätze, wann ein anders ausgestaltetes Vermögensrecht im Anteilswert Berücksichtigung finden muss. Nach *Adolff*¹⁸⁶ ist bei der Beurteilung von unterschiedlichen Vermögensrechten auf den Fall der Liquidation abzustellen. Eine Vorabdividende

183 *Hering/Olbrich*, ZfBF 2001, 20.

184 *Komp*, Zweifelsfragen des aktienrechtlichen Abfindungsanspruchs nach §§ 305, 320b AktG, in Schriften zum Wirtschaftsrecht Band 146 (1999) 414.

185 Befürwortend etwa: BGH 10.10.1979, IV ZR 79/78 = BGHZ 75, 195 = NJW 1980, 229; BGH 1.10.1986, IVb ZR 69/85 = BB 1986, 2168 = NJW 1987, 321, BB 1986, 2168; OLG Düsseldorf 8.6.1973, 19 W 21/71 = BB 1973, 910; OLG Düsseldorf 20.11.2001, 19 W 2/00 AktE; OLG Düsseldorf 31.1.2003, 19 W 9/00 AktE = DB 2003, 1941 = Der Konzern 2003, 546; ablehnend etwa: BayObLG 31.7.2002, 3 Z BR 362/01 = DB 2002, 2265; OLG München 19.10.2006, 31 Wx 92/05 = NJOZ 2007, 340.

186 *Adolff*, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft 380 f.

würde beispielsweise keine unterschiedliche Aufteilung des Gesamtvermögens rechtfertigen, da sich der Vorzug darin erschöpft, dass eine Ausschüttung an die Stammaktionäre erst erfolgen darf, sobald die Vorzugsaktionäre bedient worden sind. Dieses Rangvorrecht rechtfertigt nach *Adolff* nicht den Schluss, dass Vorzugs- und Stammaktien einen abweichenden quotalen Unternehmenswert abbilden. Anders ist die Situation im Falle einer echten Zusatzdividende. In diesem Fall wird den Vorzugsaktionären über die gesamte Lebensdauer der Gesellschaft hinweg ein überquotaler Anteil am Unternehmenserfolg zugewiesen. Ein anderer Prüfungsweg ergibt sich jedoch nach *Piltz*.¹⁸⁷ Dieser stellt vorrangig auf den Gewinnverteilungsschlüssel ab und würde einen abweichenden Verteilungsschlüssel für den Liquidationserlös nur berücksichtigen, wenn es sich um ein Unternehmen mit begrenzter Lebensdauer handelt.

Beim erbrechtlichen Bewertungsanlass ist der Einfluss von unterschiedlichen Vermögenswerten auf den Verkehrswert eines Unternehmensanteils zu prüfen. Liegen unterschiedliche Nutzenzuflüsse durch verschieden ausgestaltete Unternehmensanteile vor, so ist es anzunehmen, dass sich auch unterschiedliche Verkehrswerte der jeweiligen Anteile ergeben. Die vom Markt vorgenommene Prüfung würde hierbei wohl der Vorgehensweise einer direkten Anteilsbewertung entsprechen. Bei erbrechtlichen Bewertungsanlässen ist es uE daher zweckadäquat, vermögensrechtlich unterschiedlich ausgestaltete Anteile jeweils separat, durch direkte Anteilsbewertung zu bewerten.

3. Veräußerungsbeschränkungen

Oben (II.B.2.) wurde dargelegt, dass die „freie Verfügbarkeit“ des Bewertungsobjekts (Unternehmensanteil, Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung) kein Tatbestandselement ist, das über die Eignung des Bewertungsobjekts als Pflichtteilsdeckung entscheidet. Nach den ErlRV sind Veräußerungsbeschränkungen aber bei der Bewertung zu berücksichtigen. Fraglich ist in diesem Zusammenhang die betriebswirtschaftliche Beurteilung von Veräußerungsbeschränkungen. Dieses Thema wurde in der Literatur unter dem Schlagwort *Fungibilität* intensiv diskutiert. In manchen Beiträgen wird Fungibilität auch als Immobilitäts- bzw. Mobilitätsrisiko¹⁸⁸ bezeichnet, anderenorts ist auch der Ausdruck der Illiquidität¹⁸⁹ zu finden. Unter Fungibilität versteht man die Fähigkeit, das Eigentumsrecht an einem Unternehmen bzw. an einem Anteil an einem Unternehmen substituieren zu können. Dies setzt einen Markt voraus, auf dem Käufer wie Verkäufer ungehindert Angebote einholen und abgeben sowie einen Kaufabschluss tätigen können.

187 *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung³ 239.

188 Vgl. Fachgutachten KFS/BW 1 Rz 102.

189 In der amerikanischen Literatur wird teilweise zwischen den Begriffen Marktfähigkeit (marketability) und Liquidität unterschieden: Mit Marktfähigkeit ist gemeint, dass ein Vermögensgegenstand überhaupt verkauft werden kann, während Liquidität sich auf die Geschwindigkeit bezieht, mit der ein Vermögensgegenstand in Geld konvertiert werden kann.

Der Grad der Fungibilität kann in der Praxis ein weites Spektrum bilden. Die Fungibilität eines Vermögensgegenstandes kann von der „Sofortverkaufsmöglichkeit“ auf einer Börse bis zur rechtlichen Verkaufsrestriktion, etwa aufgrund einer satzungsmäßigen Vinkulierung (§ 62 Abs 3 AktG, § 76 Abs 2 S 3 GmbHG) reichen. Die Veräußerung von Anteilen an Personengesellschaften gilt als Änderung des Gesellschaftsvertrags, sodass die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist, sofern der Gesellschaftsvertrag die Anteilsübertragung nicht zulässt.¹⁹⁰

Grundsätzlich hat die erschwerte bzw fehlende Verkaufsmöglichkeit ausschließliche Auswirkungen auf den Liquidationswert. Veräußerungsbeschränkungen bzw Kosten, die bei einer Veräußerung anfallen, sind nur zu beachten, wenn mit einer Veräußerung zu rechnen ist. Der Fortführungswert, der gerade aus der Prämisse der Unternehmensfortführung heraus den Fall der Veräußerung nicht in Betracht zieht, wird regelmäßig über dem Liquidationswert liegen. Dass die Liquidation günstiger als die Fortführung des Unternehmens ist, muss als Ausnahmefall betrachtet werden.

Wie oben festgestellt, ist der Liquidationswert grundsätzlich nur dann heranzuziehen, wenn er den Fortführungswert übersteigt. Belässt man es bei dieser Vorgehensweise, so würde sich eine Einschränkung der Fungibilität eines Unternehmens, die ja nur den Liquidationswert beeinflusst und der wiederum im Regelfall sowieso vom Fortführungswert überstiegen wird, nicht auf den Unternehmenswert auswirken.

Untersuchungen zum Fungibilitätsrisiko wurden besonders intensiv in den USA am dortigen Kapitalmarkt durchgeführt und es findet auch eine stärkere Berücksichtigung des Themas Fungibilität bei Bewertungen statt. Überhaupt sind in der amerikanischen Bewertungsliteratur discounts and premiums, also Abschläge und Zuschläge vom und zum Unternehmenswert, sehr verbreitet. Es handelt sich dabei um big-money issues, da oftmals der wertmäßige Anteil dieser Anpassungen höher ist als der Unternehmenswert vor den Zu- bzw Abschlägen. Ein Teil der Studien, die den Werteeinfluss von Fungibilität untersucht haben, hat sich darauf konzentriert, den Wert zwischen gehandelten Anteilen und (noch) nicht gehandelten Anteilen eines Unternehmens zu messen (*Restricted Stock Studies*¹⁹¹). Die Anteile der Unternehmen waren gleich ausgestaltet und haben sich nur dadurch unterschieden, dass ein Teil einem Markt nicht zugänglich war. Es wurde angenommen, dass die Unterschiede zwischen den Werten der Anteile nur auf die unterschiedliche Fungibilität zurückzuführen sind; mögliche Verbundeffekte wurden außer Acht gelassen. Die Studien haben zu durchschnittlichen Abschlägen in der Größenordnung von ca 35 % geführt. In anderen Studien wurden die Preise für Anteile von Unternehmen vor dem Börsengang und der Börsenswert beim

190 Artmann in Jabornegg/Artmann (Hrsg), UGB² § 105 Rz 77.

191 Etwa Stumpf/Martinez, The SRR Restricted Stock Study (2011); Robak/Hall, Bringing Sanity to Marketability Discounts: A New Data Source (2001).

Börsegang untersucht (*Pre-Initial Public Offering Studies*¹⁹²). Der Zeitraum wurde dabei auf fünf Monate beschränkt und es wurde unterstellt, dass die Käufer und Verkäufer von dem bevorstehenden Börsegang informiert waren. Problematisch bei diesen Studien ist, dass Abschlüsse für Unternehmen ermittelt wurden, die einen Gang an die Börse weder planten noch anstrebten. Diese Studien haben einen durchschnittlichen Abschlag in der Bandbreite von 45 % bis 50 % ergeben. Weitere empirische Studien zeigen jedoch wiederum andere Größenordnungen von Wertanpassungen.¹⁹³

Trotz dieser Ergebnisse überwiegt jedoch die Skepsis in der (deutschsprachigen) betriebswirtschaftlichen Literatur, einen Abschlag vom Unternehmenswert aufgrund mangelnder Fungibilität durchzuführen. So sieht *Wiese*¹⁹⁴ für Zinsfußmodifikationen, wie etwa Immobiliäts- oder Fungibilitätszuschläge, keinen Raum, da es an den theoretischen Referenzmodellen fehlt. *Matschke/Brösel*¹⁹⁵ führen aus: „Die Bestimmung der Höhe des Fungibilitätsabschlags erfolgt idR willkürlich und ist nicht rational begründbar.“ Auch *Gampenrieder/Behrendt*¹⁹⁶ argumentieren, dass Fungibilitätszuschläge einer eigenständigen theoretischen Basis entbehren. Für *Zeidler*¹⁹⁷ liegt ein zentrales Problem bei Fungibilitätsanpassungen des Unternehmenswerts, die Parameter zur Ermittlung der Fungibilität zu bestimmen. In dieselbe Richtung kann man die Kritik von *Born*¹⁹⁸ deuten, wenn er der Auffassung ist, dass es für die Höhe kein objektives Maß gibt und der Immobiliätsabschlag nur individuell festzusetzen ist. Das Fachgutachten KFS/BW 1 hält dazu fest, dass das Risiko aus einer vergleichsweise geringeren Mobilität der Veranlagung in das zu bewertende Unternehmen nur dann zu berücksichtigen ist, wenn von einer begrenzten Behaltdauer auszugehen ist.¹⁹⁹ Nach einer Empfehlung der Arbeitsgruppe Unternehmensbewertung des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder vom 27.11.2007 sind bei begrenzter Behaltdauer explizite Prognosen über den voraussichtlichen Veräußerungszeitpunkt und die Höhe des erwarteten Verkaufs- oder Liquidationsüberschusses in das Bewertungskalkül aufzunehmen. Bei unbegrenzter Behaltdauer ist im Rahmen des objektivierten Unternehmenswerts die mangelnde Mobilität nicht zu berücksichtigen. Etwas offener gegenüber der Berücksichtigung von eingeschränkter Fungibilität ist dagegen die Empfehlung

192 Eine Übersicht bietet *Pratt*, *Business Valuation Discounts and Premiums* (2009).

193 Eine Übersicht bietet hierfür *Damodaran*, *Marketability and Value: Measuring the Illiquidity Discount* (2005) oder *Pratt*, *Business Valuation Discounts and Premiums* (2009).

194 *Wiese*, *Komponenten des Zinsfußes in Unternehmensbewertungskalkülen* (2006) 5.

195 *Matschke/Brösel*, *Unternehmensbewertung* (2005) 548 mwN.

196 *Gampenrieder/Behrendt*, *Sinnhaftigkeit von Fungibilitätszuschlägen*, *UM* 2004, 91.

197 *Zeidler*, *Die Anwendbarkeit von IDW S 1 auf kleine und mittlere Unternehmen*, in *Baetge/Kirsch* (Hrsg), *Besonderheiten der Bewertung von Unternehmensteilen sowie von kleinen und mittleren Unternehmen* (2006) 50 ff.

198 *Born*, *Unternehmensanalyse und Unternehmensbewertung 2* (2003).

199 *KFS/BW 1 Rz 102*.

des IDW ES 13. Für die Berücksichtigung einer eingeschränkten Verwertbarkeit ist entscheidend, ob und ggf in welchem Ausmaß sich die eingeschränkte Verwertbarkeit des Anteils nach der Verkehrsanschauung auf deren Wert auswirkt. Nicht ausreichend für eine Berücksichtigung sind jedoch Schätzungen, mit denen ohne Begründung pauschale Abschläge vom vollen Wert der Anteile vorgenommen werden. Faktisch wird es daher nach dem IDW ES 13 auch nur im Ausnahmefall zu einer Berücksichtigung einer eingeschränkten Fungibilität kommen.²⁰⁰

4. Börsekurs

Im Zusammenhang mit den Abfindungsansprüchen nach deutschem Squeeze-Out- und Konzernrecht hat die deutsche Judikatur den Grundsatz geprägt, dass der Börsekurs jedenfalls den *Mindestbetrag der Abfindung* bestimmt. Dies ergäbe sich aus der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie, die eine Abfindung zum „vollen Wert“ fordere. Daher müsse die Abfindung so bemessen sein, dass die Minderheitsaktionäre jedenfalls nicht weniger erhalten als bei einer freien Deinvestitionsentscheidung.²⁰¹ Im österreichischen Schrifttum wird dieser Grundsatz auf die Abfindung beim Squeeze-Out nach dem GesAusG für anwendbar gehalten.²⁰² Der VfGH²⁰³ hat zur Einziehung von Partizipationskapital nach § 102a BWG²⁰⁴ aus der Eigentumsgarantie des Art 5 StGG angesichts unterschiedlicher Meinungen im Schrifttum keine Präferenz für eine nach den Börsenkursen („durch den Markt“) oder von Sachverständigen (nach betriebswirtschaftlichen Methoden) vorgenommene Bewertung abgeleitet.²⁰⁵

Auf die hier behandelten Fragen der *pflichtteilsrechtlichen Anteilsbewertung* sind diese Grundsätze nicht übertragbar, weil – anders als in den Squeeze-Out- und Konzernabfindungsfällen – kein Eigentumseingriff vorliegt, sodass die grundrechtlichen Prämissen der genannten Bewertungsgrundsätze nicht anwendbar sind.

Maßgeblich ist vielmehr, welche Rolle der Börsekurs für die Beurteilung des *Verkehrswerts* als gemeiner Wert iSv § 305 ABGB bildet.

200 IDW ES 13 Rz 48.

201 Grundlegend BVerfGE 14, 263 – Feldmühle (zum Ausschluss nach dem dUmwG 1956) sowie BVerfGE 100, 289 – DAT/Altana (zu Abfindungsansprüchen bei der Begründung eines Vertragskonzerns und bei der Eingliederung). Eingehend *Adolff*, Unternehmensbewertung im Recht der börsennotierten Aktiengesellschaft 298 ff.

202 *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-Out (2006) Rz 230 ff, 232 mwN.

203 28.9.2002, G 286/01, VfSlg 16636.

204 IdF BGBl I 1999/123.

205 Die Aufhebung des § 102a BWG erfolgte aufgrund einer Verletzung des Gleichheitsgebotes, die der VfGH darin erblickte, dass die Entscheidung über den Zeitpunkt der Einziehung des Partizipationskapitals von den Organen des betreffenden Kreditinstituts getroffen wird und angesichts dieser Dispositionsbefugnis die Berücksichtigung des Börsenkurses bloß der letzten 20 Tage vor der Beschlussfassung unsachlich sei.

Jedenfalls bei Aktienpaketen, die aufgrund ihrer begrenzten Größe unter Berücksichtigung der Liquidität des jeweiligen Titels über die Börse verkauft werden können, ist der Börsenkurs als gemeiner Wert iSv § 305 ABGB maßgeblich. Denn dies ist der Erlösbetrag, zu welchem der Wert des Aktienpakets realisiert werden kann. Sind vergleichbare Pakete unter Berücksichtigung der üblichen Handelsvolumina jederzeit über die Börse zu erwerben, wird ein rationaler Investor keinen höheren, etwa nach den Grundsätzen der Unternehmens- und Anteilsbewertung ermittelten, Kaufpreis bezahlen.

Schwieriger ist zu beurteilen, ob der Börsenkurs bei größeren Aktienpaketen, die unternehmerischen Einfluss ermöglichen und im Rahmen der üblichen Handelsvolumina nicht kurzfristig über die Börse veräußert werden können, dennoch einen Hinweis auf den Wert des Unternehmens zulässt.

Die betriebswirtschaftliche Literatur steht der Berücksichtigung von Börsewerten bei der Ermittlung des Unternehmenswerts eher ablehnend gegenüber.²⁰⁶ Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass der Aktienkurs lediglich den Marktpreis von Minderheitsanteilen repräsentiert. Die Marktkapitalisierung basiert auf der restriktiven Annahme, dass die Summe der Anteilspreise den Gesamtunternehmenswert ergibt. Ein weiterer Grund liegt darin, dass die Preisbildung am Kapitalmarkt gewissen Störungen unterworfen ist. So bildet sich der Preis nicht nur aufgrund rationaler Bewertungen; Investoren berücksichtigen bei ihren Investitionsentscheidungen vielmehr auch das Verhalten von anderen Marktteilnehmern und folgen damit auch Irrationalitäten, wenn diese dem Verhalten der anderen Marktteilnehmer unterstellt wird. Darüber hinaus kann der Börsewert durch Manipulationen verzerrt sein. Diese Gefahr ist besonders bei wenig liquiden Titeln besonders hoch. Das Fachgutachten KFS/BW 1 folgt dieser ablehnenden Haltung der Betriebswirtschaft und sieht den Börsenkurs ausschließlich zur Plausibilitätsüberprüfung als geeignet an.²⁰⁷ Auch der OGH hat sich in der bisherigen Rsp skeptisch gegenüber dem Börsenkurs als Bewertungsmaßstab geäußert.²⁰⁸ „Für die Bestimmung des Unternehmenswerts ist nach hA eine Bewertung des Unternehmens notwendig. Der Kurswert der Aktien reicht nicht aus. Dass der Börsenkurs idR den wahren Wert des Unternehmens und der Beteiligung wiedergibt, ist eine Fiktion: Nach außergewöhnlichen Marktereignissen ‚erholen‘ sich die Kurse oft nur langsam und kehren erst nach längerer Zeit zu einer am Unternehmenswert orientierten Einschätzung zurück.“ Dennoch ist eine wachsende Offenheit der (deutschen) Gerichte für marktbezogene Unternehmensbewertungen zu beobachten.²⁰⁹

206 Siehe bspw. *Aschauer/Schiebel*, Zur Rolle des Börsenkurses beim Gesellschafterausschluss, RWZ 2009, 308 ff.

207 KFS/BW 1 Rz 17.

208 OGH 6.6.2001, 6 Ob 109/01z.

209 Einzelheiten bei *Hüttemann* in *Fleischer/Hüttemann* (Hrsg), Rechtshandbuch Unternehmensbewertung § 1 Rz 64 mwN.

VI. Zusammenfassung

1. Um die Aushöhlung der Unternehmenssubstanz durch bare Pflichtteilsleistungen, insb an Personen, die zum Eintritt in das Familienunternehmen nicht berechtigt sind (typischerweise Ehegatten), sowie die Zersplitterung des Anteilsbesitzes durch wiederholte Generationenwechsel zu vermeiden, werden Anteile an Familienunternehmen häufig auf eine Stiftung übertragen. Pflichtteilsansprüche der Pflichtteilsberechtigten nach dem Stifter/Erblasser aufgrund der Vermögenszuwendung der Unternehmensanteile können (a) durch einen vertraglichen Pflichtteilsverzicht, (b) durch Wegfall der Hinzurechnungspflicht der Vermögenswidmung nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist des § 782 Abs 1 ABGB nF oder (c) durch die pflichtteilsdeckende Einräumung einer Begünstigtenstellung an die Pflichtteilsberechtigten vermieden werden.
2. Da die Stiftung nicht pflichtteilsberechtigt ist, unterliegt der Wert der Vermögenswidmung nach Ablauf der Zwei-Jahres-Frist des § 782 Abs 1 ABGB nF (Variante 1.b) nicht mehr der Hinzurechnung. Fristbeginn ist der Zeitpunkt des Vermögensopfers.
3. Das Vermögensopfer ist erbracht, wenn sich der Geschenkgeber kein Recht zum Rückerwerb, etwa ein Widerrufsrecht, vorbehalten hat. Bei einer Vermögenswidmung an eine Stiftung muss im Falle der Letztbegünstigtenstellung des Stifters der Widerruf der Stiftung ausgeschlossen und das Änderungsrecht dahingehend eingeschränkt sein, dass es nicht zu einem Rückerwerb eingesetzt werden kann. Auch eine Sachausschüttung der geschenkten Sache an den Stifter darf nicht möglich sein. Der Vorbehalt eines Nutzungs- oder Fruchtgenussrechtes steht dem Vermögensopfer nach neuem Recht nicht entgegen.
4. Ist die Zwei-Jahres-Frist ab der Vermögenswidmung an die Stiftung (Vermögensopfer) noch nicht abgelaufen, kann zur Ermittlung der Bemessungsgrundlage des Pflichtteilsanspruchs nur der Wert des gewidmeten Vermögens (Unternehmensanteile), nicht aber der gleich hohe Wert einer eingeräumten Begünstigtenstellung hinzugerechnet werden. Der Letztere ist aber auf die Pflichtteilsansprüche des Begünstigten anzurechnen.
5. Ist die Zwei-Jahres-Frist seit der Vermögenswidmung (Vermögensopfer) abgelaufen, scheidet die Hinzurechnung des gewidmeten Vermögens aus. Hinzuzurechnen ist aber der Wert einer eingeräumten Begünstigtenstellung und derselbe Wert ist auf den Pflichtteilsanspruch des Begünstigten anzurechnen.
6. Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche hängen von einer Unternehmensbewertung ab, wenn (a) Unternehmen oder Unternehmensanteile in den Nachlass fallen und/oder (b) hinzu- und anrechnungspflichtige Vorschenkungen Unternehmen oder Unternehmensanteile zum Gegenstand haben. Ferner entscheidet eine Unternehmensbewertung der von der Stiftung gehaltenen Unternehmensanteile über die Höhe der Pflichtteilsdeckung durch die Einräumung einer Begünstigtenstellung. Bewertungsstichtag ist bei der Vererbung

eines Unternehmens oder von Unternehmensanteilen der Todestag, im Falle einer Vorschenkung hingegen der Zeitpunkt des Vermögensopfers.

7. Unternehmen und Unternehmensanteile sind nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Unternehmensbewertung zu bewerten. Durch das Fachgutachten KFS/BW 1 des Fachsenats der Kammer der Wirtschaftstreuhänder, im rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Schrifttum sowie in der Judikatur sind die Ertragswertmethode sowie das DCF-Verfahren anerkannt. Nicht nur die Auswahl der dem Bewertungszweck entsprechenden Bewertungsmethode, sondern auch die rechtsrichtige Anwendung der Bewertungsmethode sowie die tatsächlichen Grundlagen, insb die Planung der zukünftigen Überschüsse, unterliegen der richterlichen Überprüfung.
8. Unternehmensanteile sind bei rechtlichen Bewertungsanlässen idR nach der abgeleiteten (indirekten) Methode zu bewerten. Bei vermögensrechtlich unterschiedlich ausgestalteten Unternehmensanteilen ist eine direkte Anteilsbewertung die zweckadäquatere Vorgehensweise. Bei der Bewertung einer Begünstigtenstellung ist der Anteil an der Gesamtausschüttung der Stiftung – die in der Stiftungserklärung festgesetzte Begünstigungsquote – maßgeblich.
9. Die Höherbewertung von Anteilen mit Stimmrechten gegenüber Anteilen ohne Stimmrecht (stimmrechtslosen Vorzugsaktien) ist zulässig, wenn dies – wie etwa durch eine Kursdifferenz zwischen Stammaktien und stimmrechtslosen Vorzugsaktien – durch den Markt objektiviert ist. Wo keine Marktdaten verfügbar sind, ist die Berücksichtigung im Rahmen des gemeinen Werts (§ 305 ABGB) dennoch nicht ausgeschlossen. Allerdings dürften idR keine überprüfbaren Daten zur Bewertung von Stimmrechten existieren.
10. Gleiches gilt für die Berücksichtigung einer Kontrollprämie bei Anteilen, die die Beherrschung der Gesellschaft ermöglichen.
11. Die Berücksichtigung von Veräußerungsbeschränkungen kommt nach einem Teil des betriebswirtschaftlichen Schrifttums und dem Fachgutachten KFS/BW 1 nur bei begrenzter Beteiligungsdauer in Betracht. Auch hier wird indessen idR Datenmaterial zur Bemessung eines Mobilitätszuschlages oder eines Immobilitätsabschlages fehlen.
12. Aktienpakete, die unter Berücksichtigung der Liquidität des Titels über die Börse verkauft werden können, sind zum durchschnittlichen Börsenkurs zu bewerten. Eine Höherbewertung aufgrund des anteiligen Unternehmenswerts ist unzulässig. Aktienbeteiligungen, die unternehmerischen Einfluss ermöglichen, sind zum anteiligen Unternehmenswert anzusetzen; bei börsennotierenden Gesellschaften bildet der durchschnittliche Börsenkurs die Untergrenze der Bewertung.
13. Bei Aktien börsennotierender Gesellschaften kommt die Berücksichtigung von durchschnittlichen Börsenkursen, zumindest zur Plausibilisierung der Unternehmensbewertung, in Betracht. Die deutsche Bewertungsjudikatur ist zunehmend geneigt, Börsenkurse als durch den Markt objektivierte Werte zu berücksichtigen. Diese Entwicklung ist aber noch im Fluss.