



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die familiäre Unternehmensnachfolge“

Verfasserin

Mag. Anita M. H. Reiter, BA

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.iur.)

| | |
|--|-------------------------------------|
| Wien, Oktober 2010 | |
| Studienkennzahl lt. Studienblatt: | A 083 101 |
| Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: | Rechtswissenschaften |
| Betreuer: | em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| A Einführung in das Thema Generationenwechsel im Familienunternehmen | 9 |
| 1. Definition Familienunternehmen..... | 10 |
| 2. Definition Unternehmensnachfolge..... | 15 |
| 3. Definition Übernahmezeitpunkt..... | 21 |
| 3.1 Universalsukzession, Gesellschafterwechsel und Einzelrechtsnachfolge.. | 21 |
| 4. Besonderheiten der familiären Unternehmensnachfolge..... | 22 |
| 5. Vorgehen bei der Übergabe..... | 24 |
| o Checklist Übergabe/Nachfolge..... | 26 |
| 6. Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten der Unternehmensnachfolge.. | 27 |
| 6.1 Spezialfall Einpersonenernehmen..... | 28 |
| 6.2 Einführung des Nachfolgers..... | 32 |
| 6.3 Absicherung der Nachfolge im Fall unvorhersehbarer Ereignisse..... | 34 |
| 6.4 Die gesetzliche Erbfolge als Gefahr für Unternehmen und Familie..... | 35 |
| 6.5 Absicherung des Ruhestands des Übergebers..... | 36 |
| 6.6 Absicherung weichender Erben..... | 37 |
| 7. Nach der Übergabe..... | 38 |
| 8. Die einzelnen Rechtsformen..... | 39 |
| 8.1 Kapitalgesellschaften..... | 39 |
| o Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)..... | 39 |
| o Die Aktiengesellschaft (AG)..... | 41 |
| 8.2 Einzelunternehmer und Personengesellschaften..... | 41 |
| o Einzelunternehmer..... | 41 |
| o Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)..... | 42 |
| o Die offene Gesellschaft (OG)..... | 44 |
| o Die Kommanditgesellschaft (KG)..... | 48 |
| B Unternehmensnachfolge unter Lebenden | 50 |
| 1. Schenkung..... | 50 |
| 1.1 Charakteristik der Schenkung..... | 51 |
| 1.2 Formerfordernisse..... | 53 |
| o Formgebot „Wirkliche Übergabe“..... | 53 |
| o Liegenschaften..... | 54 |
| o Forderungen und Rechte..... | 56 |
| 1.3 Gestaltungsmöglichkeiten einer Schenkung..... | 57 |
| o Belohnende Schenkung..... | 57 |
| o Gemischte Schenkung..... | 58 |
| o Schenkung unter Vorbehalt des Fruchtgenusses..... | 59 |
| 1.4 Die Erb(Pflichtteils-)abfindung..... | 60 |
| 1.5 Die Unwiderruflichkeit der Schenkung..... | 62 |
| 1.6 Die Widerrufsgründe im Detail..... | 64 |
| o Dürftigkeit (§ 947 ABGB)..... | 64 |
| o Undank (§ 948 f ABGB)..... | 65 |
| o Pflichtteil (§ 951 f ABGB)..... | 65 |
| 1.7 Zusammenfassung: Schenkung..... | 66 |
| 2. Kauf bzw Verkauf des Familienunternehmens..... | 67 |
| 2.1 Kaufvertrag..... | 68 |
| o Übergangsformen und Voraussetzungen..... | 69 |
| o Formerfordernisse..... | 70 |
| o Genehmigungsvorbehalte..... | 71 |

| | |
|---|------------|
| ○ Inhaltliche Erfordernisse | 72 |
| ○ Kaufobjekt | 73 |
| ○ Kaufpreis..... | 74 |
| ○ Unternehmensbewertung | 75 |
| 2.2 Unternehmenskauf | 77 |
| ○ Einzelne Phasen des Unternehmenskaufs | 79 |
| ○ Weitere Vertragsparteien | 81 |
| ○ Unterscheidung Share Deal – Asset Deal | 81 |
| 2.3 Übernahme von Rechtsverhältnissen | 83 |
| ○ Nachhaftung..... | 87 |
| ○ Haftungsfragen bei eingetragenen Personengesellschaften..... | 89 |
| ○ Erwerberhaftung nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften..... | 90 |
| ○ Die Haftungsbeschränkungen des § 1409 ABGB..... | 90 |
| 2.4 Gewährleistung beim Unternehmenskauf..... | 98 |
| 2.5 Spezifische Vertragsgestaltungen..... | 100 |
| ○ Vorkaufsrechte..... | 100 |
| ○ Übergabsvertrag..... | 101 |
| 2.6 Zusammenfassung: Kauf bzw Verkauf des Familienunternehmens..... | 102 |
| 3. Leibrente | 103 |
| 4. Unternehmenspacht..... | 108 |
| 5. Nachfolge mittels Einbringung oder Spaltung..... | 114 |
| 6. Stiftungslösung..... | 115 |
| 7. Zusammenfassung: Unternehmensnachfolge unter Lebenden | 117 |
| C Unternehmensnachfolge von Todes wegen | 119 |
| ○ Berufung..... | 123 |
| 1. Gesetzliche Erbfolge..... | 124 |
| ○ Die erste Parentel..... | 125 |
| ○ Die zweite Parentel..... | 125 |
| ○ Die dritte Parentel..... | 125 |
| ○ Die vierte Parentel | 126 |
| ○ Das Ehegattenerbrecht | 126 |
| 2. Gewillkürte Erbfolge | 127 |
| 2.1 Rechtsgeschäfte von Todes wegen..... | 127 |
| ○ Die Einsetzung als Erbe | 130 |
| ○ Die Einsetzung als Legatar..... | 131 |
| 2.2 Formen letztwilliger Verfügungen..... | 132 |
| ○ Eigenhändiges/holographes Testament..... | 132 |
| ○ Fremdhändiges/allographes Testament | 133 |
| ○ Öffentliches Testament..... | 133 |
| 2.3 Der Erbvertrag..... | 135 |
| 2.4 Erbverzicht | 136 |
| 2.5 Erbsentschlagung..... | 139 |
| 2.6 Anwachsung | 141 |
| 2.7 Unbeschränkte Erbenhaftung..... | 142 |
| 2.8 Erbschaftskauf und Erbschaftsschenkung..... | 142 |
| ○ Erbschaftskauf | 142 |
| ○ Erbschaftsschenkung | 144 |
| 2.9 Zusammenfassung: Erbfolge | 145 |
| 3. Noterben und Pflichtteilsrecht | 146 |
| 3.1 Erfordernisse einer rechtmäßigen Enterbung..... | 149 |
| 3.2 Pflichtteilsminderung | 150 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 3.3 | Übergehen gesetzlicher Erben im letzten Willen | 151 |
| 3.4 | Pflichtteilsermittlung..... | 151 |
| 3.5 | Schenkungsanrechnung..... | 153 |
| 3.6 | Berechnung der Pflichtteilerhöhung..... | 155 |
| 3.7 | Anrechnung von Vorempfängen und Vorschüssen | 155 |
| 3.8 | Pflichtteilsansprüche und das Unternehmen | 157 |
| | o Stundungsmodell..... | 159 |
| 3.9 | Zusammenfassung: Pflichtteilsrecht und Anrechnung..... | 161 |
| 4. | Die Schenkung auf den Todesfall | 162 |
| | o Formgebote..... | 164 |
| | o Durchsetzung..... | 167 |
| 5. | Erbrecht und Gesellschaftsrecht | 167 |
| 5.1 | Erbengemeinschaft | 168 |
| 5.2 | Personengesellschaften..... | 169 |
| 5.3 | Kapitalgesellschaften | 172 |
| | o Nachfolge über Anteile an einer Kapitalgesellschaft durch testamentarische Anordnung..... | 174 |
| | o Nachfolge über Anteile einer Kapitalgesellschaft mittels Kodizill | 175 |
| 5.4 | Zusammenfassung: Erbrecht und Gesellschaftsrecht..... | 176 |
| 6. | Zusammenfassung: Unternehmensnachfolge von Todes wegen | 176 |
| D | Conclusio | 178 |
| | Abkürzungsverzeichnis | 181 |
| | Entscheidungsverzeichnis | 184 |
| | Literaturverzeichnis..... | 185 |
| | Curriculum Vitae | 190 |
| | Abstract..... | 191 |

VORWORT

Die Solidarität und der Zusammenhalt, die eine Familie bieten, bilden in vielen Fällen die solide Basis für den Erfolg eines Familienunternehmens. Der Familienunternehmer trägt aber nicht nur die Verantwortung für die Unternehmerfamilie, sondern auch für seine Mitarbeiter. Darüber hinaus ist ein Familienunternehmen – wie jedes Unternehmen – in komplexe wirtschaftliche und gesellschaftliche Zusammenhänge verwoben.

Die Nachfolge ins Familienunternehmen und ihre Planung werden von vielerlei Motiven und Zielen geleitet und beeinflusst, nicht immer werden dabei alle Beteiligten im Einklang stehen und ihre Vorstellungen uneingeschränkt durchsetzen können. Die Nachfolge ins Familienunternehmen soll in erster Linie den Fortbestand des Familienunternehmens sichern. Damit eng verbunden ist die Existenzsicherung der Familienmitglieder durch das Familienunternehmen als die primäre Quelle ihres Einkommens. Zudem ist zu berücksichtigen, dass ein Familienunternehmen nicht nur die Einnahmequelle für die Unternehmerfamilie selbst darstellt, sondern auch für die Arbeitnehmer des Familienunternehmens und ihre Angehörigen die Sicherung der Existenzgrundlage bilden kann.

Bei der Nachfolge in ein Familienunternehmen geht es nicht nur um die Durchsetzung individueller Interessen von Übergeber und Übernehmer, die durch das Unternehmen ihre finanzielle Existenz absichern wollen, sondern auch um die Absicherung und den Ausgleich der Interessen anderer Familienmitglieder, die nicht in die Leitung des Familienunternehmens eintreten.

Die Übergabe eines Familienunternehmens wird außerdem von gesellschaftlich relevanten Zielen mitbegleitet, indem die Unternehmensfortführung durch den Übernehmer Arbeitsplätze sichert, die Diversität am Markt erhält oder vielleicht sogar für die Weitergabe von Traditionen sorgt, wodurch die Unternehmensphilosophie oder Familientradition von der Unternehmerfamilie weitergeführt, oder Wissen und Fertigkeiten in Form von Handwerkstradition oder Fertigungsmethoden weitergegeben werden.

An dieser Stelle geht mein Dank an meinen Dissertationsbetreuer Herrn Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci, der von Anfang an von der Wichtigkeit des Themas der Nachfolge im Familienunternehmen mit seinen rechtlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Komponenten überzeugt war. In unseren Diskussionen über das

Thema war er mir stets ein hilfsbereiter und hilfreicher Gesprächspartner. Seine glühende Begeisterung für das Unternehmensrecht war eine Quelle großer Inspiration für mich.

Ich bedanke mich außerdem bei Herrn Univ.-Prof. Dr. Michael Enzinger, der sich bereit erklärt hat die Zweitbegutachtung dieser Arbeit zu übernehmen.

Ich danke auch meinem Vater, Franz Reiter, für seine Unterstützung beim Verfassen und der Ermöglichung meiner Dissertation. Er war nicht bloß ein geduldiger und aufmerksamer Korrekturleser, allen voran hat er mir mit seiner Diskussionsbereitschaft und den Erfahrungen aus seiner langjährigen beruflichen Praxis sehr geholfen.

Mein Dank gilt auch Matthias Pázmány, der mich während der gesamten Zeit, aber besonders in der Endphase der Arbeit unterstützt und außerordentlich motiviert hat.

Nicht vergessen werden darf der Dank an meine – wenn auch nicht namentlich genannten – Freunde und Kollegen, die mir während der Zeit der Arbeit an meiner Dissertation mit Rat und Hilfe in vielerlei Hinsicht beigestanden haben, indem sie die Bereitschaft gezeigt haben Probleme zu diskutieren, Ratschläge zu geben, mich anzutreiben oder – wenn nötig – von der Arbeit abzulenken.

A EINFÜHRUNG IN DAS THEMA GENERATIONENWECHSEL IM FAMILIENUNTERNEHMEN

Die österreichische Wirtschaftsstruktur setzt sich überwiegend aus KMU zusammen – ca 80 % der österreichischen Unternehmen befinden sich in Familienbesitz. Diese Unternehmen erwirtschaften mehr als 50 % des Bruttoinlandprodukts und spielen damit in Österreichs Wirtschaft eine tragende Rolle. Das Spektrum dieser Familienunternehmen reicht von Kleinst- und Kleinunternehmen, bei denen alle Familienmitglieder im Unternehmen mitwirken, bis zu Großkonzernen, bei denen sich die Familie völlig aus dem operativen Geschäft zurückgezogen hat und nur mehr als Eigentümer fungiert. Je nach gewählter Rechtsform gestaltet sich die Einflussnahme der Familie auf das Unternehmen unterschiedlich.¹

Den Familienbezug und den Einfluss der Gründerfamilie generationenübergreifend zu erhalten, stellt auch eines der Hauptziele bei der Übergabe an die Unternehmensnachfolger dar. Am aussichtsreichsten bewerkstelligt werden mit 67 % erfolgreicher Übergänge jene von der ersten in die zweite Generation. Die Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Übergangs auf die nächste Generation sinkt jedoch mit jeder weiteren Übergabe. So werden noch 32 % der Familienunternehmen in die dritte, und lediglich 16 % in die vierte Generation übergeben.²

Der Erhalt von Familienunternehmen wurde bereits 1994 von der Europäischen Kommission als gesellschafts- und wirtschaftspolitische Herausforderung anerkannt und wird seither weiter behandelt. So schätzt die Europäische Kommission, dass in den kommenden zehn Jahren ein Drittel der europäischen Familienunternehmen, das sind in Zahlen jährlich etwa 690.000 Unternehmen, an die nächste Generation übergehen sollen. Gleichzeitig erhob die deutsche Industrie- und Handelskammer im Jahr 2007, dass 15 % der deutschen Familienunternehmer keinen geeigneten Nachfolger im Familienkreis haben und daher mit einem Verkauf des Unternehmens rechnen.³

Die Wichtigkeit des Themas der Unternehmensnachfolge im Familienunternehmen lässt sich zwar mit quantitativen Zahlen belegen, dennoch sollte nie der ganz individuelle und oft schlicht nicht quantifizierbare Wert eines Unternehmens und

¹ *Kalss/Oelkers*, Versuch einer Kategorisierung der Familienunternehmen als Grundlage für die Analyse ihrer spezifischen Anforderungen an eine rechtliche Ordnung, JEV 2007, 56.

² *Kalss/Oelkers*, JEV 2007, 56; mwN.

³ *Kalss/Oelkers*, JEV 2007, 56; mwN.

seines Fortbestehens im Familienkreis für den Unternehmer, die Unternehmerfamilie und die Mitarbeiter des Unternehmens außer Acht gelassen werden.

Um das Familienunternehmen in die nächste Generation zu führen, bieten sich unterschiedliche Strategien an, die sich zwischen einer Nachfolge zu Lebzeiten des übergebenden Unternehmers und einer Nachfolge von Todes wegen bewegen, die entgeltlich und unentgeltlich sein können und die je nach Ausgestaltung auch unterschiedliche Konsequenzen für das Unternehmen, den Unternehmer und die übrigen Familienmitglieder entwickeln.

Was bei der Unternehmensnachfolge in ein Familienunternehmen stets berücksichtigt werden sollte, ist, dass durch das Zusammenspiel der beiden Systeme Familie und Unternehmen neben betriebswirtschaftlichen und rechtlichen, va psychologische Aspekte großes Gewicht im Nachfolgeprozess haben. Dies wiederum führt zur Entwicklung unterschiedlicher und teils unbewusster Erwartungen, die das Potential zu Ziel- und Machtkonflikten bergen und die in Verbindung mit dem Familienbezug des Unternehmens eine große emotionale Beteiligung nach sich ziehen können.⁴

Um überhaupt eine griffige Vorstellung davon zu haben, worum es sich bei einer Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen handelt, liegt es nahe eine Definition der Begriffe Familienunternehmen und Unternehmensnachfolge an den Anfang zu stellen.

1. Definition Familienunternehmen

Da es sich bei Unternehmen an sich schon um komplexe Gebilde handelt, die zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen können, sei der Definition von Familienunternehmen eine allgemeinere Definition vorangestellt; nämlich die des Unternehmens.

Das UGB definiert in § 1 Abs 1 UGB nach dem Vorbild des KSchG folgendes: „Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.“ Darauf folgt § 1 Abs 2 UGB mit der Definition des Unternehmens: „Ein Unternehmen ist jede auf Dauer angelegte

⁴ *Kailer/Weiß*, VWT 2005 H4, 32.

Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“ Eine Organisation ist dabei ein Aktions- und Handlungssystem, das ein relativ genau umschriebenes Ziel unter rationalem Einsatz zweckdienlicher Mittel fortgesetzt verfolgt. Dabei wird eine solche Organisation meist – wenn auch nicht zwingend – von einer kooperierenden Personengruppe gebildet; auch einzelne physische Personen können einer auf Dauer angelegten, planmäßigen und organisierten Tätigkeit nachgehen und somit ein Unternehmen betreiben.⁵

Die Regelungen des UGB gelten für alle Unternehmer iSd §§ 1 bis 3 UGB sowie für juristische Personen öffentlichen Rechts. Für die vorliegende Arbeit relevant sind vor allem die §§ 1 und 2 UGB. Der eben erwähnte § 1 UGB umfasst alle Unternehmer kraft Betrieb eines Unternehmens; darunter fallen vor allem Gewerbetreibende wie Bauunternehmer, Gastwirte oder Warenhändler. Aber auch Angehörige freier Berufe, Land- und Forstwirte oder unternehmerisch tätige Vereine können Unternehmer kraft Betrieb eines Unternehmens sein. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es ebenso wenig an, wie auf die Eigentumsverhältnisse am Unternehmen. § 2 UGB umfasst Unternehmer kraft Rechtsform, dazu gehören unter anderem Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und Europäische Gesellschaften (SE). Personengesellschaften (OG, KG) sind keine Unternehmer kraft Rechtsform, können aber bei Vorhandensein der notwendigen Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 UGB unter seinen Anwendungsbereich fallen.⁶

Rein rechtlich gesehen handelt es sich bei einem Unternehmen als organisierte Erwerbungsgelegenheit weder um ein Rechtssubjekt, noch um ein Rechtsobjekt. Am ehesten kann man es als Sondervermögen sehen, das aus weit mehr besteht, als aus einer bloßen Sammlung an sachenrechtsfähigen Gegenständen.⁷

§ 1 Abs 3 UGB stellt klar: „Soweit in der Folge der Begriff des Unternehmers verwendet wird, erfasst er Unternehmerinnen und Unternehmer gleichermaßen.“ Angelehnt an diesen Abs des Gesetzestextes soll für die nachfolgende Arbeit ebenfalls gelten, dass die zur besseren Lesbarkeit verwendete männliche Form natürlich auch Unternehmerinnen, Gesellschafterinnen sowie Nachfolgerinnen und Erbinnen einschließt.

⁵ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 22.

⁶ *Dehn* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 126.

⁷ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 49.

*Czernich/Guggenberger/Schwarz*⁸ definieren ein Unternehmen als:

„- Selbstständige, organisierte Erwerbsgelegenheit, bei welcher körperliche und unkörperliche Sachen zu einer Gesamtsache zusammengefasst sind, die wiederum die Erwerbsgelegenheit darstellt insbesondere aber die Organisation der Produktionsmittel, die Absatzgelegenheiten, die Geschäftsräume und der Goodwill.

- Eine Organisation wirtschaftsbewegender Güter und Kräfte, die in ihrer Gestaltung eine überindividuelle Einheit wirtschaftlichen Aktionsvermögen darstellt.

- Eine Erwerbsbeschäftigung, die den Abschluss und die Erfüllung von Rechtsgeschäften regelmäßig mit sich bringt.“

Auch in dieser Definition zeigt sich, dass ein Unternehmen weit mehr als die Ansammlung von sachenrechtsfähigen Gegenständen ist.

Die verwendete Arbeitsdefinition von Familienunternehmen soll sich am Handbuch des österreichischen Familienunternehmens von *Czernich/Guggenberger/Schwarz*⁹ orientieren. Das offensichtlichste Unterscheidungsmerkmal zu Unternehmen mit anderen Eigentümerstrukturen ist sicherlich die familiäre Nahebeziehung der mit dem Unternehmen verbundenen Personen. Eine weitere klare Definition des Begriffs Familienunternehmen ist jedoch schwierig und fällt auch in der Literatur unterschiedlich aus.

Eine andere Definition sieht vor, dass ein Familienunternehmen zumindest die drei folgenden Charakteristika aufweisen muss:

- a) Die an der Gesellschaft beteiligten Personen müssen Mitglied einer Familie sein.
- b) Einzelne Familienmitglieder oder die Gesamtheit der Familie müssen in der Lage sein, die Gesellschaft zu beherrschen.
- c) Die herrschenden Familienmitglieder müssen den festen Willen haben, das Unternehmen als eine der Familie dienende Gesellschaft zu führen.¹⁰

Besonders der dritte Punkt zeigt die Schwierigkeiten mit denen Familienunternehmen und Unternehmerfamilien konfrontiert sein können. Zwischen familiären und unternehmerischen Zielsetzungen tun sich Interessenskonflikte auf,

⁸ *Czernich/Guggenberger/Schwarz*, Handbuch des österreichischen Familienunternehmens, 314.

⁹ *Czernich/Guggenberger/Schwarz*, Handbuch des österreichischen Familienunternehmens, 7.

¹⁰ *Czernich/Guggenberger/Schwarz*, Handbuch des österreichischen Familienunternehmens, 7; mwN.

die das Potential bergen, die Gesellschaft nicht nur so zu führen, dass sie vorrangig den Familieninteressen dient, sondern auch Unternehmensinteressen verfolgt.¹¹

Dem kann nach einer weiteren Begriffsbildung ein zusätzliches Element hinzugefügt werden, nämlich dass zumindest eines der Familienmitglieder in einer aktiven Rolle bei der operativen Tätigkeit des Unternehmens vertreten sein muss. Demzufolge finden sich in einem Familienunternehmen folgende Charakteristika:

- a) Die Familie kontrolliert einen ausreichend großen Anteil des Unternehmens, um einen beherrschenden Einfluss auf die Entwicklung und die strategischen Zielsetzungen des Unternehmens nehmen zu können;
- b) Die Verteilung der Stimmrechte erlaubt es der Familie eine substantielle Kontrollfunktion über das Unternehmen einzunehmen – das wäre der Fall, wenn die Familie über eine deutliche absolute Mehrheit der Stimmrechte verfügt;
- c) Zumindest ein Familienmitglied aktiv in die Geschäftsführung des Unternehmens eingebunden ist.¹²

Dieser Definition zufolge nimmt die Familie nicht nur die klassischen Eigentümer-, Kontroll- und Einflussfunktionen wahr, sondern ist auch durch mindestens ein Mitglied aktiv in das operative Management des Unternehmens eingebunden.¹³

In der Definition von *Fasselt*¹⁴ wird für ein Familienunternehmen ebenfalls festgelegt, dass das Unternehmen in der Hand einer oder mehrerer (häufig verwandtschaftlich miteinander verbundener) Familien liegt und die Unternehmensziele von dieser Familie bzw diesen Familien bestimmt werden. Die Unternehmensführung muss dabei nicht allein und jederzeit in den Händen von Familienmitgliedern liegen, oft kann der Einsatz familienfremder Geschäftsführer zweckmäßig oder notwendig sein. So sieht *Fasselt*¹⁵ zwei entscheidende Komponenten für Unternehmerfamilien: die Stellung als Unternehmer mit dem unternehmerischen Handeln auf der einen Seite und die Eigentümerstellung mit der Bereitstellung von Kapital und dem Tragen des Risikos auf der anderen Seite.

¹¹ *Czernich/Guggenberger/Schwarz*, Handbuch des österreichischen Familienunternehmens, 7.

¹² *Czernich/Guggenberger/Schwarz*, Handbuch des österreichischen Familienunternehmens, 7; mwN.

¹³ *Czernich/Guggenberger/Schwarz*, Handbuch des österreichischen Familienunternehmens, 8.

¹⁴ *Fasselt*, Nachfolge im Familienunternehmen, 4.

¹⁵ *Fasselt*, Nachfolge im Familienunternehmen, 4.

Für *Kailer/Weiß*¹⁶ besteht die Besonderheit eines Familienunternehmens in der Koevolution der beiden sozialen Systeme Familie und Unternehmen, die im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit und va infolge der Nachfolgeplanung immer mehr miteinander vermischt und konfrontiert werden.

Für *Hasenzagl*¹⁷ sind es sogar drei Systeme, die bei einem Familienunternehmen ineinander greifen und gekoppelt sind: das System der Familie, das Unternehmen und das Eigentümersystem. Zwischen den beiden Polen – dass einerseits alle Familienmitglieder im Unternehmen mitarbeiten und sich das Eigentum daran zu 100 % in Familienhand befindet und dass andererseits das Eigentum auf Investoren aufgeteilt ist, die nicht im Unternehmen mitarbeiten und auch nicht über Verwandtschaftsverhältnisse miteinander verknüpft sind – sind alle möglichen Spielarten und Koppelungen dieser drei Systeme denkbar und in der Praxis anzutreffen. Für die Einordnung als Familienunternehmen ist es jedoch nötig, dass das System Familie und das System Unternehmen sich gegenseitig stark beeinflussen. Die Eigentümerrolle scheint das Zusammenwachsen der beiden anderen Systeme zu fördern und ist für Familienunternehmen daher typisch.

Die Diskussion von Familienunternehmen sollte also immer das Spannungsfeld zwischen Unternehmen, Familie, Eigentümerfunktion und Management des Unternehmens im Blick haben. Im Unterschied zu anderen Unternehmensformen, wie zB Publikumsgesellschaften, etwa börsennotierte Aktiengesellschaften, haben Familienunternehmen eine hohe subjektive Komponente bei der unternehmerischen Zielsetzung, wodurch betriebswirtschaftliche Aspekte oft in den Hintergrund gerückt werden. Das Unternehmen ist deswegen keine reine Kapitalanlage mit dem vornehmlichen Ziel eines maximalen Shareholder Values, sondern es ist viel eher von den Werten und Prinzipien der Anteilseigner – somit der Familienmitglieder – geprägt.¹⁸

Prägnant ist die Definition, dass ein Unternehmen dann als Familienunternehmen bezeichnet werden kann, wenn ein oder mehrere Familienmitglieder einen

¹⁶ *Kailer/Weiß*, Beratungspotentiale zur Sicherung und Organisation der Unternehmensnachfolge in Familienbetrieben, VWT 2005 H4, 32.

¹⁷ *Hasenzagl*, Soziale und fachliche Spezifika bei der Unternehmensnachfolge von Familienunternehmen in *Hasenzagl/Stocker*, Unternehmensnachfolge – Herausforderungen, Chancen und Erfolgsfaktoren – Wiener Neustädter Managementgespräche, 48.

¹⁸ *Czernich/Guggenberger/Schwarz*, Handbuch des österreichischen Familienunternehmens, 8.

wesentlichen Einfluss auf das Unternehmen ausüben und als oberste Kontrollinstanz der Unternehmung agieren. Streitbar ist allerdings, ob auch das aktive Engagement zumindest eines Familienmitglieds in der operativen Geschäftsführung des Unternehmens notwendig ist, um als Familienunternehmen zu gelten.¹⁹

Für *Kalss/Oelkers*²⁰ handelt es sich dann um ein Familienunternehmen, wenn daran ausschließlich oder mehrheitlich Personen beteiligt sind, die durch Verwandtschaft oder Ehe miteinander verbunden sind. Über die Unternehmensgröße oder Rechtsform ist damit noch keine Aussage getätigt. Wesentlich ist allerdings die Einflussmöglichkeit des Eigentümers auf das Unternehmen. Diese Einflussmöglichkeit hat in der Praxis viele Varianten, die in einer Bandbreite zwischen dem Zusammenfallen von Eignerfunktion und Unternehmensführung bis hin zu einer völligen Trennung dieser beiden Funktionen mit einem Fremdmanagement des Unternehmens liegen.

Zusammenfassend aus den vorliegenden Definitionen lassen sich folgende drei Grundcharakteristika eines Familienunternehmens ausmachen:

- Das Unternehmenskapital und die damit verbundene Risikotragung liegen zu einem überwiegenden Teil in Familienhand.
- Die Familie hat Einfluss auf die operative Tätigkeit und das Management des Familienunternehmens. Nur in Ausnahmefällen ist ein (vorübergehendes) Fremdmanagement denkbar.
- Das Unternehmen wird im Willen geführt ein Familienunternehmen zu sein, das vorrangig dem Wohl und der Existenzsicherung der Familie dienen soll.

2. Definition Unternehmensnachfolge

Nach der eingehenden Erläuterung unter welchen Bedingungen ein Unternehmen als Familienunternehmen bezeichnet werden kann, soll geklärt werden, welche Voraussetzungen nötig sind, um von einer Unternehmensnachfolge sprechen zu können.

¹⁹ *Czernich/Guggenberger/Schwarz*, Handbuch des österreichischen Familienunternehmens, 8.

²⁰ *Kalss/Oelkers*, JEV 2007, 56.

Die von *Frank*²¹ verwendete, sehr ausführliche Definition der Unternehmensnachfolge enthält mehrere Begriffselemente, die im Folgenden noch näher erläutert werden sollen:

„Eine Unternehmensnachfolge liegt vor, wenn es unabhängig vom konkreten Übergabeanlass zu einem kapital- und führungsmaßigen Übergang auf einen oder mehrere (juristische und/oder natürliche) Personen kommt und diese entweder das ganze Unternehmen erwerben, oder im Fall eines Erwerbs von Anteilen alleine oder gemeinsam mit anderen Eigentümern einen bestimmenden Einfluss auf die Unternehmenspolitik ausüben können, wobei die Nachfolge augenblicklich oder gestreckt erfolgen kann und sowohl Familien- als auch Nicht-Familienunternehmen einbezogen sind und eine Fortführung des ursprünglichen Unternehmens zumindest hinsichtlich der angestammten Produkte oder Märkte beabsichtigt ist und das Übernahmeunternehmen Merkmale aufweist, die auch nach dem Rückzug des Übergebers noch einen „Goodwill“ für den Nachfolger zu stiften vermögen, also einen vom Übergeber unabhängigen Wert repräsentieren.“

Die darin enthaltenen Begriffselemente kapital- und führungsmaßiger Übergang, Nachfolgeprozess, Nachfolgezeit, Nachfolgerzahl (mit Gesellschaftsanteilen), Fortführung des ursprünglichen Unternehmens, Nachfolgekontext, Nachfolgeanlass und Größe des Übergangunternehmens werden im Anschließendenden näher erläutert:

Kapital- und führungsmaßiger Übergang: Der Nachfolger erwirbt (teilweise) Eigentum am Unternehmen und übernimmt damit auch die Führungsverantwortung. Im Fall von Personen- oder Kapitalgesellschaften erfolgt dies mittels Übernahme von Anteilen, bei Einzelunternehmen durch Erwerb der Wirtschaftsgüter. Ob dabei jede Übertragung von Gesellschaftsanteilen unabhängig von deren Größe eine Nachfolge darstellt, wird in der Literatur selten diskutiert und stellt damit ein beträchtliches Problem mit weitreichenden Abgrenzungsschwierigkeiten dar.²²

Beim Erwerb von kleineren Geschäftsanteilen stellt sich das Problem, ab wann von einer Übernahme gesprochen werden kann. *Frank*²³ schlägt hierbei vor, auf eine Kopplung von Anteilserwerb und faktischem Einfluss im Unternehmen abzustellen. Problematisch dabei ist, dass sich der faktische Einfluss auch erst im Laufe der Zeit herausbilden kann. Zudem stellen Mehrheitsanteile keine Sicherheit hinsichtlich der

²¹ *Frank*, Unternehmensnachfolge – Allgemeine Grundlagen und ausgewählte empirische Befunde für Österreich und Niederösterreich, in *Hasenzagl/Stockner*, Unternehmensnachfolge – Herausforderungen, Chancen und Erfolgsfaktoren – Wiener Neustädter Managementgespräche 2006, 19.

²² *Frank*, Unternehmensnachfolge, in *Hasenzagl/Stockner*, Unternehmensnachfolge, 16.

²³ *Frank*, Unternehmensnachfolge, in *Hasenzagl/Stockner*, Unternehmensnachfolge, 19 f.

faktischen Leitungsmacht dar, da einflussreiche und fachlich besonders kompetente Eigentümer von Minderheitsanteilen diese an sich ziehen können.

Nachfolgeprozess: Aus betriebswirtschaftlicher Sicht stellt die Nachfolge keinen punktuellen Akt dar, sondern setzt sich aus mehreren Phasen zusammen, die von unterschiedlichen Problemschwerpunkten mit verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten gekennzeichnet sind. Diese Phasen lassen sich grob als Vorbereitungs-, Umsetzungs- und Wirkungsphase der Nachfolge umreißen.²⁴

Nachfolgezeit: Es steht den betroffenen Personen offen, je nach Ausgestaltung des Nachfolgeprozesses, die Übereignung zu einem einzigen Zeitpunkt oder aber sukzessive in mehreren Teilen zu vollziehen.²⁵

Nachfolgerzahl: Der Übergeber hat grundsätzlich die Wahl, an wie viele Nachfolger das Unternehmen übergehen soll. Abhängig von der Zahl der Nachfolger sind die Problemfelder bei der Ausgestaltung unterschiedlich.²⁶

Fortführung des ursprünglichen Unternehmens: Neben der betriebswirtschaftlich sinnvollen Fortführung des Unternehmens gehört dazu auch der Verbleib im bisherigen Geschäftsfeld. Mit Übernahme des Unternehmens wird zugleich eine Produkt-Markt-Kombination übernommen.²⁷

Ein sofortiger Wechsel des Unternehmensgegenstandes wäre eher nicht als eine Unternehmensnachfolge zu qualifizieren. Ausgeschlossen wird dabei aber nicht, dass es im Laufe der Zeit zu einer Veränderung des Tätigkeitsfeldes eines Unternehmens kommen kann.²⁸

Auch gem § 38 UGB kommt es auf eine Erhaltung der bisherigen Unternehmensidentität an – das erworbene Unternehmen muss in seinem Wesenskern erhalten bleiben. Eine Fortführung nach dem Erwerb und (wenn nicht anders vereinbart) die damit verbundene „unternehmerische Universalsukzession“ kann – sowohl im Fall eines Übergangs unter Lebenden, als auch bei einer erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge – ohne Fortführung der Firma stattfinden.²⁹

Übergabe- und Nachfolgekontext: Hierzu gehört die Frage, ob das Unternehmen familienintern oder außerhalb der Familie – zB an Mitarbeiter oder externe Dritte – übergeben wird.³⁰

²⁴ Frank, Unternehmensnachfolge, in Hasenzagl/Stocker, Unternehmensnachfolge, 16 f.

²⁵ Frank, Unternehmensnachfolge, in Hasenzagl/Stocker, Unternehmensnachfolge, 17.

²⁶ Frank, Unternehmensnachfolge, in Hasenzagl/Stocker, Unternehmensnachfolge, 17.

²⁷ Frank, Unternehmensnachfolge, in Hasenzagl/Stocker, Unternehmensnachfolge, 17.

²⁸ Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 5.

²⁹ Rechberger, UGB: Gravierende Änderungen beim Unternehmensübergang, RdW 2007/87, 71; Keinert, Das neue Unternehmensrecht, Rz 79 f.

³⁰ Frank, Unternehmensnachfolge, in Hasenzagl/Stocker, Unternehmensnachfolge, 17 f.

Übergabeanlass: Der Übergabeanlass kann auf verschiedenen Motiven und auf einer längerfristigen Planung beruhen oder die Reaktion auf konkrete Umstände sein.³¹

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass der Generationenwechsel in einem Familienunternehmen als personeller Wechsel in der Stellung als Familienunternehmer verstanden werden kann. Dies kann unter Lebenden, etwa aus Alters- oder Krankheitsgründen oder durch den Tod eines Familienunternehmers geschehen. Dieser Generationenwechsel führt zu einer Nachfolge bei der Kapitalbeteiligung, ebenso wie bei der aktiven Unternehmertätigkeit. Die beiden Nachfolgevorgänge können getrennt voneinander passieren.³²

Ob die Fortführung eines Unternehmens als Familienunternehmen überhaupt noch zielführend ist, hängt von mehreren Umständen ab und ist auf den Einzelfall abgestimmt zu lösen. Durch den Generationenwechsel entstehen wegen der Notwendigkeit alle Abkömmlinge zu versorgen oft zwangsläufig Familiengesellschaften. Die mittelständische Wirtschaft bildet das Fundament der heimischen Wirtschaftsordnung; sie besteht weitgehend aus Familienunternehmen. Deswegen liegt die Erhaltung von Familienunternehmen im grundsätzlichen Interesse aller. Die Frage nach den Grenzen eines Familienunternehmens gewinnt dennoch zunehmend an Bedeutung. Manche Familien sind mit dem Wachstum eines Unternehmens nicht mehr im Stande, selbst die erforderlichen Führungskräfte zu stellen, ohne nicht Abstriche in der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung machen zu müssen. Die Anforderungen an die Struktur und Organisation eines Familienunternehmens erhöhen sich und damit steigt auch die Notwendigkeit der Bereitschaft der Unternehmerfamilie, gegebenenfalls Fremdmanager einzusetzen oder objektive Beratungs- und Kontrollgremien heranzuziehen.³³

*Kalss/Oelkers*³⁴ nehmen in ihrer Typologie der Familienunternehmen drei Formen auf, die in einem gewissen Zusammenhang mit dem „Alter“ des Unternehmens und den damit verbundenen, bereits vollzogenen Generationenwechseln stehen: das Einzelunternehmen, das Stammfamilienunternehmen und das fremdgeführte Familienunternehmen.

³¹ Frank, Unternehmensnachfolge, in *Hasenzagl/Stocker*, Unternehmensnachfolge, 18.

³² Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 5.

³³ Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 6.

³⁴ *Kalss/Oelkers*, JEV 2007, 56.

Das so genannte „Einzelunternehmen“ steht in alleinigem Eigentum des Unternehmers, allenfalls halten auch der Ehegatte und oder die Kinder des Unternehmers Beteiligungen. Die Geschäftsführung besorgt alleine der Unternehmer, der sein Handeln va an subjektiven Zielvorstellungen wie Familientradition, Standortwahrung und Arbeitsplatzsicherung und weniger auf eine effizienz- und renditeorientierte Unternehmensführung ausrichtet. Da es neben dem Unternehmer keine Kontroll- und Überwachungsmechanismen gibt, steigt die Risikobereitschaft und damit die Gefahr von Fehlentscheidungen. Da die Beteiligung am Familienunternehmen oft die zentrale Vermögensposition und Einnahmequelle der Familie darstellen, können sich solche Fehlentscheidungen besonders drastisch auswirken. Sohin nimmt auch eine nachhaltige Vermögenssicherung anstelle von zeitnahen Gewinnen eine zentrale Stellung ein, um das Unternehmen möglichst lange in Familienhand fortführen zu können. Dafür ist der Unternehmer weitgehend auf eigene Ressourcen angewiesen und wird wegen der damit verbundenen Kontroll-einbußen auf Beteiligungskapital eher verzichten.³⁵

Den zweiten Typus stellen Stammfamilienunternehmen dar. Ihre Eigentümer repräsentieren mehrere Familien, die entweder aufgrund eines schon vollzogenen Generationenwechsels bereits unterschiedlichen Stämmen angehören oder zumindest eigenständige Interessen verfolgen. Die Leitung des Unternehmens liegt in der Hand eines oder mehrerer Eigentümer. Aufgrund der Geschäftsführung in Familienhand und der gemeinsamen Leitung ist das Risiko von Fehlentscheidungen durch implementierte Kontrollmechanismen minimiert. Wird ein Familienunternehmen an mehrere Familienmitglieder bzw -stämme übergeben, ist an die Sicherung von Minderheitsrechten im Gesellschaftsvertrag zu denken, um Pattsituationen, dominanten Miteigentümern und späteren Veränderungen gegenüber flexibel reagieren zu können. Eine zusätzliche Problematik stellt die Nachfolgeregelung für Gesellschaftsanteile dar.³⁶

Den dritten Typus bilden fremdgeführte Familienunternehmen. Diese haben idR bereits mehrere Generationenwechsel durchlaufen. Ihre Gesellschafter sind oft heterogen oder in Stammeslinien segmentiert und verfolgen mitunter gegenläufige Interessen, was das Unternehmen betrifft. Da die Eigentümer selbst oder ihre überwiegende Anzahl nicht mehr im operativen Geschäft tätig sind, sind die meisten Gesellschafter va an der Rendite interessiert. Die Leitung des Unternehmens

³⁵ *Kals/ Oelkers*, JEV 2007, 56.

³⁶ *Kals/ Oelkers*, JEV 2007, 56.

übernehmen Fremdgeschäftsführer. Bei fremdgeführten Familienunternehmen ist auf eine Machtbalance zwischen den einzelnen Gesellschaftern oder Familienstämmen, sowie auf die ausreichende Kontrolle der Geschäftsführung zu achten, um nicht zu einer reinen Publikumsgesellschaft zu werden.³⁷

Besonders für die beiden letztgenannten Typen von Familienunternehmen kann sich die Einrichtung eines Beirates als freiwilliges Kontrollorgan lohnen. Die Installation eines solchen Beirates eignet sich für Familienunternehmen mit mehreren Gesellschaftern. Insbesondere dann, wenn nicht alle von ihnen in der Geschäftsführung tätig sind, wodurch ein Spannungsfeld zwischen den einzelnen Gesellschaftern entstehen kann, das durch einen Beirat ausgeglichen wird, der als eine Art Filter zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung agiert. Seine Kompetenzen liegen einerseits im beratenden Bereich mit uU zustimmungspflichtigen Geschäften, andererseits im Bereich der Besetzung von Funktionen im Familienunternehmen. Der Beirat ist ein gesetzlich nicht vorgeschriebenes Kontrollorgan, das je nach Unternehmensgröße mit drei bis fünf Personen besetzt sein sollte. Seine Mitglieder können sich auch aus dem Kreis der Familie rekrutieren. Besonders bei der Nachfolgeregelung kann sich ein Beirat als wichtiges Beratungsgremium bezahlt machen. Zudem bietet er dem übergebenden Unternehmer die Möglichkeit, weiterhin als Beiratsmitglied in das Unternehmen eingebunden zu bleiben, ohne operativ in der Geschäftsführung tätig zu sein und dem Nachfolger nicht nur als Kontrollorgan, sondern auch mit seiner Erfahrung zur Seite stehen zu können.³⁸

Eine besondere Stellung im Kreis der Familienunternehmen nehmen Einpersonenernehmen (EPU) ein, da Unternehmen und Unternehmer idF besonders eng miteinander verknüpft sind. Der Goodwill im Bezug auf EPU muss bewertet werden, um eine Nachfolge zu rechtfertigen. Übernimmt der Nachfolger Anlage- und Umlaufvermögen, bezieht den Kundenstamm und die damit verbundene Reputation des Unternehmens aber nicht mit in die Bewertung ein, ist nicht von einer Übernahme, sondern von einer Neugründung zu sprechen. Verfügt das Unternehmen jedoch über Mitarbeiter und erwirbt der Nachfolger nur das materielle

³⁷ *Kalss/Oelkers*, JEV 2007, 56.

³⁸ *Schmitzbofer*, Der Beirat – das freiwillige Kontrollorgan im Familienunternehmen, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, 4.

Vermögen des Unternehmens, liegt in jedem Fall eine Übernahme vor, selbst wenn die Dienstverhältnisse der Mitarbeiter in Folge der Übernahme aufgelöst werden.³⁹

3. Definition Übernahmezeitpunkt

Ab wann nun von einer tatsächlichen Übernahme des Unternehmens durch den Übernehmer gesprochen werden kann, ist von den Umständen des Einzelfalles abhängig.

Übernahme ist nach dem Sprachgebrauch des ABGB das Gegenstück zu Übergabe; beide zusammen ergeben den Tatbestand eines Verfügungsgeschäftes. Die Tatsache einer Vermögens- oder Unternehmensübernahme ist im Hinblick auf die Haftung also erst dann erfüllt, wenn die Übertragung der dazu gehörigen Vermögensgegenstände nach den jeweiligen, geltenden sachenrechtlichen Vorschriften vollzogen wurde. Im Bereich des Eintragungsgrundsatzes reicht mangels gesetzlicher Ausnahmen die faktische Übergabe einer Liegenschaft nicht. Von einer Vermögensübernahme kann idF erst gesprochen werden, wenn das übertragene Vermögen dem exekutiven Zugriff der Gläubiger des Überträgers entzogen worden ist und damit aus dem Haftungsfonds des Schuldners genommen wurde.⁴⁰

3.1 Universalsukzession, Gesellschafterwechsel und Einzelrechtsnachfolge

Soll ein Unternehmen im Zuge des Generationenwechsels auf den Übernehmer übertragen werden, kann dies auf unterschiedliche Weise mit unterschiedlichen Konsequenzen geschehen.

Im Wege der Universalsukzession bzw Gesamtrechtsnachfolge wechselt der Unternehmer als Zurechnungssubjekt des Unternehmens, entweder im Erbgang oder aufgrund gesellschaftsrechtlicher Vorgänge wie Verschmelzung, Spaltung oder Einbringung. Damit gehen auf einmal alle zum Unternehmen zählenden Rechtspositionen auf den Universalsukzessor über.⁴¹ Damit ist die Übergabe an den neuen Unternehmer abgeschlossen.

Erfolgt die Übertragung auf den Übernehmer in Folge eines Gesellschafterwechsels, stellen sich keine Übertragungsfragen bezüglich des Unternehmens: Die Gesellschaft,

³⁹ Frank, Unternehmensnachfolge, in Hasenzagl/Stockler, Unternehmensnachfolge, 19.

⁴⁰ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 3.

⁴¹ Krejci in Krejci, Reformkommentar UGB, Vor §§ 38 – 40 Rz 7.

welche das Unternehmen betreibt, bleibt ident, ein Wechsel findet nur beim Gesellschafter statt.⁴² Hat der Übernehmer erst einmal seine Gesellschaftsanteile, ist die Übertragung damit abgeschlossen. Zusätzlich eröffnet die sukzessive Übertragung von Gesellschaftsanteilen dem Übergeber die Möglichkeit, den Übernehmer schrittweise ins Unternehmen einzuführen und dessen Macht und Einfluss auf die Geschäftsleitung langsam auszubauen.

Am komplexesten gestaltet sich eine Übertragung im Wege einer Einzelrechtsnachfolge. Zwar können alle sachenrechtsfähigen Gegenstände, die zum Unternehmen gehören aufgrund ihrer gemeinsamen Unternehmenswidmung als Gesamtsache iSd § 302 ABGB übertragen werden, die unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse können jedoch nicht so einfach übertragen werden. Der Gesetzgeber erlaubt mit § 38 UGB daher eine vereinfachte Übertragung dieser Rechtsverhältnisse, um nicht sämtliche Forderungen zedieren, alle Verbindlichkeiten Stück für Stück übernehmen, sowie Vertragspositionen und alle Immaterialgüterrechte übertragen zu müssen. Soweit zur Übertragung dieser Rechtsverhältnisse nicht die Zustimmung Dritter einzuholen ist, können sie gebündelt übertragen werden.⁴³ Die Frage, wann die Übertragung des Unternehmens abgeschlossen ist, ist im Falle einer Einzelrechtsnachfolge nicht so eindeutig zu beantworten wie in den Fällen der Gesamtrechtsnachfolge. Eine abgeschlossene Übernahme durch den neuen Unternehmer wird aber dann gegeben sein, wenn dieser faktisch die Macht zu Unternehmensführung übernommen hat und der Betriebsübergang auch nach außen in Erscheinung tritt.⁴⁴

4. Besonderheiten der familiären Unternehmensnachfolge

Bei der familiären Unternehmensnachfolge geht es va darum, das Unternehmen, damit verbundenes Kapital und den Einfluss auf die Tätigkeit des Unternehmens im Familienkreis zu erhalten, um den aus dem Unternehmen generierten Wert an die Nachkommen weitergeben zu können.

Das Konstrukt der Nachfolgebindingen gibt es schon lange. In früherer Zeit sollte sie va dafür sorgen im bäuerlichen Bereich die Hofeinheit zu erhalten und als gemeinsame Versorgungseinheit zu sichern. In der Rechtsordnung finden sich zur

⁴² *Krejci in Krejci*, Reformkommentar UGB, Vor §§ 38 – 40 Rz 8.

⁴³ *Krejci in Krejci*, Reformkommentar UGB, Vor §§ 38 – 40 Rz 9.

⁴⁴ *Lattner*, Verordnung des BMF und des BMJ betreffend Übertragung von Klein- und Mittelbetrieben, SWK 2003, 34.

Nachfolgebundung jedoch kaum eigenständige Regelungen; sie begegnet einem unter den Begriffen Aufgriffsrecht, Übernahmerecht, Besitznachfolgerecht oder Anwartschaft. Es muss also versucht werden, die Nachfolgebundung mit ihr nahe kommenden Rechtsfiguren wie Vorvertrag, Option, Vor- oder Wiederkaufsrecht, sowie fideikommissarischer Substitution zu bewältigen.⁴⁵

Gesetzliche Aufgriffsrechte für Nachfolger kennt das AnerbenG (§ 8 Abs 1 Z 3) oder das PatentG.⁴⁶

Auch im Ehegüterrecht findet sich eine Ausgestaltung von Aufgriffsrechten in Form von „Erbübereinkommen“⁴⁷ – geht es aber nun darum eine Nachfolgeregelung für ein Unternehmen zu treffen, bietet eine Übergabe an den Ehepartner sicherlich nicht die langfristig beste Möglichkeit.

Weiters zu beachten ist bei der Unternehmensnachfolge im Familienkreis, dass, wenn das Unternehmen zu Lebzeiten an den Nachfolger ohne entsprechende Gegenleistung übertragen wird, bei der Vermögensnachfolge von Todes wegen zuvor nicht berücksichtigte Schenkungsanrechnungen bei der Pflichtteilermittlung auftauchen können. Außerdem birgt die Übertragung des Familienunternehmens von Todes wegen auf einen Nachfolger die Gefahr, dass dadurch die Erb- und Pflichtteilsansprüche anderer Familienmitglieder beeinträchtigt werden können. Aus diesem Grund ist auf eine rechtzeitige Trennung von privatem und zum Unternehmen gehörenden Vermögen zu achten, um alle Familienmitglieder entsprechend absichern und bedenken zu können.⁴⁸

Die spezielle Besonderheit bei der familiären Unternehmensnachfolge ist, dass neben betriebswirtschaftlichen und rechtlichen va psychologische Aspekte aufgrund des Familienverbandes eine große Rolle spielen. Die Verzahnung der Systeme Familie und Unternehmen kann sich in sehr unterschiedlichen und teils unbewussten Erwartungen niederschlagen und in der Folge zu Ziel- und Machtkonflikten anwachsen, die mit einer hohen emotionalen Beteiligung geführt werden.⁴⁹

⁴⁵ *Binder in Schwimann*, Praixiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch IV³, § 1072 Rz 14; mwN.

⁴⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 14; mwN.

⁴⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 14.

⁴⁸ *Müller/Seyer*, Die Macht der Familie, JEV 2007, 21.

⁴⁹ *Kailer/Weiß*, VWT 2005 H4, 32.

5. Vorgehen bei der Übergabe

Um die Unternehmensnachfolge erfolgreich zu gestalten, ist es essentiell, nicht nur den Nachfolger aufzubauen, sondern auch den Übergeber und die von ihm im Unterhalt abhängigen Personen für die Zeit nach der Unternehmertätigkeit abzusichern. Um Familienmitglieder erfolgreich als Nachfolger für das Unternehmen aufzubauen, raten *Klein/Vossius*⁵⁰ dazu, dem Nachfolger gegenüber nicht ständig zu jammern wie anstrengend die Unternehmertätigkeit ist, sondern lieber die positiven Seiten der Selbständigkeit zu betonen, um einem potenziellen Nachfolger nicht vorweg schon die Lust auf die Übernahme des Familienunternehmens zu verderben. Außerdem wird geraten potenzielle Nachfolger rechtzeitig auf die künftigen Aufgaben hinzuweisen. Um eine Abwendung vom Familienunternehmen aus Trotz zu vermeiden, sollen Unternehmerfamilien aber nicht versuchen, ihre Nachkommen schon von Kindesbeinen an auf die Nachfolge zu trimmen. Das Hauptaugenmerk der elterlichen Bemühungen sollte sich stets auf eine individuelle Entwicklungsförderung der Kinder richten. Wichtig ist auch das Vertrauen in den Nachfolger und sein Potential, verbunden mit der Fähigkeit rechtzeitig das Unternehmen loszulassen, um dem Nachfolger die Lust am Unternehmen und der eigenverantwortlichen Tätigkeit als Unternehmer nicht zu verderben. Das Unternehmen soll nicht erst dann aus der Hand gegeben werden, wenn es nicht mehr anders geht und der Nachfolger vielleicht selbst schon in die Jahre gekommen ist, weswegen er das unternehmerische Risiko dann nicht mehr eingehen möchte.

Wartet der Unternehmer zu lange mit der Entscheidung das Unternehmen zu übergeben, läuft er zusätzlich Gefahr, dass der potenzielle Übernehmer aufgrund seiner Ausbildung und der erworbenen Kompetenzen sich inzwischen für eine andere Berufsalternative entschieden hat.⁵¹

*Fritz*⁵² rät dazu, dass auch Berater des Unternehmens, wie etwa der Wirtschaftstreuhänder, sich nicht davor scheuen sollten, den Unternehmer auf eine Nachfolgeplanung anzusprechen, wenn dieser sich in einem bestimmten Alter – etwa Mitte 50 – befindet und noch keine derartigen Absichten geäußert hat.

Ein Scheitern bei der Übergabe des Familienunternehmens auf die nächste Generation ist oftmals auf eine nicht zeitgerechte Planung des Generationenwechsels

⁵⁰ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 12 f.

⁵¹ *Kailer/Weiß*, VWT 2005 H4, 32.

⁵² *Fritz*, Die richtige Beratung bei der Nachfolgeregelung, SWK 2006, 891.

und ein Zurückscheuen vor Beratung zurückzuführen. Aber auch die mangelnde Erfahrung des Nachfolgers kann sich negativ auf das Gelingen der Übergabe auswirken. Mit den Vorbereitungen für die Übergabe sollte etwa drei bis fünf Jahre vor dem geplanten Ruhestand des übergebenden Unternehmers begonnen werden. Eine wichtige Voraussetzung ist außerdem das unbedingte Vertrauen, das der Übergeber seinem Nachfolger entgegenbringen muss, um mit ihm dieses Vorhaben erfolgreich bewältigen zu können.⁵³

*Binder*⁵⁴ stellt fest, dass etwa 20 % der Unternehmensübergänge in die zweite Generation missglücken. Sie sucht nach den spezifischen Ursachen für dieses Scheitern und findet sie ebenfalls vor allem in der mangelhaften und oftmals zu kurzfristigen Vorbereitung auf den Generationenwechsel, sowie in der unzureichenden Inanspruchnahme von Beratung und in der mangelnden Erfahrung des Übernehmers begründet. Um die Kontinuität des Unternehmens zu erhalten, könnte es ratsamer sein, es nicht an ein unerfahrenes Familienmitglied zu übergeben, sondern einen bestimmten, qualifizierten Mitarbeiter mit der Nachfolge zu betrauen. Die Übergabe an einen im Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter bietet für den Übergeber den Vorteil, dass dadurch nicht nur der Fortbestand des Unternehmens gesichert wird, sondern auch, dass er den Nachfolger und seine Arbeitsweise idR kennt.⁵⁵

Abhängig vom Alter sind die Gestaltungsmöglichkeiten bei der Übergabepflicht unterschiedlich. Die Nachfolgeplanung eines jüngeren Unternehmers richtet sich auf einen längeren Zeithorizont und vorwiegend auf die Absicherung der Familie im Unglücksfall, während ältere Unternehmer gezielt ihre Nachfolge planen sollten. Ein grundlegendes Problem bei der Nachfolgeplanung ist aber, dass potenzielle Krisen nur unzureichend analysiert werden, da diese durch ein gesteigertes Engagement des Unternehmers kompensiert und damit unterdrückt werden. Ändern sich aber die Umstände und Anforderungen – etwa weil ein Nachfolger ins Unternehmen eintritt – gelingt dieser Ausgleich immer schwieriger. Aus diesem Grund sind Unternehmer gefordert Krisen zu orten und Lösungen und Strategien zu erarbeiten, die sie dem Nachfolger mit auf den Weg geben können.⁵⁶

⁵³ *Lachmair*, Checkliste zur Übergabe/Nachfolge, SWK 2006, 715.

⁵⁴ *Binder*, Unternehmensnachfolge in Familienunternehmen, SWK 2007, 765.

⁵⁵ *Kailer/Weiß*, VWT 2005, H4, 32.

⁵⁶ *Binder*, SWK 2007, 765.

Die Übergabe des Unternehmens stellt schließlich die letzte strategische Handlung und damit eine der wichtigsten Entscheidungen im „unternehmerischen Leben“ des übergebenden Unternehmers dar und bedarf deswegen einer sorgfältigen Planung.⁵⁷

○ **Checklist Übergabe/Nachfolge**

Unabhängig von der Klärung wichtiger Finanzierungs-, Haftungs-, Rechts- und Steuerfragen ist es wichtig den Generationenwechsel im Unternehmen auch als einen strategischen Prozess zu begreifen und Überlegungen dazu anzustellen, ob es sich um einen übernahmefähigen Betrieb handelt oder ob das zu übergebende Unternehmen aktuell nicht vital ist und die finanzielle und leistungswirtschaftliche Sanierung kurz- bis mittelfristig überhaupt möglich ist.⁵⁸ Denn jede noch so vorbildlich geplante Unternehmensübergabe läuft Gefahr zu scheitern, wenn die wirtschaftlichen Voraussetzungen für eine Überlebensfähigkeit des Unternehmens nicht gegeben sind.⁵⁹

Zusammenfassend können die folgenden, von *Lachmair*⁶⁰ formulierten Punkte genannt werden, die zur Klärung der Rolle/Position der einzelnen Beteiligten beitragen und weitere Maßnahmen damit beeinflussen können:

- Sind die Motive, die zur Übergabe/Nachfolge führen, klar?
- Besteht beim Übergeber die Bereitschaft zum Rücktritt und beim Nachfolger die Bereitschaft zur Nachfolge?
- Wie ist die Vorstellung der Beteiligten von der Zeit nach der Übergabe/Übernahme?
- Ist die persönliche finanzielle Situation der Beteiligten nach der Übergabe/Übernahme klar?
- Ist der Generationenwechsel mit der Familie abgesprochen? Erfolgt die Übergabe des Unternehmens bzw die Nachfolge ins Familienunternehmen freiwillig?
- Ist der Nachfolger eindeutig die beste Wahl und sind die Anforderungen eindeutig definiert? Bringt der Nachfolger ausreichend (Branchen-)Erfahrung und entsprechende Qualifikationen mit?
- Sind das Übergabekonzept und die Führungsübergabe zeitlich fixiert?

⁵⁷ *Fritz*, SWK 2006, 891.

⁵⁸ *Lachmair*, SWK 2006, 715.

⁵⁹ *Kailer/Weiß*, VWT 2005 H4, 32.

⁶⁰ *Lachmair*, SWK 2006, 715.

- Wie ist die wirtschaftliche Situation des Unternehmens? Ist der Betrieb wettbewerbsfähig? Erfolgen noch laufende Investitionen und neue Entwicklungen?
- Sind wichtige Stakeholder (Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten) auf die Nachfolge vorbereitet und damit einverstanden?
- Ist für den Fall eines entgeltlichen Übergangs der ermittelte Unternehmenswert „fair“ und kann der Übernehmer diesen finanzieren und danach vom übernommenen Unternehmen „gut“ leben?
- Können versteckte Konflikte oder sonstige Unstimmigkeiten zwischen Unternehmer und Nachfolger bzw innerhalb der Familie ausgeschlossen werden?

6. Überblick über die Gestaltungsmöglichkeiten der Unternehmensnachfolge

Welche Möglichkeiten bestehen nun überhaupt für eine Unternehmensnachfolge? Zum einen ist zu unterscheiden zwischen einer Nachfolge unter Lebenden oder einer Nachfolge von Todes wegen, zum anderen fächern sich auch diese beiden Fälle in unterschiedliche Ausgestaltungsmöglichkeiten auf. Aber auch die Rechtsform hat Einfluss auf die Gestaltungsmöglichkeiten der Generationenfolge. Oft erweist es sich in diesem Zusammenhang auch als zweckmäßig von einer vorhandenen Rechtsform in eine andere überzuwechseln.⁶¹ Denn abhängig von deren Ausgestaltung und Rechtsform sind auch die Möglichkeiten bei der Unternehmensnachfolge unterschiedliche.

Die Ausgangsform von Familienunternehmen ist häufig ein Einzelunternehmen. In der Generationenfolge entstehen daraus oft Familiengesellschaften. Diese können aber bereits bei der Gründung eines Unternehmens durch mehrere Familienmitglieder entstehen. Im Rahmen der Nachfolgeregelung kann es somit zu einer Rechtsformänderung kommen.⁶² Der Rechtsformwechsel in eine Kapitalgesellschaft birgt für den oder die Unternehmensnachfolger den Vorteil, keine unbeschränkte, persönliche Haftung für das Unternehmen eingehen zu müssen.⁶³

⁶¹ *Fasselt*, Nachfolge im Familienunternehmen, 7.

⁶² *Fasselt*, Nachfolge im Familienunternehmen, 4 ff.

⁶³ *Payer*, Gestaltungsmöglichkeiten bei der Betriebsübergabe, SWK 2003, 1057.

Je personenbezogener ein Unternehmen ist, desto notwendiger ist auch eine detaillierte Ausgestaltung des Nachfolgeprozesses, wird doch die „Personalunion“ von Unternehmen und Unternehmer aufgebrochen, um den Fortbestand des Unternehmens zu sichern. Die Änderung der Rechtsform ist deswegen va bei Personenunternehmen von Relevanz.⁶⁴

Handelt es sich beim zu übergebenden Unternehmen nicht um eine Personen-, sondern um eine Kapitalgesellschaft, ist der Fortbestand des Unternehmens von der Person des Unternehmers unabhängig, wodurch auch eine stärkere Trennung von Kapital und Management möglich ist; auch eine Fremdorganschaft lässt sich so bei Bedarf (vorübergehend) leichter realisieren.⁶⁵

6.1 Spezialfall Einpersonenunternehmen

Beim „Urtyp“ des Familienunternehmens, dem Einzelunternehmen handelt es sich meist um ein Familienunternehmen in der ersten Generation. Hier sind durch den Wechsel des Unternehmers in Folge des Generationenwechsels die Änderungen im Unternehmen am gravierendsten; so wechselt nicht nur die Führungsfunktion, sondern auch das Unternehmenskapital in neue Hände. Wenn nur ein Familienmitglied die Nachfolge antritt, ist eine Fortführung als Einzelunternehmen denkbar, muss aber nicht immer zweckmäßig sein.⁶⁶

Hinsichtlich der Unternehmensgröße nehmen die vorhergehenden Definitionen keinerlei Einschränkungen bei der Möglichkeit der Unternehmensnachfolge vor. Einpersonenunternehmen können aber unter Umständen aufgrund der engen Verknüpfung von Unternehmen und der Person des Unternehmers Probleme aufwerfen. Die Übergabetauglichkeit von EPU's ist nicht gänzlich auszuschließen; da das Unternehmen jedoch durch weitgehende Identität mit dem Unternehmer im Falle seines Ausscheidens diese Identität verliert, ist eher von einer Neugründung als von einer Übergabe auszugehen. Unter materiellen Gesichtspunkten ist allerdings der Fall denkbar, dass der Nachfolger den Kundenstock und die Geschäftsräume, sowie -ausstattung übernimmt und diese auch bewertet. Durch die Weiterführung der bisherigen Geschäftsbeziehungen entsteht sehr wohl ein Wert, der die Bezeichnung

⁶⁴ Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 7.

⁶⁵ Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 8.

⁶⁶ Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 7.

Nachfolge rechtfertigen würde⁶⁷ und auch unter die Bestimmungen des UGB zu subsumieren wäre, da der Kern des Unternehmens erhalten bliebe.

Weitere Probleme, die Einzelunternehmen mit sich bringen, sind die unbegrenzte Haftung des Unternehmers mit seinem betrieblichen und privaten Vermögen und die Frage der Eigenkapitalbeschaffung. Denn viele der kleinen und mittelständischen Unternehmen erreichen den Idealfall, bei dem Eigen- und Fremdkapital sich die Waage halten, nicht. Nimmt das Fremdkapital stetig zu und ist eine Änderung dieses Umstandes nicht in Sicht, ist die Übergabe und Fortführung des Unternehmens mit dem potenziellen Nachfolger zu überdenken. Um die Eigenmittel aufzustocken, kann aber überlegt werden, welche Varianten Eigenkapital ins Unternehmen bringen könnten; zu denken ist hierbei etwa an eine Einlage eines stillen Gesellschafters, des Übergebers oder der Familie.⁶⁸

Zu bedenken bleibt weiters, dass zwar rechtlich der Einzelunternehmer die Verantwortung für das Unternehmen trägt, in der Praxis allerdings bei kleinen und mittelständischen Unternehmen oft die mitarbeitenden Ehegatten ein nicht zu unterschätzendes Mitspracherecht haben, kümmern sich diese doch regelmäßig um die Vorgänge im Büro, halten Kundenkontakt oder erledigen die Buchführung.⁶⁹ Bei der Planung der Nachfolge ist somit auf die Stellung des mitarbeitenden Ehegatten Bedacht zu nehmen und dessen informelles Mitspracherecht nicht zu ignorieren, um eine erfolgreiche Übergabe zu ermöglichen und dem Übernehmer einen reibungslosen Betrieb nach der Übergabe zu erleichtern.

Spätestens im Zuge der Generationenfolge wird aus den meisten Einzelunternehmen eine Familiengesellschaft, mag es nun einen oder mehrere Nachfolger geben, die die Unternehmerstellung antreten. Die Möglichkeit der Gründung einer Personengesellschaft besteht auch bei nur einem Nachfolger in ein Einzelunternehmen.⁷⁰ Wie bereits erwähnt werden spätestens in der zweiten oder dritten Generation mehrere Familienmitglieder in die Unternehmerstellung eintreten. Gesellschafter sind dann oft Geschwister oder Cousins. Aus diesen Konstellationen kann sich in weiterer

⁶⁷ Frank, Unternehmensnachfolge, in Hasenzagl/Stocker, Unternehmensnachfolge, 16.

⁶⁸ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 84 f.

⁶⁹ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 87.

⁷⁰ Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 7 f.

Folge die Herausbildung von Familienstämmen ergeben, in denen evtl nur jeweils einer als „Stammesvertreter“ in die Unternehmerstellung kommt.⁷¹

Im Hinblick auf den Generationenwechsel schlägt *Fasselt*⁷² für Familienunternehmen Mischformen vor, die die Charakteristika einer Kapitalgesellschaft mit der einer Personengesellschaft vereinen, um so die Existenz des Unternehmens und der Familie zu sichern.

Besonders in Unternehmen, die als OG oder KG geführt werden, in denen die Gesellschafter vollhaftende natürliche Personen sind, bedarf es zur Nachfolgeregelung klarer, gesellschaftsvertraglicher Regelungen.⁷³

Die Konstruktion einer GmbH & Co KG bietet beispielsweise den Vorteil, dass die Kapitalgesellschaft der einzige vollhaftende Gesellschafter ist und alle übrigen Gesellschafter Kommanditistenstellung haben. Gleichzeitig können die Gesellschafter der KG Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sein. Zur Abfindung der nicht für die Unternehmensnachfolge zum Zug kommenden Angehörigen könnte deren stille Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft geschaffen werden.

Der unternehmerischen Praxis entspricht es ebenfalls eine Trennung zwischen einer reinen Betriebsgesellschaft mit vorwiegend Umlaufwerten und dem fundierten Vermögen mit Anlagewerten, wie etwa Grundstücken, die außerhalb der Betriebsgesellschaft organisiert sind und der Betriebsgesellschaft zur Nutzung überlassen werden. Die Anlagegüter können dabei im Eigentum eines oder mehrerer Gesellschafter der Betriebsgesellschaft oder ihr nahe stehenden Personen stehen. Die Begrenzung der Haftung auf das Vermögen der Betriebsgesellschaft kann damit bis auf einen möglichen Eigenkapitalersatz für das Konstrukt einer Kapitalgesellschaft ohne natürliche Personen als haftende Gesellschafter im Konkursfall optimal genutzt werden.⁷⁴

Für welchen Weg man sich auch entscheiden mag, oberstes Ziel bei der Planung des Nachfolgeprozesses sollte stets die Unternehmensperpetuierung des vitalen

⁷¹ *Kalss/Oelkers*, JEV 2007, 56.

⁷² *Fasselt*, Nachfolge im Familienunternehmen, 9.

⁷³ *Fasselt*, Nachfolge im Familienunternehmen, 8.

⁷⁴ *Fasselt*, Nachfolge im Familienunternehmen, 9f.

Familienunternehmens sein. Der Bestand des Unternehmens sollte dabei unabhängig vom Leben des einzelnen Unternehmers bleiben.⁷⁵

Mit der Frage nach der geeigneten Rechtsform, in der das Unternehmen weitergeführt werden soll, geht die Frage nach der Sicherung der Kapitalgrundlage für das Familienunternehmen einher. Dabei kann es zu Spannungen zwischen dem Interesse der Fortführung des Unternehmens und der finanziellen Absicherung der Familie kommen. Denn je mehr Kapital im Unternehmen zu dessen Fortbestand gebunden bleibt, desto geringer ist der Spielraum für die Berücksichtigung der Interessen der restlichen Familienmitglieder, allen voran der nicht ins Unternehmen nachfolgenden Erben. Dennoch sollte bedacht werden, dass eine Sicherung und Stärkung des Unternehmens gleichzeitig die Existenzgrundlage der Familie sichern kann.⁷⁶

Am ehesten lassen sich solche Konflikte entschärfen, wenn eine starke Identifikation der gesamten Familie mit dem Unternehmen besteht und nicht ein bloßes Interesse an Dividendenausschüttungen gegeben ist.⁷⁷

Bei der Übernahmeplanung sollte aber nicht nur die Sicherung der Existenz der Familienmitglieder bedacht werden. Beachtung sollte auch das Thema finden, ob der übernehmende Nachfolger sein Auskommen durch die Tätigkeit im Unternehmen finden kann und ob alle Fragen der Finanzierung geklärt sind. Darunter fallen etwa die Problematik der Finanzierung von Leistungen an den Übergeber, wie Fruchtgenuss oder Renten, aber auch die Ausfinanzierung von Investitionsprojekten, die noch vom übergebenden Unternehmer in Angriff genommen wurden, oder die zu erwartende Marktlage.⁷⁸ Immerhin stellt das Familienunternehmen in seiner Substanz die Einnahmequelle für die nachfolgende Unternehmergeneration dar.⁷⁹

Wie bereits eingangs erwähnt, bestehen für die Ausgestaltung der Nachfolge mehrere Möglichkeiten, die von der Ausgangssituation abhängig sind. So etwa, dass nicht nur ein Unternehmer, beispielsweise als Einzelunternehmer, vorhanden ist, sondern mehrere Unternehmer, zB Geschwister das Familienunternehmen betreiben. Ebenso kann es nicht bloß einen, sondern auch mehrere potenzielle Nachfolger geben. Deswegen müssen gesellschaftsrechtliche Regelungen gefunden werden, die in Abstimmung zur letztwilligen Verfügung stehen, um all diesen Eventualitäten

⁷⁵ Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 11 f.

⁷⁶ Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 12.

⁷⁷ Fasselt, Nachfolge im Familienunternehmen, 12 f.

⁷⁸ Müller/Seyer/Necas, Checkliste zur Unternehmensweitergabe (Teil II), JEV 2008, 14.

⁷⁹ Kailer/Weiß, VWT 2005 H 4, 32.

gerecht zu werden; dazu gehört ebenfalls der schwierige, aber durchaus denkbare Fall, dass im Kreis der Familie (noch) kein geeigneter Nachfolger vorhanden ist oder überhaupt nicht zu erwarten ist.⁸⁰

6.2 Einführung des Nachfolgers

Ein Problem, das sich im Rahmen der Unternehmensnachfolge oft stellt, ist, dass der potenzielle Übernehmer bis zum tatsächlichen Ausscheiden des Übergebers nicht in die laufende Unternehmertätigkeit und in die damit zusammenhängenden Entscheidungsprozesse eingebunden ist. Besonders – aber nicht ausschließlich – im Fall eines plötzlichen Ausscheidens des Übergebers entsteht dann eine Art Führungsvakuum.⁸¹

Um diese Problematik zu umgehen, schlagen *Klein/Vossius*⁸² einen Vier-Stufen-Plan vor, um Nachfolger an die Unternehmensnachfolge heranzuführen: Stufe I beginnt mit einer typischen stillen Beteiligung des potenziellen Nachfolgers; damit ist er vorläufig Kapitalgeber mit Gewinnanteil, aber ohne Mitspracherecht. Das notwendige Kapital für eine Einlage kann zuvor vom Unternehmer als Schenkung an den Nachfolger übertragen werden. In Stufe II tritt der potenzielle Nachfolger in das Unternehmen ein, indem er angestellt wird und vom Unternehmen eventuelle Fortbildungsmaßnahmen finanziert bekommt. Mit zunehmender Qualifikation kann der Nachfolger in eine Art Stellvertreterfunktion eingeführt werden. Bei Stufe III erhält der Nachfolger eine größere Beteiligung am Unternehmen. Das trägt zur Steigerung seines Verantwortungsbewusstseins gegenüber dem Unternehmen und dessen Erfolg bei und kann die Zuversicht heben, das Unternehmen in absehbarer Zeit allein weiterführen zu können. Solange die Beteiligung des Nachfolgers an einer GmbH oder GmbH & Co KG nicht über 25 % steigt, kann der Übergeber die wichtigen Entscheidungen immer noch allein treffen. Stufe IV ist die komplette Übergabe, bei der das Unternehmen auf den Nachfolger übertragen wird. Zuvor muss jedoch noch Vorsorge für jene Familienmitglieder gefunden werden, die sich nicht im Unternehmen engagieren. Nach der erfolgten Übergabe kann der Übergeber seinem Nachfolger noch einige Zeit als Berater zur Verfügung stehen; gleichzeitig bietet diese Tätigkeit für ihn den Vorteil einem evt drohenden „Pensionsschock“ zu entgehen.

⁸⁰ *Fasselt*, Nachfolge im Familienunternehmen, 18.

⁸¹ *Kailer/Weiß*, VWT 2005 H4, 32.

⁸² *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 13 f.

Wichtig ist es auch, rechtzeitig Experten einzuschalten, um mit ihnen Möglichkeiten und Details der Nachfolge zu besprechen. Dabei kann es sich um den Steuerberater oder den Rechtsanwalt des Unternehmens handeln oder auch um einen Notar oder entsprechende Berater der jeweiligen Standes- und Interessensvertretungen.⁸³ *Klein/Vossius*⁸⁴ raten dazu, einem dieser Experten für den Fall des plötzlichen Todes des Übergebers weitreichende Vollmachten zu erteilen und ihn als Testamentsvollstrecker einzusetzen. So kann eine mit dem Unternehmen vertraute Person den Betrieb einstweilen fortführen oder einen Streit zwischen den Erben zu schlichten versuchen. Im Fall von Unstimmigkeiten oder Problemen in der Familie, die mit der Übergabe des Familienunternehmens zusammenhängen, kann auch die Beiziehung eines Mediators hilfreich sein. So können unterschiedliche Interessen, Erwartungen und Befürchtungen im Zusammenhang mit der Unternehmensübergabe besprochen oder oft sogar erst einmal ausgesprochen und bearbeitet werden.⁸⁵ Ein gemeinsam erstellter Zeitplan, der die einzelnen Schritte und die damit verbundenen unterschiedlichen Interessen von Übergeber, Nachfolger und Familie festhält, kann helfen auf allen Seiten die nötige Ernsthaftigkeit und das Zutrauen zu steigern.⁸⁶ Der Unternehmer braucht sein Unternehmen nicht vorbehaltlos an seinen Nachfolger zu übergeben, gleichzeitig ist aber darauf zu achten, dass der Nachfolger nicht mit drohenden Widerrufs Klauseln, Geldzahlungen oder lebenslangen Pflichten überfrachtet wird.⁸⁷

Vereinbaren Übergeber und Übernehmer ein Entgelt als Gegenleistung für die Übergabe des Familienunternehmens, kann diesem Entgelt nicht nur eine Symbolwirkung innerhalb der Familie zukommen. Zusätzlich kann es dazu dienen, die Ansprüche anderer Familienmitglieder oder den Unterhalt des Übergebers zu sichern.⁸⁸

Gemeinsam mit seinem Nachfolger sollte der Übergeber im Vorfeld der Übergabe auch detailliert überlegen, welche Risiken die Stellung als Unternehmer mit sich bringt und wie diese Risiken eingeschränkt oder ausgeschlossen werden können. So sind für konkret drohende Verbindlichkeiten rechtzeitig Rückstellungen zu bilden, die Haftung für bisher entstandene Verbindlichkeiten zu klären oder auch zu überlegen, ob die Übernahme vorhandener Mitarbeiter für den Nachfolger zu einer

⁸³ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 14.

⁸⁴ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 14.

⁸⁵ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 14.

⁸⁶ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 121.

⁸⁷ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 138.

⁸⁸ *Müller/Seyer*, JEV 2007, 21.

schweren, wirtschaftlichen Belastung werden kann. Aufgrund arbeitsrechtlicher Bestimmungen und daraus drohenden Klagen vor dem Arbeits- und Sozialgericht, wäre ein wirtschaftlich notwendiger Abbau von Mitarbeitern rechtzeitig vor der Übergabe durch den Übergeber durchzuführen.⁸⁹

Ist der Unternehmer sich nicht sicher, ob ein Nachfolger geeignet ist, kann er als Zwischenschritt vor der eigentlichen, endgültigen Übertragung das Unternehmen verpachten. Nach Ablauf der vereinbarten Pachtzeit kann das Unternehmen in vorweggenommener Erbfolge an einen Nachkommen übergeben oder an einen familienfremden Pächter verkauft werden. Stets im Hinterkopf ist dabei zu behalten, dass es sich im Fall einer Unternehmensverpachtung um keine endgültige Lösung für die Nachfolge im Familienunternehmen handelt und diese immer noch abschließend zu regeln bleibt.⁹⁰

6.3 Absicherung der Nachfolge im Fall unvorhersehbarer Ereignisse

Stets als mögliches Worst-Case-Szenario im Auge zu behalten ist, dass sich die Unternehmensnachfolge nicht bloß als planbare oder bereits geplante Übergabe des Unternehmens gestalten kann. Zu berücksichtigen sind auch Zwischenfälle, die nicht vorhersehbar waren; etwa eine lange, schwere Krankheit, die mit großen Operationen und einem längeren Krankenhausaufenthalt verbunden ist oder ein plötzlicher tödlicher Unfall. Deswegen ist dafür Sorge zu tragen, dass die operative Tätigkeit im Unternehmen auch dann fortgeführt werden kann. Hierfür empfiehlt sich die Erteilung einer Vollmacht, die über den Tod hinaus Wirkung entfaltet und die in unterschiedlichem Umfang ausgestaltet sein kann. So kann sie etwa auf die einstweilige Verwaltung und Führung des Unternehmens gerichtet sein, es ermöglichen auf die Bankkonten und Depots des Unternehmens zuzugreifen oder als Generalvollmacht ausgestaltet sein, um das Unternehmen und die Familie zu versorgen.⁹¹

Geregelt wird die Vollmacht in den §§ 1002 ff ABGB unter der Rubrik „Bevollmächtigungsvertrag“. Sie entsteht durch eine einseitige Willenserklärung des

⁸⁹ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 148 ff.

⁹⁰ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 140.

⁹¹ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 22 ff.

Machtgebers und wird durch Zugang wirksam.⁹² Unternehmensrechtlich relevant ist auch die Handlungsvollmacht gem §§ 54 ff UGB. Die Handlungsvollmacht des § 54 UGB erstreckt sich „auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Unternehmens oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt (...) Für solche Geschäfte und Rechtshandlungen bedarf es keiner besonderen Vollmacht nach § 1008 ABGB.“ Die Handlungsvollmacht ist also jede von einem Unternehmer im Rahmen seines Betriebes erteilte Vollmacht, die nicht als Prokura erteilt wurde. Sie wird – anders als die Prokura – nicht im Firmenbuch eingetragen. Die Handlungsvollmacht unterliegt keinen Formvorschriften und ist nach Belieben gestaltbar.⁹³ Dh, auch die Erteilung einer Handlungsvollmacht, die an Bedingungen geknüpft ist, stellt kein Problem dar und bietet damit einzelfall-spezifische Lösungsansätze für den Ernstfall, dass der Unternehmer das Unternehmen gesundheitsbedingt (vorübergehend) nicht selbst führen kann. § 58 Abs 3 UGB bestimmt, dass die Handlungsvollmacht im Zweifel nicht durch den Tod des Unternehmers erlischt. Damit ist sie für ungeplante Zwischenfälle geeignet, um so die operative Tätigkeit des Unternehmens aufrecht zu erhalten.

§ 54 UGB legt fest, dass die gesetzliche Anordnung über den Umfang der Handlungsvollmacht nur gilt, wenn der Geschäftsherr keine andere Verfügung getroffen hat, die dem Dritten bekannt ist oder bekannt sein musste.⁹⁴ Im Zweifel liegt eine Generalhandlungsvollmacht vor. Diese umfasst jedoch nicht die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken, das Eingehen von Wechselverbindlichkeiten, die Aufnahme von Darlehen oder die Prozessführung, reicht aber für die vorübergehende Fortführung des Unternehmens aus. Darüber hinausgehend benötigt der Handlungsbevollmächtigte eine Einzel- bzw Arthandlungsvollmacht.⁹⁵

6.4 Die gesetzliche Erbfolge als Gefahr für Unternehmen und Familie

Die gesetzliche Erbfolge dient einer mehr oder weniger gleichmäßigen Aufteilung des betrieblichen und privaten Vermögens auf den Ehegatten und die Kinder des Unternehmers. Ihr Ziel ist damit praktisch das Prinzip Gießkanne, wie *Klein/Vossius*⁹⁶ es plakativ beschreiben. Diese Aufteilung des Vermögens birgt für den Fortbestand

⁹² *Barta*, Zivilrecht, Stellvertretung und Vollmacht, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap13_0.xml?section=1;section-view=true#BABIHGBJ (6.3.2008)

⁹³ *Krejić*, Unternehmensrecht⁴, 246.

⁹⁴ *Krejić*, Unternehmensrecht⁴, 246.

⁹⁵ *Krejić*, Unternehmensrecht⁴, 249f.

⁹⁶ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 47.

des Unternehmens und die Existenzsicherung der restlichen Familienmitglieder etliche Gefahren. Selbst wenn im Augenblick die gesetzliche Erbfolge noch keine Gefahr darstellt, kann zu einem späteren Zeitpunkt, etwa durch einen Streit zwischen den Erben, die Situation ganz anders aussehen. Mit einer gezielten Regelung zu Lebzeiten wird dem Nachfolger die Chance gegeben, das Unternehmen möglichst uneingeschränkt von den Ansprüchen anderer Erben weiterzuführen⁹⁷ und die anderen Familienmitglieder entsprechend zu bedenken und abzusichern, um für einen Interessensausgleich zu sorgen.

Soll der Unternehmensübergang im Zusammenhang mit einer letztwilligen Verfügung erfolgen, ist es wichtig, eine einmal gemachte Verfügung regelmäßig darauf zu prüfen, ob sie noch den aktuellen Planungen entspricht.⁹⁸

6.5 Absicherung des Ruhestands des Übergebers

Im Zuge der Unternehmensnachfolge ist es wichtig nicht bloß für die Absicherung der Existenz des neuen Unternehmers und der Erben zu sorgen, es gilt auch, konkrete Pläne über die Absicherung und finanzielle Vorsorge für den Übergeber zu schmieden, da die gesetzliche Altersvorsorge oft nicht ausreichen wird, um ohne weiteres den Lebensabend zu bestreiten, sowie den gewöhnten Lebensstandard erhalten zu können.⁹⁹

*Klein/Vossius*¹⁰⁰ empfehlen für die Absicherung des weichenden Unternehmers vorzeitig Rücklagen zu schaffen, die mit einem geringen Risiko behaftet sind, indem etwa eine Kapitallebensversicherung als Polster für den Ruhestand abgeschlossen wird oder festverzinsliche Wertpapiere angeschafft werden, von denen im Alter gezehrt werden kann. Mit einem höheren Risiko behaftet ist die Geldanlage in Investmentfonds. Entscheidet sich der Unternehmer für seine Altersvorsorge in Aktien zu investieren, empfehlen *Klein/Vossius*¹⁰¹ neben einem langen Atem einen Betrag zu investieren, der im Fall eines Börsen-Crashes nicht dazu führt, dass die betriebliche oder private Liquidität darunter leidet.

Soll der Lebensabend des weichenden Unternehmers durch Rentenleistungen seines Nachfolgers gedeckt werden, hat der Übergeber zu bedenken, dass die Übergabe auch scheitern kann oder das Unternehmen (weit) nach dem Generationenwechsel in

⁹⁷ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 63.

⁹⁸ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 63.

⁹⁹ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 169.

¹⁰⁰ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 172 ff.

¹⁰¹ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 174 f.

die Krise geraten kann, wodurch sein Unterhalt gefährdet oder gänzlich vereitelt wird, weil der neue Unternehmer diesen nicht mehr leisten kann. IdR ist ein solches Risiko nicht absicherbar und der Unternehmer im Ruhestand wird auf seine Ersparnisse oder sonstige Altersvorsorgen angewiesen sein. Der Abschluss einer Konkursversicherung für die Rente im Fall eines Scheiterns des Unternehmens wird aufgrund der hohen Kosten für die Versicherung nicht rentabel sein.

6.6 Absicherung weichender Erben

Bei der Unternehmensnachfolge spielen Immobilien eine wichtige Rolle. Sie können während des laufenden Betriebs nicht nur als Wertanlage und Sicherheiten für Bankdarlehen dienen, Immobilien eignen sich auch dazu, diejenigen Erben zu versorgen, die nicht in das Unternehmen eintreten. Abhängig vom Einzelfall kann diesen Erben zum Ausgleich für das Unternehmen eine Eigentumswohnung oder ein Haus übertragen werden, die während wirtschaftlich erfolgreichen Zeiten angeschafft wurden, oder einem Nachkommen der Eigenheimerwerb erleichtert werden.¹⁰²

Ein Problem, das sich va bei KMU stellt, ist jedoch, dass privates und betriebliches Vermögen ineinander übergehen, indem etwa private und betriebliche Räume im gleichen Gebäude untergebracht sind. Abhilfe kann in diesem Fall eine Aufspaltung in eine Betriebs- und in eine Besitzgesellschaft schaffen, bei der die Besitzgesellschaft Räumlichkeiten und Maschinen an die Betriebsgesellschaft vermietet, die die eigentliche, operative Tätigkeit ausführt.¹⁰³ Auch die Übertragung des Firmengebäudes auf den Ehegatten ist denkbar. Dieser hält das Gebäude dann in seinem Privatvermögen und vermietet es an das Unternehmen. Um sich im Fall einer Scheidung abzusichern, kann in den Ehevertrag die Rückübertragung des Gebäudes an das Unternehmen aufgenommen werden.¹⁰⁴ Neben dem Vorteil, dass durch die Übertragung der Immobilie auf den Partner die familiäre Wohnsituation vor dem Zugriff von Gläubigern gesichert ist, bietet dieses Vorgehen auch den Nutzen, dass für den Ehegatten vorgesorgt werden kann.

In einer vorweggenommenen Erbfolge können Immobilien bereits zu Lebzeiten auf Erben übertragen werden; zur Absicherung des Unterhalts für den Übergeber eignet sich der Vorbehalt eines Nießbrauchs – etwa über erzielte Mieteinnahmen – oder

¹⁰² Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 159.

¹⁰³ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 161.

¹⁰⁴ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 162 f.

eines Wohnrechts, um die Wohnsituation für den Übergeber und seine im Haushalt lebenden Angehörigen zu gewährleisten.¹⁰⁵

7. Nach der Übergabe

Der Eintritt in die Unternehmerstellung soll zukünftig den Lebensunterhalt des neuen Unternehmers und seiner Familie sichern. Um dies zu erleichtern, gibt es auch nach der Übergabe einiges zu beachten.

Im Zuge des Generationenwechsels kann überprüft werden, ob der Standort des Unternehmens noch ideal ist. Zu den bestimmenden Faktoren gehören va die Konkurrenzsituation und die Verkehrsanbindung. Durch einen rechtzeitigen Standortwechsel – etwa zeitgleich mit dem Übergang des Unternehmens – können die ersten Investitionen des Nachfolgers sinnvoller vorgenommen werden.¹⁰⁶

Um dem Nachfolger die erste Zeit zu erleichtern, ihn am Markt einzuführen und die Kundenbindung zu fördern, können Anzeigen in lokalen Zeitungen geschaltet werden oder ein „Tag der offenen Tür“ veranstaltet werden. Besonders Stammkunden sollte mit der Information über den Wechsel des Unternehmers eine Wertschätzung zukommen, um sie an den Nachfolger zu binden.¹⁰⁷

Entscheidend für den weiteren Erfolg des Unternehmens sind auch seine Mitarbeiter. Sie sind aufgrund ihrer Erfahrung und ihres spezifischen Know-hows, das sie im Lauf der Zeit erworben haben, wichtiges Kapital für ein Unternehmen. Deswegen sind sie bereits in der Vorbereitungsphase der Unternehmensnachfolge ausführlich und in persönlicher Form über den Wechsel in der Unternehmensführung zu informieren. Für die bisherige Treue und Loyalität kann der scheidende Unternehmer je nach wirtschaftlicher Lage eine kleine Prämie an die Mitarbeiter zahlen. Eine Betriebsfeier oder ein gemeinsamer Ausflug mit dem bisherigen Unternehmer und seinem Nachfolger können einem gegenseitigen Kennenlernen ebenfalls förderlich sein und damit den Übergang für alle erleichtern.¹⁰⁸

Neben diesen einfach zu beachtenden Punkten gibt es uU noch Förderungen aus der öffentlichen Hand für den Unternehmensübergang. Im Wesentlichen bedarf es für eine Förderung nach dem Neugründungsförderungsgesetz (NeuFöG) einen vollständigen Wechsel des Betriebsinhabers, einen Übergang der wesentlichen

¹⁰⁵ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 166.

¹⁰⁶ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 197 f.

¹⁰⁷ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 198.

¹⁰⁸ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 198.

Betriebsgrundlagen und der neue Unternehmer darf nicht innerhalb der letzten 15 Jahre vergleichbar bereits als Betriebsinhaber tätig gewesen sein. Förderungsfähig ist nicht nur die Übertragung von Gesamtbetrieben, sondern auch jene von Teilbetrieben. Ebenso unerheblich ist, ob die Übertragung unentgeltlich oder entgeltlich war. Um alle Bedingungen für eine Förderung nach dem NeuFöG zu erfüllen, muss zudem eine Bestätigung über die Beratung durch die gesetzliche Berufsvertretung oder der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft eingeholt werden. Die Förderung der Übertragung findet in Form von Steuerbefreiungen und Begünstigungen statt. So werden etwa Verwaltungsabgaben erlassen, Grunderwerbssteuerfreibeträge gewährt oder Gebühren für die Eintragung im Firmen- und Grundbuch nachgesehen.¹⁰⁹

8. Die einzelnen Rechtsformen

8.1 Kapitalgesellschaften

o Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)

Die GmbH ist eine juristische Person, deren Mitglieder – die Gesellschafter – eine Vermögenseinlage, genannt Stammeinlage, an die Gesellschaft erbringen. Diese Einlage bildet das Stammkapital der Gesellschaft. Weitere vermögensrechtliche Verpflichtungen fallen für die Gesellschafter idR nicht an, dh, sie haften auch nicht für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Ihre Rechtsgrundlage findet sie im Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, dem GmbHG.¹¹⁰ *Mader*¹¹¹ zufolge, ist die GmbH in der Praxis die mit Abstand am häufigsten verwendete Gesellschaftsform.

Zur Grundcharakteristik der GmbH als juristische Person gehört, dass sie selbst Trägerin von Rechten und Pflichten ist; das Gesellschaftsvermögen und das Vermögen der Gesellschafter sind voneinander getrennt.¹¹²

In vielerlei Hinsichten steht die GmbH als Kapitalgesellschaft einer Personengesellschaft dennoch sehr nah; ihren Gesellschaftern kommen mehr Mitwirkungsrechte zu, als jenen der AG. Sie sind in den meisten Fällen nicht bloße Kapitalgeber ohne eine weitere Bindung zur Gesellschaft. In ihrer Konstruktion ist sie ideal für Gesellschaften mit wenigen Gesellschaftern. Deswegen wird die GmbH va für den

¹⁰⁹ *Pössinger*, Begünstigungen für die Übertragung von Betrieben und Teilbetrieben durch das NeuFöG, SWK 2004, 123.

¹¹⁰ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁵, 7.

¹¹¹ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁵, 7.

¹¹² *Mader*, Kapitalgesellschaften⁵, 7.

Betrieb von kleinen und mittleren Unternehmen verwendet. Damit bietet sie sich als Rechtsform für Familienunternehmen an. Gesellschafter können sowohl natürliche oder juristische Personen, sowie Personengesellschaften sein.¹¹³

Unabhängig von ihrer tatsächlichen unternehmerischen Tätigkeit ist die GmbH – und nicht ihre Gesellschafter – Unternehmer kraft Rechtsform. Ihre obligatorischen Organe sind die Generalversammlung genannte Gesellschafterversammlung und der bzw die ihrer Weisung unterliegende(n) Geschäftsführer. § 29 GmbHG sieht in bestimmten Fällen einen Aufsichtsrat zwingend vor, bei allen anderen kann dieser fakultativ eingerichtet werden. Jahresabschluss und Lagebericht werden – ab einer bestimmten Unternehmensgröße – von einem Abschlussprüfer geprüft.¹¹⁴

Jeder Gesellschafter hält einen Geschäftsanteil, der mit einer Stammeinlage verbunden ist und die Summe seiner Mitgliedschaftsrechte und Gesellschafterpflichten darstellt. Der Geschäftsanteil bestimmt sich nach der Höhe der übernommenen Stammeinlage (§ 75 Abs 1 GmbHG); im Gesellschaftsvertrag kann allerdings von dieser Regelung abgegangen werden. Die Stammeinlage stellt die Einzahlungsverpflichtung eines jeden Gesellschafters dar. Jeder Gesellschafter hat nur einen Geschäftsanteil und eine Stammeinlage – bei der Übernahme weiterer Stammeinlagen erhöht sich sein Geschäftsanteil entsprechend. Die Summe der Stammeinlagen der Gesellschafter bildet das Stammkapital. Einzelne Stammeinlagen müssen gem § 6 Abs 1 GmbHG mindestens die Höhe von € 70,00 haben, das Stammkapital die Höhe von mindestens € 35.000,00. Vom Stammkapital zu unterscheiden ist das Gesellschaftsvermögen, das in der Bilanz auf der Aktivseite aufscheint; beim Stammkapital handelt es sich um einen Posten der Passivseite.¹¹⁵

Die Geschäftsanteile einer GmbH sind keine handelbaren Wertpapiere, sie sind jedoch übertragbar und vererblich. Ihre Übertragung wird durch die Notariatsaktspflicht und die notwendige Zustimmung der Gesellschafter allerdings erschwert (§ 76 Abs 2 GmbHG).¹¹⁶

Die Firma der GmbH hat nach § 5 GmbHG zwingend den Zusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ bzw die Abkürzung „GmbH“ zu führen.¹¹⁷

¹¹³ Mader, Kapitalgesellschaften⁵, 8.

¹¹⁴ Mader, Kapitalgesellschaften⁵, 8.

¹¹⁵ Mader, Kapitalgesellschaften⁵, 8 f.

¹¹⁶ Mader, Kapitalgesellschaften⁵, 9.

¹¹⁷ Mader, Kapitalgesellschaften⁵, 9.

o **Die Aktiengesellschaft (AG)**

Die AG ist die bevorzugte Rechtsform für Großunternehmen mit hohem Kapitalbedarf¹¹⁸ und damit im klassischen KMU-Sektor der österreichischen Familienunternehmen kaum vertreten. Aus diesem Grund wird auf eine eingehendere Darstellung der Rechtsform verzichtet.

Die AG ist eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Ihre Gesellschafter sind am Grundkapital in Form von Aktien beteiligt. Sie haften nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.¹¹⁹ Das Mindestgrundkapital der AG beträgt gem § 7 AktG € 70.000,00.¹²⁰

IdR hat eine AG viele Gesellschafter mit einer geringen Bindung an die Gesellschaft. Ihre Gesellschaftsanteile sind leicht übertragbar und können an der Börse gehandelt werden. Die Geschäftsführung und Vertretung der AG übernimmt der Vorstand. Er ist gegenüber den Gesellschaftern weisungsfrei und idR ein Drittorgan, wodurch die Trennung von Geldgeberfunktion auf der einen Seite und Unternehmerfunktion auf der anderen Seite deutlich sichtbar wird.¹²¹

Im Bereich der Familienunternehmen wird sich eine AG va in solchen wieder finden, die schon mehrere Generationenwechsel durchlaufen haben und im Sinne von *Kalss/Oelkers*¹²² ein fremdgeführtes Familienunternehmen mit segmentierten Stammeslinien repräsentieren.

8.2 Einzelunternehmer und Personengesellschaften

Das Wesensmerkmal von Personengesellschaften und Einzelunternehmern ist ihr personenbezogener Aufbau. Grundsätzlich ist eine Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft nicht übertragbar oder vererblich; nach dem gesetzlichen Leitbild führt das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft.¹²³ Gesellschaftsvertragliche Regelungen lassen jedoch in manchen Fällen ein Abgehen von diesen Prinzipien zu.

o **Einzelunternehmer**

Der Begriff des Einzelunternehmers ist im UGB nicht näher definiert, geht aber auf den Einzelkaufmann iSd § 18 Abs 1 HGB zurück. Dieser Einzelkaufmann war ein

¹¹⁸ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁵, 55.

¹¹⁹ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁵, 55.

¹²⁰ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁵, 57.

¹²¹ *Mader*, Kapitalgesellschaften⁵, 56.

¹²² *Kalss/Oelkers*, JEV 2007, 56.

¹²³ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 9.

Kaufmann, der unter einer Firma „sein Geschäft ohne Gesellschafter betreibt“ und damit eine Ergänzung zu den Personengesellschaften darstellte.¹²⁴

Bei entsprechender unternehmerischer Tätigkeit können Einzelunternehmer nicht nur natürliche Personen, sondern auch juristische Personen und rechtsfähige Gebilde sein. Darunter fallen etwa unternehmerisch tätige Vereine oder Gebietskörperschaften. Auch der ruhende Nachlass kann Einzelunternehmer sein, wenn nach dem Tod des Unternehmers ein Unternehmen iSd § 1 Abs 2 UGB betrieben wird. Die GesbR kann mangels Rechtspersönlichkeit kein Einzelunternehmer sein, auch die Firmenbucheintragung ihrer Mitgesellschafter als Einzelunternehmer ist nicht vorgesehen. Vielmehr ist die GesbR bei Überschreitung der Rechnungslegungsgrenzen des § 189 UGB selbst zur Eintragung ins Firmenbuch als OG oder KG verpflichtet.¹²⁵

Unternehmerisch tätige natürliche Personen können sich gem § 8 UGB als Einzelunternehmer im Firmenbuch eintragen lassen. Erreicht ihre Geschäftstätigkeit den Umfang der Rechnungslegungspflicht des § 189 UGB ist der Einzelunternehmer zwingend zur Eintragung verpflichtet.¹²⁶

Ist der Einzelunternehmer im Firmenbuch eingetragen, ermöglicht ihm das die Führung einer geschützten Firma, die Erteilung der Prokura, sowie eine im Firmenbuch ersichtliche Haftungsbeschränkung bei der Unternehmensveräußerung.¹²⁷

o **Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR)**

Die GesbR wird durch einen Vertrag gegründet und dient dem gemeinschaftlichen Erwerb, wobei gem § 1175 ABGB zwei oder mehrere Personen ihre Mühe und/oder ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen vereinen. Der GesbR kommt keine eigene Rechtspersönlichkeit zu, wodurch sie auch keine juristische Person bilden kann, nicht parteifähig ist und nicht Inhaber eines Rechts sein kann. Als Rechtsträger fungieren die Gesellschafter; sie werden beispielsweise als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen oder erhalten Marken- und Patentrechte. Die GesbR kann je nach Willen ihrer Gesellschafter eine Innen- oder eine Außengesellschaft sein. Mangels eigener Rechtspersönlichkeit kommt aber nicht der GesbR selbst die Unternehmereigenschaft zu, sondern allenfalls ihren Gesellschaftern.¹²⁸

¹²⁴ *Dehn in Krejci*, Reformkommentar UGB, § 8 Rz 10.

¹²⁵ *Dehn in Krejci*, Reformkommentar UGB, § 8 Rz 12 f.

¹²⁶ *Dehn in Krejci*, Reformkommentar UGB, § 8 Rz 14.

¹²⁷ *Dehn in Krejci*, Reformkommentar UGB, ErläutRV zu § 8.

¹²⁸ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 10 f.

Ihre rechtliche Grundlage findet die GesbR in den §§ 1175 bis 1216 ABGB; § 1188 verweist auf die §§ 833 bis 842 ABGB, in denen die Verwaltung von Miteigentum geregelt ist.¹²⁹ Sie eignet sich besonders für den Zusammenschluss zum Betrieb von nicht rechnungslegungspflichtigen gewerblichen Unternehmen – wie etwa kleinen Gastwirtschaften, Werbeagenturen oder Bäckereien – oder für den Zusammenschluss zur gemeinsamen Ausübung von freiberuflichen Tätigkeiten – wie Rechtsanwälte, Notare oder Apotheker – oder für durch Ehegatten gemeinsam geführte land- und forstwirtschaftliche Betriebe. Die GesbR findet man ebenfalls zwischen Ehegatten und Lebensgefährten, die ihre Mühen und Kapital zur Erreichung eines bestimmten Zwecks vereinigen und jedem der Partner gewisse Mitwirkungsrechte einräumen.¹³⁰ Auch die Erbengemeinschaft, der gemeinsam ein Unternehmen eingeworben wird, ist als GesbR zu qualifizieren. Eine eingehendere Darstellung dieser Problematik findet sich im Kapitel zu Erbrecht und Gesellschaftsrecht (Kapitel C Punkt 5.1).

Durch das HaRÄG 2005 kam es zu keiner Neuregelung der GesbR an sich. Die GesbR ist allerdings dann von der Registrierungspflicht des § 8 Abs 1 und 3 UGB betroffen, wenn ihre Umsatzerlöse in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren 700.000,00 Euro (§ 189 Abs 2 Z 1 UGB) bzw in einem Geschäftsjahr 1.000.000,00 Euro überschreiten.¹³¹ Die Überschreitung dieses Schwellenwertes verpflichtet die Gesellschafter zur Eintragung als OG oder KG im Firmenbuch (§ 8 Abs 3 UGB).¹³² Diese Eintragungspflicht gilt nicht für vom Anwendungsbereich des Dritten Buches des UGB ausgenommene freie Berufe, sowie Land- und Forstwirte.¹³³

Allen anderen nicht rechnungslegungspflichtigen GesbR oder Einzelunternehmen steht es frei, sich im Firmenbuch als Unternehmer oder OG bzw KG protokollieren und auch wieder löschen zu lassen.¹³⁴

Das HaRÄG 2005 brachte noch eine weitere Neuerung für die GesbR, was das Vertretungsrecht der unternehmerisch tätigen GesbR betrifft, wenn diese im Geschäftsverkehr unter einem eigenen Namen auftritt bzw zur Vertretung bestellte Gesellschafter in deren Namen auftreten. Dann werden nämlich zur besseren

¹²⁹ Schummer, Personengesellschaften⁶, 11.

¹³⁰ Schummer, Personengesellschaften⁶, 11 f.

¹³¹ Perni, ab 2010 gibt es mehr Einnahmen-Ausgaben-Rechner, SWK 2010, 47.

¹³² Beiser, Gesellschaften bürgerlichen Rechts und der Zwang zum Rechtsformwechsel ab 1.1.2010, SWK 2010, 33.

¹³³ Weigand in Krejci/Debn, Das neue Unternehmensgesetzbuch, 74 f; Steiner, Die GesBR nach Inkrafttreten des UGB, RdW 2007/293, 262.

¹³⁴ Weigand in Krejci/Debn, Das neue Unternehmensgesetzbuch, 75.

Rechtssicherheit der Vertragspartner alle Gesellschafter daraus verpflichtet und berechtigt.¹³⁵

o **Die offene Gesellschaft (OG)**

Mit Inkrafttreten des UGB 2007 ersetzt die OG die bisher gebräuchlichen Bezeichnungen OHG (Offene Handelsgesellschaft), sowie ihre „kleine Schwester“ die OEG (Offene Erwerbsgesellschaft).¹³⁶ Die OG kann zu jedem beliebigen, erlaubten Zweck und in jeder Größe gegründet werden.¹³⁷

Bei der OG handelt es sich um eine unter eigener Firma geführte Gesellschaft. Ihre Gesellschafter sind gesamthandschaftlich verbunden; bei keinem ihrer Gesellschafter ist die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern eingeschränkt.¹³⁸

Die Zweckoffenheit der OG in § 105 UGB erlaubt die Gründung einer OG nicht bloß zu – wie bisher – Handelszwecken, sondern auch für freiberufliche, land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten oder auch rein vermögensverwaltenden Tätigkeiten. Im Rechtsverkehr tritt die OG unter ihrer eigenen Firma auf. Diese Firma bedarf zwingend den Rechtsformzusatz „offene Gesellschaft“ bzw „OG“. Ausnahmen bestehen für Gesellschaften die bereits vor dem 1.1.2007 den Zusatz „OHG“ zum Firmenwortlaut geführt haben – dieser kann unbefristet beibehalten werden.¹³⁹ Die OG eignet sich va für kleinere Betriebe in den Bereichen Handwerk, Gastgewerbe oder kleinere Handelsunternehmen, wenn zwei oder mehr Gesellschafter ein gemeinsames Unternehmen betreiben.

Im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern darf die Haftung keines Gesellschafters beschränkt sein. Aufgrund gesonderter Vereinbarungen ist jedoch eine Haftungsbeschränkung im Innenverhältnis der einzelnen Gesellschafter oder auch in Absprache mit einem Gläubiger möglich.¹⁴⁰

Der entscheidende Unterschied zwischen Kapital- und Personengesellschaften liegt in der gesamthandschaftlichen Verbundenheit der Gesellschafter einer Personengesellschaft. Das bedeutet im Einzelnen die unbeschränkte Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden, das Prinzip der Selbstorganschaft – dh, die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft wird von Gesellschaftern besorgt – und die grundsätzliche Unübertragbarkeit der Gesellschaftsanteile von

¹³⁵ *Weigand in Krejci/Debn*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, 76; Steiner, RdW 2007/293, 262.

¹³⁶ *Reich-Rohrnig/Schneider*, Wesentliche Neuerungen im Recht der Personengesellschaften nach dem UGB, ecolex 2006, 389.

¹³⁷ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 22.

¹³⁸ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 22.

¹³⁹ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 22 f.

¹⁴⁰ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 23.

Personengesellschaften (§ 124 UGB).¹⁴¹ Diese Unübertragbarkeit ergibt sich aus dem persönlichen Charakter der Personengesellschaft; über Gesellschaftsanteile kann nur verfügt werden, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist oder die übrigen Gesellschafter ihre Zustimmung ad hoc erklären.¹⁴²

Eine OG kann keine Einpersonengesellschaft sein, sondern muss aus mindestens zwei Gesellschaftern bestehen. Dieser Grundsatz findet sich ausdrücklich im letzten Satz des § 105 UGB. Im Falle des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters erlischt die OG gem § 142 UGB ohne Liquidation und das Gesellschaftsvermögen geht in Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten verbleibenden Gesellschafter über.¹⁴³

Bei der OG handelt es sich gem § 105 S 2 UGB um ein rechtsfähiges Rechtssubjekt: sie kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, ist unter ihrer Firma klagbar und kann klagen, kann im Grundbuch eingetragen werden und ist nach § 67 Abs 1 IO (vormals KO) insolvenzfähig. Auch wenn es sich bei einer OG um keine juristische Person handelt, steht sie bezüglich ihrer Rechtsfähigkeit einer Kapitalgesellschaft in nichts nach. Aufgrund des Umfangs ihrer rechtlichen Selbstständigkeit wird die OG im Rechtsverkehr wie eine juristische Person behandelt ohne eine zu sein (Quasi-juristische Person).¹⁴⁴ Die OG gehört nicht zum Kreis der Unternehmer kraft Rechtsform – ihre Unternehmereigenschaft richtet sich danach, ob sie tatsächlich ein Unternehmen iSd § 1 Abs 2 UGB betreibt. Aufgrund ihrer Zweckoffenheit muss die OG nämlich nicht zwangsweise unternehmerisch tätig sein. Die Klärung der Unternehmereigenschaft ist jedoch insofern zweckdienlich, da daran auch die Frage geknüpft ist, ob die Regelungen des UGB auf sie anzuwenden sind. Die Vorschriften über die OG finden sich im UGB im Zweiten Buch in den §§ 105 bis 160 UGB.¹⁴⁵ Jede OG nach §§ 106 f UGB ist zur Eintragung ins Firmenbuch anzumelden.¹⁴⁶

Die OG wird mittels eines formfreien (dh mündlichen, schriftlichen oder schlüssigen) Gesellschaftsvertrages mindestens zweier Gesellschafter gegründet. Gesellschafter können neben natürlichen Personen auch juristische Personen und Quasi-juristische Personen wie eine andere OG oder eine KG sein. Die Beteiligung

¹⁴¹ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 23.

¹⁴² *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 47.

¹⁴³ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 23.

¹⁴⁴ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 23 f.

¹⁴⁵ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 24.

¹⁴⁶ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 26.

Minderjähriger bedarf gem § 154 Abs 3 ABGB der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung.¹⁴⁷

Der Gesellschaftsvertrag bildet die primäre Grundlage für Regelungen der Gesellschafter untereinander, beim Fehlen gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen greifen gem § 108 UGB die gesetzlichen Regelungen. Diese sind bis auf folgende Ausnahmen dispositiv: § 117 Abs 2 UGB bestimmt, dass das Recht eines Gesellschafters zur Geschäftsführung nicht gekündigt werden kann; das Kontrollrecht eines nicht-geschäftsführenden Gesellschafters kann lt § 118 Abs 2 UGB nicht völlig beseitigt werden, außerdem kann das Recht eines Gesellschafters auf Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses nicht ausgeschlossen oder in anderer Weise als durch angemessene Verlängerung der Kündigungsfrist erschwert werden (§ 132 Abs 2 UGB).¹⁴⁸

Im Verhältnis der Gesellschafter zueinander gelten die Treuepflicht und das Prinzip der Gleichbehandlung. Dh, dass die Gesellschafter sowohl im Interesse der Gesellschaft, als auch im persönlichen Interesse der einzelnen Mitgesellschafter handeln sollen, wodurch in bestimmten Fällen Gesellschafter in der Ausübung ihrer Rechte gebunden oder beschränkt sind bzw bestimmte Pflichten zu erfüllen haben. Das Gleichbehandlungsprinzip verbietet eine willkürliche, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Gesellschafter.¹⁴⁹

Für eine geleistete Einlage in die Gesellschaft erhalten die Gesellschafter als Gegenleistung eine Beteiligung an ihr. Mangels abweichender Vereinbarungen bestimmt sich die Beteiligung eines Gesellschafters an der Gesellschaft nach der Wertrelation der getätigten Einlage.¹⁵⁰

Gesellschafterbeschlüsse einer OG sind dem Gesetz nach keinen Formvorschriften unterworfen, im Gesellschaftsvertrag kann jedoch davon abgegangen werden. Ebenso kann mittels vertraglicher Vereinbarung vom gesetzlich vorgesehenen Prinzip der Einstimmigkeit zugunsten von Mehrheitsbeschlüssen abgegangen werden.¹⁵¹

§ 118 UGB sieht für jeden Gesellschafter, auch für jene, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, Kontrollrechte vor. Jeder Gesellschafter kann sich persönlich über die Angelegenheiten der Gesellschaft informieren und in ihre Bücher und Aufzeichnungen Einsicht nehmen. Sofern sich Informationen nicht aus

¹⁴⁷ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 25.

¹⁴⁸ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 27.

¹⁴⁹ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 27 f.

¹⁵⁰ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 30.

¹⁵¹ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 35 f.

den Geschäftsunterlagen ergeben, kann sich jeder Gesellschafter von den geschäftsführenden Gesellschaftern Auskunft erteilen lassen. Die Behinderung oder Verweigerung der Ausübung von Kontrollrechten kann im außerstreitigen Verfahren durchgesetzt werden.¹⁵²

Die Haftung der Gesellschafter einer OG ist prinzipiell persönlich, unbeschränkt und unbeschränkbar, dh, sie haften mit ihrem gesamten Privatvermögen, was auch nicht durch Gesellschaftsvertrag oder sonstige Vereinbarungen abänderbar ist. Die Haftung ist weiters primär und unmittelbar – die Gläubiger können ohne Zwischenschalten der OG direkt auf Gesellschafter greifen, selbst wenn die OG in der Lage ist ihre Schulden selbst zu tilgen. Alle Gesellschafter haften solidarisch; es steht den Gläubigern frei, auf welchen von ihnen sie greifen. Tritt ein Gesellschafter in eine bestehende OG ein, haftet er gem § 128 UGB unbeschränkt auch für alle Altschulden der Gesellschaft. Diese Haftung ist zwingend und kann im Außenverhältnis nicht beschränkt werden, sehr wohl jedoch durch Vereinbarung mit den übrigen Gesellschaftern im Innenverhältnis. Wird die OG aufgelöst, können Gläubiger ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft und gegen ihre Gesellschafter geltend machen; § 159 UGB ordnet eine nachwirkende Gesellschafterhaftung an, die jedoch binnen fünf Jahren verjährt. § 160 UGB begrenzt die Nachhaftung des ausscheidenden Gesellschafters, wenn die OG weiter besteht.¹⁵³ Näheres zur Haftung des ausscheidenden Gesellschafters findet sich unter dem Punkt „Nachhaftung“ (Kapitel B Punkt 2.3).

Das Gesetz geht zwar davon aus, dass der Wegfall eines Gesellschafters durch Tod oder Konkurs zur Auflösung der Personengesellschaft führt, eine Änderung im Gesellschafterstand soll jedoch nicht gänzlich unmöglich sein. Aus diesem Grund regelt § 130 UGB den Gesellschafterwechsel. Darunter fällt der Umstand, dass ein Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt, ohne dass ein anderer dafür ausscheidet, der Umstand, dass ein Gesellschafter ausscheidet, ohne dass ein neuer eintritt, ebenso wie der Umstand, dass für das Ausscheiden eines Gesellschafters ein anderer eintritt, sowie die Änderung des Gesellschafterbestandes im Rahmen der Erbfolge. Der Eintritt eines neuen Gesellschafters bedarf eines Aufnahmevertrages des Eintretenden mit den übrigen Gesellschaftern; hierfür können spezifische Regeln im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden. Das Ausscheiden eines Gesellschafters kann freiwillig oder zwangsweise erfolgen. Gegen seinen Willen kann ein

¹⁵² *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 36 f.

¹⁵³ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 40 f.

Gesellschafter nur mittels Ausschlussklage nach § 140 UGB aus der Gesellschaft ausscheiden. Ein freiwilliges Ausscheiden bedarf gem §§ 132 f UGB entweder der Zustimmung aller Gesellschafter oder entsprechender Regelungen bezüglich Kündigungsmöglichkeiten im Gesellschaftsvertrag.¹⁵⁴

§ 131 Z 4 UGB bestimmt, dass grundsätzlich der Tod eines Gesellschafters zur Auflösung der OG führt. Den übrigen Gesellschaftern bleibt aber die Möglichkeit die Gesellschaft mittels einstimmigen Beschlusses fortzusetzen (Fortsetzungsklausel). Zudem gibt es die Möglichkeit, dass die Gesellschaft mit dem/den Erben fortgesetzt werden kann (Nachfolgeklausel) oder dass für Erben oder sonstige Personen ein Eintrittsrecht vorgesehen wird (Eintrittsklausel).¹⁵⁵

o **Die Kommanditgesellschaft (KG)**

Bei der KG handelt es sich wie bei der OG um eine unter einer eigenen Firma geführte Gesellschaft. Im Unterschied zur OG gibt es jedoch nicht nur (mindestens einen) unbeschränkt haftenden Gesellschafter, sondern auch zumindest einen beschränkt haftenden Gesellschafter. Seine Haftung ist auf einen bestimmten Betrag, die Haftsumme, beschränkt. Abgesehen von den zwei Gruppen unterschiedlicher Gesellschafter, entspricht die KG dem Wesen nach jedoch völlig der OG.¹⁵⁶ Eine KG muss aus jeweils mindestens einem Komplementär als voll haftenden Gesellschafter und mindestens einem Kommanditisten als beschränkt haftenden Gesellschafter bestehen. Die Stellung eines Komplementärs entspricht jener von OG-Gesellschaftern, Kommanditisten hingegen spielen wirtschaftlich eine andere Rolle für die Gesellschaft: Sie sind mehr Geldgeber denn eigentliche Unternehmer, wobei sie bestimmte Mitwirkungs- und Kontrollrechte in der Gesellschaft ausüben können oder auch für diese tätig sein können. Im Gegensatz zu stillen Gesellschaftern, die nur als Geldgeber fungieren, tritt ihre Kapitalbeteiligung aber nach außen hin in Erscheinung.¹⁵⁷

Wie auch bei der OG richtet sich das Verhältnis der Gesellschafter zueinander vorrangig nach dem Gesellschaftsvertrag. Im Fall eines Regelungsbedarfs aufgrund fehlender Bestimmungen im Vertrag kommen die dispositiven Normen des UGB zur Anwendung. Für die Komplementäre sind dies die §§ 110 bis 122 UGB, für die Kommanditisten die §§ 164 bis 169 UGB.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Schummer, Personengesellschaften⁶, 44 f.

¹⁵⁵ Schummer, Personengesellschaften⁶, 48.

¹⁵⁶ Schummer, Personengesellschaften⁶, 58.

¹⁵⁷ Schummer, Personengesellschaften⁶, 58 f.

¹⁵⁸ Schummer, Personengesellschaften⁶, 59.

Streng zu unterscheiden sind bei der KG die Pflichteinlage oder bedungene Einlage von der Haftsumme. Die bedungene Einlage ist jene Leistung, zu der sich ein Kommanditist gegenüber der Gesellschaft verpflichtet. Sie geht in das Gesellschaftsvermögen über. Bei der Haftsumme handelt es sich um jenen Betrag, mit dem der Kommanditist gegenüber den Gesellschaftsgläubigern haftet. Nur sie wird im Firmenbuch eingetragen. Pflichteinlage und Haftsumme sind idR – aber nicht zwingend – gleich hoch.¹⁵⁹

Im Fall eines Gesellschafterwechsels bestehen beim Wechsel eines Komplementärs im Vergleich zur OG keine Unterschiede, ebenso wie beim Eintritt oder der Übertragung der Mitgliedschaft eines Kommanditisten. Das Ausscheiden eines Kommanditisten kann freiwillig oder durch Ausschlussklage nach § 140 UGB geschehen. Anders als im Fall des Todes eines Komplementärs, wird gem § 170 UGB eine KG beim Tod eines Kommanditisten nicht aufgelöst, sondern nach der Einantwortung mit den Erben des Kommanditisten fortgesetzt – gibt es mehrere Erben, wird jeder von ihnen Kommanditist. Hierzu bedarf es keiner gesonderten gesellschaftsvertraglichen Regelungen. § 139 UGB findet auf den Todesfall eines Kommanditisten keine Anwendung.¹⁶⁰

Als Sonderformen der KG gibt es die Möglichkeit einer GmbH & Co KG. Hierbei haftet keine natürliche Person mit ihrem Privatvermögen, sondern (einziger) Komplementär einer solchen KG wird eine juristische Person. Als weitere Ausgestaltungsform der KG gibt es eine Publikums-KG mit vielen Kommanditisten, die lediglich als Anlagegesellschafter zur Risikofinanzierung von Projekten dient.¹⁶¹

¹⁵⁹ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 59 f.

¹⁶⁰ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 68.

¹⁶¹ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 69 ff.

B UNTERNEHMENSNACHFOLGE UNTER LEBENDEN

Die Vermögensaufteilung unter Lebenden kann sowohl entgeltlich, als auch unentgeltlich erfolgen. Zusätzlich möglich sind auch Mischformen mit entgeltlichen, sowie unentgeltlichen Elementen der Vertragsausgestaltung. Im Folgenden sollen die Möglichkeiten der Übertragung des Familienunternehmens durch Schenkung oder gemischte Schenkung, Unternehmenskauf, Leibrente und gesellschaftsrechtliche Lösungen ebenso erläutert werden, wie die Möglichkeit einer „Übertragung auf Probe“ in Form einer Verpachtung des Unternehmens. Mit diesen unterschiedlichen Lösungsansätzen verbunden sind verschiedene rechtliche Konsequenzen für die Haftung der Beteiligten und den Interessenausgleich zwischen den Familienmitgliedern, die nicht in das Unternehmen eintreten.

1. Schenkung

Der Unternehmer, der sich aus seinem Unternehmen zurückziehen möchte, kann das Unternehmen oder seine Anteile daran unentgeltlich oder teilunentgeltlich an seinen Nachfolger übergeben, indem er es ihm schenkt oder gegen einen geringen Preis überträgt. Die Schenkung des Unternehmens ist aber nicht der einzige Punkt, bei dem die Vorschriften über die Schenkung im Zusammenhang mit dem Generationenwechsel im Familienunternehmen relevant sind. Ebenso kann der Unternehmer seinem Nachfolger Geld schenken, damit dieser sich in das Unternehmen einkaufen kann. Oder der Unternehmer schenkt im Ausgleich den Familienmitgliedern, die nicht in das Unternehmen nachfolgen, Geld, Liegenschaften oder andere Dinge.

Bei allen Schenkungen, die der Unternehmer zu Lebzeiten tätigt, ist zu beachten, dass diese bei seinem Tod nicht bedachte Konsequenzen haben können. Eine Nachfolgeregelung kann schnell durch eine Schenkungsanfechtung wegen Pflichtteilsverkürzung konterkariert werden, ebenso wie Pflichtteilsberechtigten eine zu Lebzeiten gemachte Schenkung auf ihren Pflichtteil angerechnet werden kann, wenn nicht durch umfassende Erb- und Pflichtteilsverzichte vorgesorgt wird. Deswegen sollten vor der Durchführung einer Schenkung alle Vor- und Nachteile

sorgfältig geprüft und abgewogen werden, um später auftretenden Problemen vorausschauend begegnen zu können.¹⁶²

Eine Besprechung der Konsequenzen einer Schenkung für die erbrechtliche Aufteilung des Vermögens findet sich auch in Kapitel C über die Unternehmensnachfolge von Todes wegen.

1.1 Charakteristik der Schenkung

An sich handelt es sich bei der Schenkung (§ 938 ff ABGB) um den Prototyp des unentgeltlichen Rechtsgeschäfts. Eine Schenkung kann unter Lebenden oder auch auf den Todesfall erfolgen; je nachdem sind unterschiedliche Formvorschriften zu beachten, an der Qualifikation als Schenkung an sich ändert das jedoch nichts.¹⁶³ Die Schenkung auf den Todesfall wird näher in Kapitel C Punkt 4. erläutert.

Neben der gänzlich unentgeltlichen Schenkung bietet sich als weitere Möglichkeit eine gemischte Schenkung an. Ausdrückliche Erwähnung findet diese nur in § 935 ABGB, wo sie als eine Mischform aus entgeltlichem und unentgeltlichem Vertrag gesehen wird. Voraussetzung für eine gemischte Schenkung ist ein zumindest teilweise vorhandener Schenkungswille. Den Parteien muss also der doppelte Charakter des Geschäfts und der wahre Wert der Leistung bewusst sein. Der partielle Schenkungswille kann va bei Vereinbarungen zwischen Angehörigen aus dem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung geschlossen werden.¹⁶⁴

Eine Schenkung – sei sie nun gänzlich unentgeltlich oder teilunentgeltlich – bedarf eines rechtsgeschäftlichen Willens. Wesentlich dabei sind die Vermögensaufopferung und der Schenkungswille auf Seiten des Zuwenders in Kombination mit der Bereicherung auf Seiten des Zuwendungsempfängers. Der Schenkungsvertrag als Konsensualvertrag bedarf der Willenseinigung zwischen den Vertragsparteien, dem Zuwender und dem Zuwendungsempfänger. Bei den beiden Vertragsparteien muss Klarheit darüber herrschen, dass es sich bei der Schenkung um eine Überlassung zum Eigentum und nicht etwa zum bloßen Gebrauch handelt. Die Schenkung kann aber vom Geschenkgeber mit Auflagen verbunden sein.¹⁶⁵ Sowohl die Beisetzung von aufschiebenden Suspensivbedingungen – wie etwa bei einer Schenkung auf den

¹⁶² Müller/Saurer, Die Abschaffung der Erbschafts- und Schenkungssteuer und die Folgen für die Vermögensweitergabe, JEV 2008, 58.

¹⁶³ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 938 Rz 1.

¹⁶⁴ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 938 Rz 50.

¹⁶⁵ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 938 Rz 1 ff.

Todesfall – als auch von Resolutivbedingungen – zB die Abhängigkeit der Schenkung von Auflagen – sind zulässig.¹⁶⁶

Die Beisetzung einer Auflage kann in den Schenkungsvertrag etwa dann aufgenommen werden, wenn der Übergeber (noch) nicht sicher ist, ob sein Nachfolger das Unternehmen in seinem Sinne weiterführen wird. Beispiele für solche Auflagen wären die Bedingung, dass der Nachfolger das Unternehmen bis zu einem bestimmten Stichtag betreibt, es nicht verkauft oder verpachtet, langjährig gediente Mitarbeiter nicht entlässt oder die Familie regelmäßig finanziell unterstützt.¹⁶⁷ Solche Bedingungen bergen für den Übernehmer die Gefahr, das Unternehmen wieder zu verlieren, weswegen er sich möglicherweise an für den Erfolg des Unternehmens notwendige und entscheidende Schritte wie Investitionen nicht ohne weiteres heranwagen wird.

IdR dürfen Schenkungen nicht widerrufen werden (§ 946 ABGB). Allein die Verwirklichung eines Widerrufs- oder Anfechtungstatbestandes, wie etwa die §§ 947 ff ABGB oder die AnFO oder IO (vormals KO) sie kennen, berechtigt zu einem uU beschränkten Aufhebungsanspruch.¹⁶⁸

Der Zuwender haftet für seine Schenkung nur in einem sehr reduzierten Umfang. Da dem unentgeltlich Leistenden grundsätzlich die geringere Last aufgebürdet werden soll, wird der Zuwender nur im Falle eines schuldhaften Verzugs oder schuldhaften Leistungsverzugs bei grobem Verschulden nach §§ 1295 ff ABGB schadenersatzpflichtig.¹⁶⁹ Nicht einzustehen hat der Zuwender für Mangel- folgeschäden oder eine Gewährleistungshaftung,¹⁷⁰ oder die Richtigkeit und Einbringlichkeit unentgeltlich abgetretener Forderungen.¹⁷¹

Fraglich bleibt, ob den Zuwender eines Unternehmens die gleiche Pflicht trifft wie einen Veräußerer, darf doch dieser das Ziel des Unternehmensübergangs und die Tätigkeit des neuen Unternehmers nicht vereiteln.¹⁷²

Steuerlich hat sich mit dem Auslaufen der Erbschafts- und Schenkungssteuer mit 1.8.2008 einiges geändert. Geschenktes Vermögen muss nur mehr unter bestimmten Voraussetzungen der Finanzverwaltung angezeigt werden. Die Wertgrenze für diese Anzeigepflicht beträgt bei Schenkungen zwischen Angehörigen eine

¹⁶⁶ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 938 Rz 4.

¹⁶⁷ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 129.

¹⁶⁸ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 1.

¹⁶⁹ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 945 Rz 1.

¹⁷⁰ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 945 Rz 2.

¹⁷¹ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 945 Rz 7.

¹⁷² *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 18; mwN.

Schenkungssumme von EUR 50.000,00 binnen eines Jahres und zwischen Nicht-angehörigen eine Schenkungssumme von EUR 15.000,00 binnen fünf Jahren. Die Anzeigepflicht trifft Schenker und Beschenkten und hat binnen drei Monaten ab Vermögensübertragung zu erfolgen. Nicht anzeigepflichtig ist die unentgeltliche Übertragung von Liegenschaften. Diese fällt unter das Grunderwerbssteuergesetz 1987. Bei Liegenschaftsschenkungen zwischen Angehörigen beträgt die GrESt 2 %, bei familienfremden Personen 3,5 %.¹⁷³ *Wolf*¹⁷⁴ erkennt im Wegfall der Erbschafts- und Schenkungssteuer einerseits, aber der Belastung mit der GrESt für unentgeltliche Liegenschaftstransaktionen andererseits eine Systemwidrigkeit.

An der Problematik des Pflichtteilsrechts, der Endgültigkeit einer Schenkung und der Schenkungsanrechnung nach dem Tod des Geschenkgebers hat sich durch die Abschaffung der Erbschafts- und Schenkungssteuer allerdings nichts geändert.¹⁷⁵

1.2 Formerfordernisse

Schenkungsverträge unterliegen Formerfordernissen, die je nach Sachverhalt unterschiedlich ausgestaltet sind.

Zur Rechtswirksamkeit einer Schenkung bedarf es entweder der wirklichen Übergabe des Schenkungsobjekts oder eines Notariatsakts (§ 1 Abs 1 lit d NotAktG). Dieses Formgebot verfolgt mehrere Zwecke: Einerseits bietet es Schutz vor übereilten Schenkungsversprechen des Geschenkgebers, andererseits dient der Notariatsakt der Beweissicherung und kann *va* wegen der Belehrung durch den Notar vor Nachteilen wegen Rechtsunkenntnis schützen.¹⁷⁶

Ein Verzicht auf besondere Formgebote ist weder vor, noch nach Abgabe des Schenkungsversprechens wirksam, um deren Zweck nicht zu vereiteln. Nebenabreden zum Schenkungsversprechen, die die Schenkungslast mindern, sind nicht notwendigerweise formbedürftig. Nicht dokumentierte Nebenabreden können die Parteien allerdings leicht in Beweisnotstand bringen.¹⁷⁷

o Formgebot „Wirkliche Übergabe“

Die „Wirkliche Übergabe“ tritt zum Schenkungsvertrag zusätzlich hinzu. Sie muss nach außen hin bemerkbar und derart beschaffen sein, dass aus ihr der ernstliche

¹⁷³ *Müller/Saurer*, JEV 2008, 58.

¹⁷⁴ *Wolf*, Unentgeltliche Betriebsübertragungen im Familienverband zukünftig ohne Steuerbelastung, SWK 2007, 1126.

¹⁷⁵ *Müller/Saurer*, JEV 2008, 58.

¹⁷⁶ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 943 Rz 1 f.

¹⁷⁷ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 943 Rz 6.

Wille des Zuwenders zum sofortigen Besitzübergang auf den Zuwendungsempfänger hervorgeht. Dem Empfänger muss das Schenkungsobjekt zwar nicht direkt in die Hand gegeben werden, es muss ihm aber der unmittelbare Zugriff darauf ermöglicht werden. Die „wirkliche Übergabe“ muss zudem nicht sofort bei Vertragsschluss erfolgen, sondern kann auch nachträglich stattfinden.¹⁷⁸

Für bewegliche Sachen sind als Traditionsform alle in den §§ 426 bis 428 ABGB vorgesehenen Übergabearten anerkannt: von einer körperlichen Übergabe, über eine Übergabe durch Zeichen (Symbole),¹⁷⁹ die Besitzauflassung (*traditio brevi manu*) und die Besitzanweisung sind alle Möglichkeiten zulässig.¹⁸⁰ Nicht als körperliche Übergabe anerkannt ist jedoch der Besitzauftrag (*Besitzkonstitut*),¹⁸¹ wenn sich das Schenkungsobjekt bereits in den Händen des Zuwendungsempfängers befindet, weil dadurch der tatsächliche Übergabeakt vom Zuwender an den Empfänger verhindert würde.

Eine im Schenkungsvertrag enthaltene Erklärung, dass mit der Unterzeichnung die Übergabe und Übernahme des Zuwendungsobjekts als erfolgt gilt, entspricht der Eignung einer „wirklichen Übergabe“ nicht.¹⁸² Die *verba legalia* bringen nämlich die Notwendigkeit eines eigenständigen Traditionsakts deutlich zum Ausdruck, um eine Umgehung der Notariatsaktpflicht zu verhindern. Eine Bestätigung der erfolgten Übergabe und die Bezeichnung des Übergabeakts im Schenkungsvertrag erweisen sich aus Beweisgründen als sinnvoll.¹⁸³

Auf den Zeitpunkt der „wirklichen Übergabe“ kommt es nicht an, sie kann vor, gelegentlich oder nach Abgabe des Schenkungsversprechens erfolgen. Entscheidendes Moment ist der Traditionswille des Zuwenders, durch den der Zuwendungsempfänger in den Besitz des Zuwendungsobjekts kommt.¹⁸⁴

o **Liegenschaften**

Wie bereits im einleitenden Kapitel erwähnt, kann nicht nur das Familienunternehmen samt dazugehörigen Liegenschaften Inhalt eines Geschenks sein, sondern auch zuvor angeschaffte Liegenschaften, die an Familienmitglieder geschenkt werden, um ihnen einen Ausgleich zum Unternehmen zukommen zu lassen.

¹⁷⁸ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 10.

¹⁷⁹ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 11 FN 29; mwN.

¹⁸⁰ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 11 FN 31; mwN.

¹⁸¹ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 11.

¹⁸² *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 16; mwN.

¹⁸³ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 16; mwN.

¹⁸⁴ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 17; mwN.

Bei Schenkungen im Zusammenhang mit Liegenschaften ist einiges zu beachten: Zur „wirklichen Übergabe“ einer Liegenschaft ist eine bücherliche Einverleibung nicht notwendig. Es genügt die Verschaffung der tatsächlichen Verfügungsmacht mittels Besitztradition. § 312 ABGB nennt die Betretung, Verrainung, Einzäunung, Bezeichnung oder Bearbeitung als mögliche Arten des Besitzererwerbs an einer Liegenschaft.¹⁸⁵ die Einräumung des physischen Besitzes und die Gestattung der Verwaltung, die Begehung mit der Absicht der Besitznahme, das Abstecken und Auspflocken des Grundes mit Übertragungswillen, die Übergabe der Verwaltungsunterlagen, die die Bewirtschaftung ermöglichen, die Schlüsselübergabe verbunden mit der Erklärung, der Übernehmer könne mit dem Umbau beginnen, sowie die Bewirtschaftung werden als gültige Arten der Besitzerwerbung gewertet. Nötig sind lediglich deutliche Zeichen iSd § 312 S 2, ohne dass es notwendig wäre jeden Teil des Ganzen besonders zu übernehmen.¹⁸⁶ So muss der Übergeber als Zuwender nicht jedes Betriebsgrundstück oder jede Lagerhalle einzeln mit dem zukünftigen Unternehmer als Zuwendungsempfänger betreten, um das Unternehmen an ihn zu übertragen. Es reicht außerdem auch, wenn er aus dem Familienunternehmen weichenden Kindern als Ausgleich für das Unternehmen die Wohnungsschlüssel zu einer Eigentumswohnung übergibt.

Die Erklärung im Vertrag allein, die Liegenschaft werde mit Unterfertigung übergeben, reicht bei unbeweglichen Sachen jedoch genauso wenig aus, wie sie dies bei beweglichen Sachen tut.¹⁸⁷ Ausdrücklich als Schenkung anerkannt werden, neben der Übergabe von ganzen Grundbuchskörpern, auch Trennstücke, Eigentumswohnungen, sowie der mit ideellen Liegenschaftsanteilen verbundene Besitz, da gegen einen gemeinschaftlichen Besitz mehrerer Miteigentümer nach § 833 S 1 nichts einzuwenden ist.¹⁸⁸

Selbst wenn die Liegenschaft physisch noch nicht übergeben wurde, gilt die bücherliche Einverleibung als „wirkliche Übergabe.“¹⁸⁹ Dies resultiert aus dem Intabulationsprinzip und daraus, dass ein formloses Schenkungsversprechen durch Erfüllung heilt (§ 1432 ABGB). Von Rechts wegen kann eine Einverleibung jedoch nur aufgrund einer Schenkungsurkunde in Notariatsaktsform vorgenommen werden.¹⁹⁰

¹⁸⁵ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 19; mwN.

¹⁸⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 19; mwN.

¹⁸⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 19; mwN.

¹⁸⁸ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 20; mwN.

¹⁸⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 21; mwN.

¹⁹⁰ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 20.

○ **Forderungen und Rechte**

Zu einem Unternehmen gehören neben Liegenschaften auch Forderungen und Rechte. Auch sie können Gegenstand einer Schenkung sein. Handelt es sich dabei um unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse, die im Rahmen der Unternehmensschenkungen unter Lebenden auf den Übernehmer übergehen, gilt für sie der Übergang ex lege gem § 38 UGB. Näheres dazu findet sich im entsprechenden Kapitel 2.3. Aber auch sonst können Forderungen und Rechte Gegenstand einer Schenkung sein, etwa an nicht ins Unternehmen eintretende Familienmitglieder. Zur Rechtsbegründung bedarf es für die „wirkliche Übergabe“ der Setzung von Erfüllungshandlungen. Soll es zB durch den Geschenkgeber für eines der Kinder unentgeltlich zur Übernahme einer Bürgschaft oder von Verbindlichkeiten kommen, liegt die „wirkliche Übergabe“ in der mit Einverständnis des Schuldners abgegebenen Verpflichtungserklärung des Geschenkgebers gegenüber dem Gläubiger, sowie in der dem Schuldner erklärten unentgeltlichen Erfüllungsübernahme in Form der tatsächlichen Leistungserbringung.¹⁹¹ Ebenso kann der Unternehmer Forderungen verschenken. Möglich wäre die Schenkung einer Darlehensforderung oder die stille Beteiligung an einem Unternehmen.

Gleichzeitig handelt es sich um eine Schenkung an den Übergeber, wenn sein Nachfolger von ihm unentgeltlich das überschuldete Familienunternehmen übertragen bekommt und der Nachfolger sämtliche, die Aktiven übersteigenden Passiven, mit übernimmt. Da Aktiva und Passiva gegeneinander aufgerechnet werden, handelt es sich bei der Schenkung eines Unternehmens, das zwar Verbindlichkeiten hat, aber nicht überschuldet ist, um einen Fall der Schenkung und nicht um eine gemischte Schenkung.

Bei der schenkungsweisen Zession einer Forderung kann die „wirkliche Übergabe“ mittels Zeichen nach § 427 ABGB einen Notariatsakt dann ersetzen, wenn der Forderungsübergang in das Vermögen und die Verfügungsgewalt des Zuwendungsempfängers unzweifelhaft und nach außen erkennbar sind. Als Zeichen können die Aushändigung ausgestellter Beweisurkunden und/oder die Verständigung des Zessus durch den Zedenten dienen. Auch die Eintragung in das Geschäftsbuch, bei Anteilsübertragungen im Rahmen einer Innengesellschaft oder stillen Gesellschaft reicht aus.¹⁹² Da es primär auf den Warn- und Beweiszweck ankommt, wird an sich jedoch nicht bezweifelt, dass die Übergabe von Urkunden, die den Bestand von

¹⁹¹ Binder in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 943 Rz 22.

¹⁹² Binder in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 943 Rz 24; mwN.

Forderungen beweisen, hinreichen, um ein Zeichen gem § 427 ABGB für eine „wirkliche Übergabe“ gem § 943 ABGB darzustellen.¹⁹³ Der Unternehmer kann auch vermietete Liegenschaften zum Gegenstand einer Schenkung machen; für die unentgeltliche Abtretung von Bestandrechten ist eine „wirkliche Übergabe“ nötig. Dabei reicht üblicherweise eine Anzeige an den Mieter.¹⁹⁴ Um eine Übertragung der Guthabensforderungen eines Bankkontos herbeizuführen, reicht es nicht aus eine Mitzeichnungsberechtigung einzuräumen, vielmehr ist der Übergang in die ausschließliche Verfügungsbefugnis des Forderungsübernehmers notwendig. Gleiches gilt hinsichtlich des Herausgabeanspruchs auf Wertpapiere oder sonst bankmäßig verwahrte Sachen.¹⁹⁵

Als Schenkung zu qualifizieren ist auch der unentgeltliche Verzicht auf eine Forderung oder ein Recht. Dann ist dem Verpflichteten eine darüber ausgestellte Beweisurkunde (beispielsweise ein Schuldschein) als sichtbares Zeichen der Rechtsaufgabe auszuhändigen.¹⁹⁶ Ein Beispiel für einen unentgeltlichen Verzicht auf eine Forderung wäre der Erlass von geborgtem Geld für ein Kind oder einen langjährig gedienten Mitarbeiter.

1.3 Gestaltungsmöglichkeiten einer Schenkung

o Belohnende Schenkung

Hinsichtlich der Formerfordernisse stellt die belohnende Schenkung gem § 940 ABGB einen Sonderfall dar. Sie wird dem Zuwendungsempfänger aufgrund einer sittlichen Pflicht oder aus Anstandsgründen gemacht. Da der Zuwendungsempfänger eine Leistung erbracht hat, die die belohnende Schenkung in die Nähe eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts rückt,¹⁹⁷ gelangt ein Teil der Rspr¹⁹⁸ aufgrund dessen sogar zum Ergebnis die belohnende Schenkung gänzlich aus dem Schenkungsbegriff herauszunehmen.

Formgültig zustande gekommene Schenkungsverträge sind auf beiden Seiten vererblich und sowohl durch die Erben des Versprechenden als auch gegenüber den Erben des Versprechensempfängers zu erfüllen.¹⁹⁹

¹⁹³ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 943 Rz 25.

¹⁹⁴ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 943 Rz 26; mwN.

¹⁹⁵ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 943 Rz 27.

¹⁹⁶ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 943 Rz 29.

¹⁹⁷ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 943 Rz 36.

¹⁹⁸ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 943 Rz 36; mwN.

¹⁹⁹ Binder in Schwimann, ABGB IV³, §§ 955 Rz 1.

o Gemischte Schenkung

Die gemischte Schenkung ist eine Mischform aus entgeltlichem und unentgeltlichem Vertrag. Voraussetzung für eine gemischte Schenkung ist ein zumindest teilweise vorhandener Schenkungswille. Den Parteien muss der doppelte Charakter des Geschäfts und der wahre Wert der Leistung bewusst sein. Der partielle Schenkungswille kann va bei Vereinbarungen zwischen Angehörigen aus dem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung geschlossen werden.²⁰⁰

Auch der Freundschafts Kauf ist zur Gruppe der gemischten Schenkungen zu zählen. Hierbei handelt es sich um eine Sachveräußerung, die aus entgeltlichen und unentgeltlichen Elementen zusammengesetzt ist. Die Kaufpreisfestsetzung durch die Parteien erfolgt bewusst so, dass keine volle Gegenleistung für das Vertragsobjekt erbracht wird.²⁰¹

Über die rechtliche Beurteilung von gemischten Schenkungen und die Konsequenzen im Falle eines Widerrufs besteht keine einheitliche Auffassung, allen Autoren gemeinsam ist jedoch die Intention eine möglichst dem Einzelfall entsprechende Lösung zu finden. So plädiert *Ehrenzweig*²⁰² für die so genannte Einheitstheorie, wonach die gemischte Schenkung ein einheitliches Geschäft darstellt, das nicht zerrissen werden darf. Zur Abgrenzung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Geschäft stellt er auf die Hälfte des Wertes ab. Bei einem überwiegend entgeltlichen Geschäft sollen die für eine Schenkung geltenden Formvorschriften nicht herangezogen werden, Sachmängel sollen sich nur soweit auswirken, als sie die Höhe des unentgeltlichen Teils überschreiten. Für den Fall groben Undanks soll dem Beschenkten die Möglichkeit gegeben werden, durch die *facultas alternativa* in Form einer Aufzahlung den Widerruf der gemischten Schenkung abzuwenden. *Stanzl*²⁰³ hingegen plädiert für eine Aufgliederung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Rechtsgeschäftsteil.

Neben den unterschiedlichen Meinungen in der Lehre, lässt sich auch in der Rspr eine nicht einheitliche Linie beobachten; so werden etliche Urteile auf die Trennungstheorie gestützt und eine Zergliederung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil vorgenommen, andere Urteile beruhen aufgrund der mit einer

²⁰⁰ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 938 Rz 50.

²⁰¹ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 938 Rz 51; § 1078 Rz 7.

²⁰² *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 938 Rz 52; mwN.

²⁰³ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 938 Rz 52; mwN.

Trennung des Rechtsgeschäfts verbundenen Schwierigkeiten auf der Einheitstheorie.²⁰⁴

*Binder*²⁰⁵ schlägt vor, dass eine Aufspaltung des Rechtsgeschäfts für die Fälle unterbleiben soll, in denen eine Lösung ohne ein Zerreißen des inneren Zusammenhangs (§ 878 S 2 ABGB) möglich ist. Eine Aufspaltung soll nur dort durchgeführt werden, wo eine Unterwerfung des unentgeltlichen Teils unter die Formvorschriften für Schenkungen möglich ist. Als generelle Regel sollen bei einer unterbliebenen Aufspaltung des Rechtsgeschäfts die Formvorschriften gelten, die den übersteigenden Leistungsteil betreffen. Unter dieser Voraussetzung wären die Regeln der Irrtumsanfechtung für eine gemischte Schenkung anwendbar. Eine Aufgliederung unterbliebe auch da, wo der unentgeltlich Empfangende den Vertrauensschutz nach § 871 ABGB genießen soll. Einer Zergliederung bedürfen hingegen ein Gewährleistungsbegehren nach §§ 922 ff ABGB, sowie eine Anfechtung wegen *laesio enormis*, da diese Rechtsbehelfe nur für den entgeltlichen Teil möglich sind.

Als eine Unterart der gemischten Schenkung können Leibrenten vereinbart werden, wenn diese bei Geschäften zwischen Angehörigen im Wert zu niedrig bemessen und somit zumindest teilweise von einem Schenkungswillen getragen sind. Wird zwischen nahen Angehörigen eine Leibrentenvereinbarung getroffen, die durch den kapitalisierten Rentenbetrag oder Übergabpreis nicht in voller Höhe dem Wert des Übergabsobjekts entspricht, ist der nicht gedeckte Wertanteil vom Schenkungswillen getragen und stellt damit einen Fall der „gemischten Schenkung“ dar.²⁰⁶

o Schenkung unter Vorbehalt des Fruchtgenusses

Der Übergeber kann sich bei der Schenkung seines Familienunternehmens einen Fruchtgenuss vorbehalten, um so seinen Unterhalt für die Zeit nach der Übergabe zu sichern. Dieser Fruchtgenuss kann nach seinen individuellen Bedürfnissen gestaltet werden.

Bei der Vereinbarung eines Fruchtgenussvorbehalts an Gesellschaftsanteilen ist zu unterscheiden, ob bloß vermögensrechtliche Ansprüche – wie etwa ein Anteil am Gewinn oder einem allfälligen Liquidationserlös – oder auch Verwaltungsrechte übertragen oder vorbehalten werden sollen.²⁰⁷ Nach hA²⁰⁸ besteht ein Abspaltungs-

²⁰⁴ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 938 Rz 53; mwN.

²⁰⁵ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 938 Rz 54.

²⁰⁶ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 1078 Rz 8; mwN.

²⁰⁷ *Nowotny/Schwarzinger*, Die Gestaltung der Unternehmensnachfolge bei Kapitalgesellschaften anhand von Fallbeispielen, in *Bertl* (Hrsg), Unternehmensnachfolge durch Erben und Vererben, 138.

verbot des Stimmrechts vom Anteil, dh, das Stimmrecht kann nicht vom Eigentumsrecht an einem Anteil abgetrennt werden. Dennoch ist es möglich, dass sich der fruchtgenussberechtigte Übergeber im Innenverhältnis die Stimmabgabe vorbehalten und dem Übernehmer vorgeben kann. Im Außenverhältnis zur Gesellschaft hat dies jedoch keine Wirkung. De facto hat der Übergeber keine Möglichkeit seine Stimme bei einer anderen als der gewünschten Stimmabgabe durchzusetzen. Eine Absicherung gegen eine vereinbarungswidrige Vorgangsweise des Übernehmers kann lediglich in Form einer Widerrufsmöglichkeit für die Schenkung vorgesehen werden.²⁰⁹ Ein solches Vorgehen ist aber im Sinne des Übernehmers und seiner neuen Rolle als eigenverantwortlicher Unternehmer nicht anzuraten.

Für das Nachlassverfahren ist der vorbehaltene Fruchtgenuss insofern von Vorteil, da es sich bei ihm um ein höchstpersönliches Recht handelt. Im Todesfall des Fruchtgenussberechtigten erlischt das Recht ohne weitere Handlungserfordernisse und der Eigentümer erhält das uneingeschränkte Eigentumsrecht.²¹⁰ Zudem würde sich ein vorbehaltener Fruchtgenuss wertmindernd auf die Schenkung auswirken, was dem Zuwendungsempfänger im Falle einer Schenkungsanrechnung zu Gute käme.

1.4 Die Erb(Pflichtteils-)abfindung

Zu Lebzeiten des Erblassers besteht weder ein Recht noch eine Anwartschaft auf den gesetzlichen Erb- oder Pflichtteil; potenzielle Erben haben lediglich eine Chance auf ihn. Diese kann sich durch Verfügungen oder Enterbung durch den Erblasser oder durch ihr Vorsterben in nichts auflösen.²¹¹

Dennoch wird es besonders in Fällen, in denen ein Familienunternehmen an die nächste Generation weitergegeben werden soll, dem Erblasser daran liegen, dass bestimmte Vermögensobjekte, wie beispielsweise das Unternehmen, in geordneter Erbfolge weitergegeben werden können und/oder ein potenzieller Pflichtteilsberechtigter von seinem Schenkungsanfechtungsrecht nach § 951 iVm § 785 ABGB keinen Gebrauch macht. Die Abfindung einer erhofften Erb(Pflichtteils-)portion

²⁰⁸ Nowotny/Schwarzinger in Bertl, 138; mwN.

²⁰⁹ Nowotny/Schwarzinger in Bertl, 138.

²¹⁰ Nowotny/Schwarzinger in Bertl, 138.

²¹¹ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 938 Rz 55.

korreliert mit dem Interesse eines aus dem Kreis der potenziellen Erben und Pflichtteilsberechtigten ausscheidenden Abfindungsempfängers.²¹²

Wurde in der älteren Rspr die Erb(Pflichtteils-)abfindung noch als Schenkung qualifiziert, geht die Rspr²¹³ mittlerweile von einem entgeltlichen Rechtsgeschäft aus, wenn ein Objekt gegen Erbverzicht überlassen wird. *Binder*²¹⁴ vertritt hierzu die Meinung, dass ein Anspruch nur auf die Zuwendung eines Pflichtteils bestehe, jedoch nicht auf eine Einsetzung als Testamentserbe oder auf das Zum-Zug-Kommen als Intestaterbe. Erfolgt die Abfindung an einen nicht pflichtteilsberechtigten Empfangenden hat dies reinen Schenkungscharakter, da sie an die Stelle einer späteren freiwilligen und unentgeltlichen Zuwendung tritt. Wird hingegen ein potenzieller Pflichtteilsberechtigter abgefunden, liegt im Innenverhältnis zum Zuwendenden, dem späteren Erblasser und zu den anderen Pflichtteilsberechtigten (etwa Geschwistern oder Elternteil des Zuwendungsempfängers) ein entgeltliches Rechtsgeschäft vor, soweit die Höhe der Abfindung den wahrscheinlichen Pflichtteilsanspruch nicht übersteigt. Die Gegenleistung der Abfindung stellt der Pflichtteilsverzicht dar. Im Innenverhältnis ist durch den entgeltlichen Verzicht ein Widerruf wegen Dürftigkeit, groben Undanks oder Pflichtteilkürzung nicht mehr möglich. Im Außenverhältnis zu Gläubigern und Unterhaltsberechtigten hingegen ist die Abfindung wegen der zu Lebzeiten des Zuwendenden herrschenden Ungewissheit über das effektive Entstehen des Pflichtteilsanspruchs und dem Ausbleiben einer realen Gegenleistung als Schenkung zu beurteilen. Für den Fall, dass auf den Erbteil verzichtet wird, im gleichen Zug jedoch eine Schenkung auf den Todesfall vereinbart wird, führt diese wechselseitige Bedingtheit der beiden Rechtsakte nicht zu einer Entgeltlichkeit im schuldrechtlichen Sinn, weil ein wirkliches Austauschverhältnis fehlt.

Ein Pflichtteils- oder Erbverzicht kann bedingt zugunsten eines Dritten ausgesprochen werden. Zu Lebzeiten des Erblassers bedarf ein solcher Verzicht jedenfalls eines Notariatsakts oder einer gerichtlichen Beurkundung (§ 551 ABGB). Dies dient va der Beweissicherung aufgrund der Unmöglichkeit der Befragung des verstorbenen Erblassers (§ 879 Abs 2 Z 3 ABGB).²¹⁵ Nach Erbanfall bis zur Einantwortung ist über eine Erbschaftsschenkung gleichfalls entweder ein Notariats-

²¹² *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 938 Rz 55.

²¹³ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 938 Rz 56; uHa MietSlg 40.698 = OGH 6 Ob 632/88.

²¹⁴ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 938 Rz 56.

²¹⁵ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 31.

akt oder eine gerichtliche Protokollierung vorzunehmen, da eine Zuwendung des Erbrechts durch eine „wirkliche Übergabe“ ausscheidet.²¹⁶

Erbschaftsvorhilfen, die eine Abschlagszahlung auf den Erb- oder Pflichtteil darstellen, sind als Schenkung zu werten, wenn den potenziellen Erben bei einem (Teil-)Ausfall der Erbschaft keine Rückzahlungspflicht trifft. Der zugewendete Vorteil liegt in der Risikoabnahme und der früheren Verfügbarkeit des Erblasservermögens. Wird hingegen eine Aufrechnung mit dem entstehenden Erbanspruch und eine eventuelle Rückzahlung vereinbart, ist die Erbschaftsvorhilfe als – zumeist unentgeltliches – Darlehen zu werten.²¹⁷

Die Grundsätze, die auch bei einer gemischten Schenkung gelten, führen bei einer Vorempfangsanrechnung dazu, dass eine Anrechnung dann nicht durchzuführen ist, wenn für den Vorempfang zumindest teilweise keine Gegenleistung verlangt wurde, steht es doch den Parteien bei einer gemischten Schenkung frei, Zuwendung und Gegenleistung als gleichwertig anzusehen.²¹⁸

1.5 Die Unwiderruflichkeit der Schenkung

Gem § 946 ABGB ist eine Schenkung, da es sich um einen Vertrag handelt, nicht einseitig vom Zuwender oder Zuwendungsempfänger rückgängig zu machen. Denn nicht nur der Zuwender, sondern auch der Beschenkte trifft im Vertrauen auf einen endgültigen Rechtserwerb Dispositionen. Lediglich bei Verwirklichung eines Widerrufs- oder Anfechtungstatbestandes nach §§ 947 ff ABGB (Vertrauensschutz des Empfängers), der AnfO oder §§ 27 ff IO (vormals KO) besteht uU ein beschränkter Aufhebungsgrund.²¹⁹ Auf die gesetzlich zugestandene Widerrufsbefugnis kann vom Zuwender nicht im Voraus verzichtet werden. Die Widerrufsgründe nach §§ 947 ff ABGB sind verjährbar.²²⁰

Strittig ist die Frage, ob ein Schenkungswiderruf außergerichtlich oder gerichtlich erfolgen muss, um eine Verjährung der Widerrufsgründe zu unterbrechen. Die Rspr stützt sich auf § 1497 ABGB und verlangt für eine Verjährungsunterbrechung entweder das Widerrufsanerkenntnis durch den Beschenkten oder die Einbringung

²¹⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 943 Rz 31; mwN.

²¹⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 938 Rz 57.

²¹⁸ OGH 3 Ob 2329/96p.

²¹⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 1.

²²⁰ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 7.

einer Widerrufsklage durch den Schenker.²²¹ Ein formfreies Widerrufsrecht würde zu einem Widerspruch führen: ließe man einen außergerichtlichen Schenkungswiderruf zu, würde der Schenkungsvertrag mit wirksamer Erklärung beseitigt und damit wäre auch eine Verjährung hinfällig. Offen bliebe hingegen die Frage der Rückabwicklung, die sich va bei lebenden Unternehmen wegen der Wertentwicklung und inzwischen getätigten Investitionen als unlösbar herausstellen könnte. Folgt man *Binder*,²²² sollte ein Schenkungswiderruf nur durch gerichtliche Klage durch den Zuwendender möglich sein, da die Verwirklichung von Widerrufsgründen einer genauen gerichtlichen Prüfung bedarf und nicht der Beschenkte in die Rolle des (beweispflichtigen) Klägers gedrängt werden soll, der eine gerichtliche Feststellung über die Unrechtmäßigkeit des Schenkungswiderrufs begehren muss.

Bei gemischten Schenkungen wird prinzipiell ein Widerruf oder eine Anfechtung nur hinsichtlich des unentgeltlichen Teils zugelassen.²²³ Dennoch existieren Entscheidungen,²²⁴ die bezüglich eines Widerrufs wegen groben Undanks das Einheitsprinzip betonen. Sie sehen zwar das gesamte Rechtsgeschäft als vom Widerruf erfasst, dem Zuwendungsempfänger soll es aber gestattet sein, durch ein Anbot eines dem Schenkungsteil entsprechenden, angemessenen Entgelts den Widerruf abzuwehren. Ist ein Rechtsgeschäft in einen unentgeltlichen und einen entgeltlichen Teil zerlegbar, soll der Widerruf nur auf den unentgeltlichen Teil beschränkt werden. Ob der Schenkungsteil in natura zurückzugeben ist oder in Geld zurückgegeben werden kann, richtet sich nach der Teilbarkeit der Leistung. Im Zweifel wird man jedoch nur die Gelddifferenz zwischen dem „wahren“ Sachwert und dem Wert der Gegenleistung begehren können, nicht jedoch die Übertragung eines Miteigentumsanteils am Zuwendungsobjekt.²²⁵ Eine Rückerstattung des Schenkungsteils scheint bei einem Unternehmen nicht machbar, da dies nicht nur die Existenzgrundlage des Unternehmens zerstören würde, sondern weil eine Aufteilung in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil der Leistung schwer möglich sein wird. Zudem ist eine (gänzliche) Rückübertragung des Unternehmens an den Übergeber nicht wirklich machbar, da dieser das Unternehmen ja gerade deswegen übergeben hat, um sich den Rückzug aus dem Geschäftsleben zu ermöglichen und in den Ruhestand zu gehen. Wird ein Schenkungswiderruf für den unentgeltlichen Teil

²²¹ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 8; mwN.

²²² *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 8.

²²³ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 9; mwN.

²²⁴ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 9; uHa SZ 5/42 = OGH 1 Ob 140/23; SZ 52/36 = OGH 1 Ob 505/79.

²²⁵ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 9; mwN.

durchgesetzt, ergibt sich eine weitere zu erwartende Schwierigkeit bei der Rückübertragung: Selbst wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, bei der jener Teil der Geschäftsanteile, der dem geschenkten Wert entspricht, an den Übergeber rückübertragen werden könnte, wird eine Zusammenarbeit nach den Ereignissen, die zu dieser Rückübertragung geführt haben, sicherlich nicht mehr gewünscht sein.

Da der Widerruf einer Schenkung im Fall eines Unternehmens aufgrund der genannten Argumente beinahe unmöglich erscheint, sollte der Übergeber sich bei seiner Entscheidung, an wen er das Unternehmen schenkt, überlegt vorgehen.

Eine eigenmächtige Rücknahme des Zuwendungsobjekts ist unzulässig, da der Zuwendungsempfänger bis zum rechtskräftigen Urteil über die Vertragsaufhebung ein Recht zum Besitz hat. Nötigenfalls ist dieses auch mit einer Besitzstörungsklage nach § 339 ABGB durchsetzbar.²²⁶

Der erfolgreiche Schenkungswiderruf setzt voraus, dass das Schenkungsobjekt – oder ein an seine Stelle getretenes Surrogat – überhaupt noch vorhanden ist und so der Zuwendungsempfänger noch einen Vermögensvorteil aus dem Geschenk zieht.²²⁷ Die Beweislast, nicht mehr bereichert zu sein, trifft hierbei den Zuwendungsempfänger. Er haftet entsprechend §§ 952 iVm 378 ABGB für die unentgeltliche Aufgabe oder die Verschleuderung des Zuwendungsobjekts.²²⁸

1.6 Die Widerrufsgründe im Detail

o Dürftigkeit (§ 947 ABGB)

Einen der Widerrufsgründe für eine Schenkung bildet die Bedürftigkeit des Zuwenders. Seine praktische Relevanz ist jedoch gering, da sie dem Geschenkgeber nur ein sehr eingeschränktes Widerrufsrecht im Rahmen einer jährlichen 4 %-Rente vom noch vorhandenen Geschenkwert einräumt. Ob es dem Zuwender am „nötigen“ (nicht angemessenen) Unterhalt gebricht, ermisst sich an einem sehr niedrigen Standard und kann sich damit wohl an den generellen Sozialhilfegerichtssätzen der Bundesländer orientieren. Dem Zuwender muss es an einer Erwerbsgelegenheit fehlen, die es ihm ermöglicht für die Sicherung seines Existenzminimums zu sorgen.²²⁹ Auf den Widerruf wegen Dürftigkeit kann nicht

²²⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 10.

²²⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 11; mwN.

²²⁸ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 946 Rz 11.

²²⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 947 Rz 1 f.

vorweg verzichtet werden, er scheidet jedoch im Fall einer belohnenden Schenkung aus.²³⁰ Im Fall mehrerer Zuwendungsempfänger, die zum selben Zeitpunkt beschenkt wurden, haben diese im Verhältnis der noch vorhandenen Bereicherung zur 4 %-Rate beizutragen. Der Widerrufsgrund kann vom Zuwender, nicht aber von dessen Erben, durch 30 Jahre hindurch gegen den Zuwendungsempfänger und dessen Erben durchgesetzt werden.²³¹

o **Undank (§ 948 f ABGB)**

Eines groben Undanks macht sich schuldig, wer ein strafrechtlich zu ahndendes Verhalten der in § 948 ABGB geschilderten Qualität (Verletzung am Leib, an Ehre, an Freiheit oder am Vermögen) setzt und damit einen tadelnswerten Mangel an dankbarer Gesinnung zum Ausdruck bringt.²³² Die Straftat muss in Beziehung zur Schenkung gebracht werden können und sich diesbezüglich als grober Undank darstellen; zB indem sie gegen den Zuwender als Geschenkgeber oder seine nahen Angehörigen, im Bewusstsein oder mit dem Willen eine Kränkung zuzufügen, gesetzt wird.²³³ Für einen Schenkungswiderruf nicht von Bedeutung sind die Einleitung eines Strafverfahren oder eine strafgerichtliche Verurteilung.²³⁴ Das Widerrufsrecht des § 948 f ABGB verjährt binnen 3 Jahren ab Kenntnis des Vorfalls, eine – auch schlüssig mögliche – Verzeihung bringt das Widerrufsrecht bereits vorzeitig zum Erlöschen.²³⁵ Ein Rückforderungsanspruch geht primär auf die Herausgabe des noch vorhandenen Zuwendungsobjekts in natura. Bei einer „gemischten Schenkung“ kann ein Widerruf laut Rspr²³⁶ nicht auf den ideellen Schenkungsteil beschränkt werden. Getätigte Aufwendungen sind dem Zuwendungsempfänger je nach Redlichkeit zu ersetzen, die ab Eintritt der Unredlichkeit erzielten Nutzungen sind entsprechend § 335 ABGB herauszugeben.²³⁷

o **Pflichtteil (§ 951 f ABGB)**

Der Pflichtteil darf weder durch Schenkungen unter Lebenden, noch durch letztwillige Verfügungen geschmälert werden.²³⁸ Aufgrund des Pflichtteilsauffüllungsanspruchs nach § 951 ABGB wird es einem zum Zeitpunkt des Todes des

²³⁰ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 947 Rz 3.

²³¹ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 947 Rz 5 f.

²³² Binder in Schwimann, ABGB IV³, §§ 948, 949 Rz 1; mwN.

²³³ Binder in Schwimann, ABGB IV³, §§ 948, 949 Rz 3 und 5.

²³⁴ Binder in Schwimann, ABGB IV³, §§ 948, 949 Rz 8.

²³⁵ Binder in Schwimann, ABGB IV³, §§ 948, 949 Rz 18 f.

²³⁶ Binder in Schwimann, ABGB IV³, §§ 948, 949 Rz 21; uHa SZ 5/42 = OGH 1 Ob 140/23; SZ 52/36 = OGH 1 Ob 505/79.

²³⁷ Binder in Schwimann, ABGB IV³, §§ 948, 949 Rz 22 f; mwN.

²³⁸ Binder in Schwimann, ABGB IV³, §§ 951, 952 Rz 1.

Geschenkgebers Pflichtteilsberechtigten ermöglicht, die Verkürzung des als Geschenk Empfangenen zu erwirken, um so seinen Pflichtteil in voller Höhe zu erhalten.²³⁹ Das Anfechtungsrecht setzt eine iSd § 785 anrechenbare Schenkung voraus. War der Zuwendungsempfänger selbst kein Pflichtteilsberechtigter, muss die Schenkung innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers getätigt worden sein. Hat ein pflichtteilsberechtigtes Kind auf sein Noterbrecht verzichtet, kann eine länger als zwei Jahre zurückliegende Schenkung nicht mehr berücksichtigt werden, da die Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Todes des Erblassers liegen muss.²⁴⁰ Auf Verlangen sind auch „gemischte Schenkungen“ hinsichtlich des unentgeltlichen Teils zu berücksichtigen, wobei für deren Ausmaß der Zeitpunkt des Vertragsschlusses und nicht die in Folge tatsächlich eingetretenen Entwicklungen maßgeblich sind.²⁴¹

Bei der Übertragung von Unternehmensbeteiligungen ist sorgfältig zu prüfen, ob es sich dabei nicht um die Vergütung erbrachter Vorleistungen oder um die Wirkung einer wechselseitigen „Zuwachsklausel“ handelt oder ob sie tatsächlich eine unentgeltliche Zuwendung darstellen. Nur im letzteren Fall sind sie für die Ermittlung eines Schenkungspflichtteils heranzuziehen.²⁴² Bei der Errichtung einer Stiftung von Todes wegen kommt das Schenkungsanfechtungsrecht nicht zur Anwendung, da die Stiftung als Erbe oder Vermächtnisnehmer auftritt. Das letztwillig erworbene Stiftungsvermögen ist für die Ermittlung des Nachlasspflichtteils zu berücksichtigen.²⁴³

Weitere Details zu diesem Thema finden sich in den entsprechenden Kapiteln über die Pflichtteils- und Schenkungsanrechnung und deren Bewertung (Kapitel C Punkt 3.5).

1.7 Zusammenfassung: Schenkung

Der übergebende Unternehmer kann das Familienunternehmen oder seine Anteile daran unentgeltlich im Wege einer Schenkung an seinen Nachfolger übertragen.

²³⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, §§ 951, 952 Rz 2.

²⁴⁰ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, §§ 951, 952 Rz 6.

²⁴¹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, §§ 951, 952 Rz 8; mwN.

²⁴² *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, §§ 951, 952 Rz 11; mwN.

²⁴³ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, §§ 951, 952 Rz 13.

Neben einer gänzlich unentgeltlichen Übertragung hat der Übergeber die Möglichkeit, mit seinem Nachfolger eine gemischte Schenkung für den Übergang des Unternehmens zu vereinbaren. Dabei haben beide zu beachten, dass in ihrem Übereinkommen der partielle Schenkungswille deutlich zum Ausdruck kommt, um so späteren Anfechtungen – etwa wegen *lesio enormis* – entgegenzuwirken. Zudem muss der übergebende Unternehmer sich der erschwerten Widerrufbarkeit bzw. de facto Unwiderruflichkeit des Rechtsgeschäfts und damit der Endgültigkeit seines Ausscheidens aus der operativen Geschäftstätigkeit bewusst sein.

Trotz der (Teil-)Unentgeltlichkeit der Schenkung kann der Übergeber im Wege der Vereinbarung eines Fruchtgenusses seinen Unterhalt für den Lebensabend absichern. Die Vertragsparteien einer Unternehmensschenkung dürfen außerdem für die Gültigkeit ihres Übereinkommens die notwendigen Formgebote einer wirklichen Übergabe oder eines Notariatsakts nicht außer Acht lassen. Ebenso wenig zu vernachlässigen sind die späteren Konsequenzen einer lebzeitigen Schenkung auf die Vermögensaufteilung von Todes wegen, denen allerdings mittels Erb(Pflichtteils-)verzicht entgegen gewirkt werden kann.

2. Kauf bzw Verkauf des Familienunternehmens

Ein entgeltlicher Übergang ist nicht nur für „normale“ Unternehmen ein relevantes Thema, er kann auch für Familienunternehmen von Bedeutung werden, wenn sich im Familienkreis kein geeigneter Nachfolger findet und ein familienfremder Käufer gesucht werden muss, der das Unternehmen weiter betreibt. Der Unternehmer kann sich aber ebenso gut dazu entschließen an ein Familienmitglied zu verkaufen, um dessen Wertschätzung für das Familienunternehmen zu steigern oder sich vom Verkaufserlös den Lebensabend zu finanzieren. Der Verkauf an ein Familienmitglied muss nicht zwingend zu „marktüblichen“ Bedingungen erfolgen, sondern kann bestimmte Vergünstigungen enthalten, die das Geschäft in seiner Ausgestaltung in die Nähe einer gemischten Schenkung rücken bzw es mit dem ausdrücklichen Schenkungswillen für einen Teil des Unternehmens zu einer gemischten Schenkung machen.

Für *Pössinger*²⁴⁴ ist auch die Übernahme von Betriebsschulden ohne weitere Gegenleistung eine Form des entgeltlichen Unternehmensübergangs.

²⁴⁴ *Pössinger*, SWK 2004, 123.

Bei einer entgeltlichen Übertragung des Unternehmens auf den Nachfolger bietet sich der Vorteil, dass im Gegensatz zur Schenkung eine Berücksichtigung des Unternehmenswertes für die spätere Aufteilung des Vermögens von Todes wegen nicht mehr in Betracht kommt. Verkauft der Unternehmer das Familienunternehmen zu einem angemessenen Preis an eines seiner Kinder, findet keine Berücksichtigung bei der Pflichtteilsermittlung der anderen Kinder statt.²⁴⁵ Um die Angemessenheit des Kaufpreises beurteilen zu können und dadurch einer späteren Anfechtung oder einer Anrechnung auf Erb(Pflicht-)teile zu entgehen, bedarf es einer gründlichen Unternehmensbewertung.

Einleitend zum Thema Unternehmenskauf folgen einige Erörterungen zum Kauf allgemein.

2.1 Kaufvertrag

Der Kaufvertrag ist ein Konsensualvertrag. Die Vertragspartner versprechen sich die Übertragung des Kaufgegenstandes gegen Geld in das Eigentum des jeweils anderen.²⁴⁶ Gegenstand eines Kaufvertrags sind „Sachen“ iSd § 285 ABGB; dh bewegliche und unbewegliche Sachen, ebenso wie körperliche und unkörperliche Sachen. Darunter fallen Bestandteile eines Unternehmens samt Liegenschaften, ebenso wie Rechte und Anteile an Gesellschaften. Auch Unternehmen als Gesamtsache können Gegenstand eines Kaufvertrags sein.²⁴⁷

Eine Variante des Kaufvertrags stellt die Überlassung einer Sache gegen eine Leibrente in Geld dar. Diese Zuordnung schließt eine Charakterisierung des Leibrentenvertrages nach § 1269 ABGB als Glücksvertrag nicht aus. Mit der besonderen Art der Leistungsbestimmung und -entrichtung ist nur ein vertraglicher Aspekt angesprochen. Lediglich in gebührenrechtlicher Hinsicht wird der Leibrentenvertrag vom Kaufvertrag dadurch abgegrenzt, weil Letzterer einem fest bestimmten Preis unterliegt.²⁴⁸

Bei teilweiser Unentgeltlichkeit liegt eine „gemischte Schenkung“ vor,²⁴⁹ die schon im Kapitel über die Schenkung behandelt wurde, wegen ihres teilentgeltlichen

²⁴⁵ Müller/Seyer, JEV 2007, 21.

²⁴⁶ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 1053 Rz 1.

²⁴⁷ Barta, Zivilrecht, Kauf und Tausch, Kaufgegenstand und Kaufpreis, http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap2_0.xml?section-view=true;section=1#KaufgegenstandundKaufpreis (07.02.2010)

²⁴⁸ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 1053 Rz 7; mwN.

²⁴⁹ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 1053 Rz 8; mwN.

Charakters aber nicht bloß den Regeln der Schenkung folgt, sondern auch denen des Kaufs.

Ebenfalls als „gemischte Schenkung“ zu werten sind „Freundschaftskäufe“ – hierbei wird aufgrund einer bestehenden Nahebeziehung die Gegenleistung bewusst unter dem Wert des Vertragsobjekts festgesetzt. Im Fall eines Übergabs- oder Leibrentenvertrags gilt gleiches, wenn der Wert der Gegenleistung nicht einmal den begünstigen „Übergabspreis“ erreicht und für den überschießenden Wert ein Schenkungswille gegeben ist. Für eine Qualifikation als „gemischte Schenkung“ dürfen durch den nicht entgoltenen Teil weder ein Pflichtteilsanspruch, noch familienrechtliche Ausstattungsansprüche gedeckt sein.²⁵⁰

○ **Übergangsformen und Voraussetzungen**

Für die zum Eigentumsübergang auf den Käufer nötige Übergabe bedarf es einer der gesetzlich vorgesehenen Traditionsformen (§§ 426 ff ABGB).²⁵¹ Hierzu ist neben den folgenden Erläuterungen auch auf jene im Kapitel über die Schenkung zu verweisen. Fallen bei einer körperlichen Übergabe nach § 426 ABGB der Zeitpunkt der Übertragungs- und der Aneignungshandlung auseinander, wird der Käufer erst dann Eigentümer, wenn er unter Fortdauer des Traditionswillens des Verkäufers in den Besitz des Kaufobjektes kommt.²⁵²

Die Übergabe einer Urkunde, in der physisch übertragbare Kaufgegenstände verzeichnet sind und die den Passus enthält „wodurch das Eigentum dargetan wird“, reicht für einen Eigentumsübergang im Wege einer symbolischen Tradition nach § 427 ABGB nicht aus. Ist eine körperliche Übertragung hingegen nicht ohne weiteres möglich, kann eine Übergabe durch Zeichen vorgenommen werden.²⁵³

Im Fall von Liegenschaften gilt eine physische Übertragung zwar als Erfüllungshandlung, der tatsächliche Eigentumsübergang ist jedoch dem Eintragungsgrundsatz nach § 431 ABGB unterworfen. Das mit der Liegenschaft mitveräußerte Zubehör – etwa zur Bewirtschaftung des Unternehmens gehörige Maschinen – geht als unbewegliche Sache iSd § 296 ABGB durch die Verbücherung der Liegenschaft in das Eigentum des Erwerbers mit über. Eine gesonderte Übergabe nach den für bewegliche Güter maßgeblichen Regeln ist also entbehrlich. Ist eine Liegenschaft mit einem Veräußerungs- und Belastungsverbot belegt, kann sie ohne Zustimmung des Verbotsbegünstigten nicht übereignet werden; der Verkäufer

²⁵⁰ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1053 Rz 9; mwN.

²⁵¹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1053 Rz 32.

²⁵² *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1053 Rz 33.

²⁵³ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1053 Rz 34; mwN.

hat jedoch für volle Genugtuung einzustehen. Eine zwischen Vertragsschluss und Übergabe erfolgte zwangsweise Pfandrechtsbegründung hindert hingegen nicht den Eigentumserwerb des Käufers; er muss allerdings gegebenenfalls eine Exekutionsführung des Pfandgläubigers nach § 466 ABGB zulassen.²⁵⁴

Ein Unternehmen kann nicht mittels eines einzigen Rechtsaktes übertragen werden. Die einzelnen unternehmenszugehörigen Sachen sind jede für sich gesondert zu übertragen. Der Erwerber ist bezüglich der Liegenschaften einzuverleiben, die beweglichen Sachen, wie zB Warenlager, sind ihm körperlich bzw symbolisch zu übergeben, Wertpapiere sind zu indossieren, Patente und Markenrechte werden mittels Eintragung im Patent- oder Markenregister übertragen und unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse gehen nach den Maßgaben des § 38 UGB über. Manche Rechte, etwa Personalservitute, Vorkaufsrechte, Optionen und Gestaltungsrechte oder öffentlich-rechtliche Bewilligungen lassen sich überhaupt nicht oder nur erschwert übertragen.²⁵⁵

Handelt es sich beim Unternehmen, das verkauft werden soll, um eine Gesellschaft, gelten die Regeln des in diesem Kapitel unter Punkt 2.2 beschriebenen Share Deals, bei dem sich nur der Eigentümer der Anteile, jedoch nicht der Träger des Unternehmens, die Gesellschaft selbst, ändert.

o **Formerfordernisse**

Prinzipiell unterliegen Kaufverträge keinen Formerfordernissen, es gibt jedoch Ausnahmen: Kaufverträge unter Ehegatten bedürfen gem § 1 Abs 1 lit b NActG der Notariatsaktsform.²⁵⁶

Trotz Formfreiheit können die Parteien einen Beurkundungsvorbehalt vorsehen, der entweder deklarativer oder konstitutiver Natur sein kann. Enthält ein Kaufvertrag die Klausel, dass mündliche Abmachungen einer schriftlichen Bestätigung (Schriftformklausel) bedürfen, gebietet die Übung des redlichen Verkehrs dennoch, dass von einem gewillkürten Formvorbehalt auch wieder abgegangen werden kann. Herrscht Übereinstimmung zwischen den beiden Vertragsparteien, sind auch mündliche Abmachungen gültig.²⁵⁷

Selbst der Kaufvertrag über eine Liegenschaft ist formfrei. So ist nicht einmal nach einer mündlichen Kaufvereinbarung bei einer Einigung der Parteien über eine

²⁵⁴ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1053 Rz 37 f; mwN.

²⁵⁵ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1053 Rz 39; mwN.

²⁵⁶ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 8; mwN.

²⁵⁷ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 9.

schriftliche Vertragserrichtung ein Beurkundungsvorbehalt iSd § 884 ABGB zu erblicken. Ebenso wenig kann daraus geschlossen werden, dass lediglich ein Vorvertrag oder eine Puktation vorliegt. Bereits mit formfreiem Vertragsschluss tritt eine Bindungswirkung ein, die einen im Rechtsweg durchsetzbaren Anspruch auf die Abfassung einer verbücherungsfähigen Urkunde iSd §§ 432 f ABGB durch einen Notar oder Rechtsanwalt begründet; selbst dann, wenn ausschließlich die Schriftform vereinbart war.²⁵⁸

o **Genehmigungsvorbehalte**

Es gibt eine Reihe spezialgesetzlicher Genehmigungsvorbehalte, die die Rechtswirksamkeit geschlossener Kaufverträge tangieren. Sie wirken als aufschiebende Bedingung.²⁵⁹ Bereits während dieses Schwebestands sind die Parteien gebunden, weswegen sie auch auf die Setzung der nötigen Schritte zur Erlangung einer Zustimmung der Genehmigungsbehörde, insbesondere der Grundverkehrsbehörde, belangt werden können.²⁶⁰

Der Kaufvertrag entwickelt somit schon vor Bedingungseintritt beschränkte Wirksamkeit. Die grundbücherliche Einverleibung kann bis zur Genehmigung allerdings noch nicht begehrt werden. Es besteht nur der Anspruch darauf, dass der Vertragspartner alles tut, um eine Vollwirksamkeit des Vertrages herbeizuführen und alle Handlungen unterlässt, die die versprochene Leistung unmöglich machen oder gefährden. Nur wenn das Festhalten am Vertrag eine unzumutbare Belastung darstellt, kann davon abgegangen werden. Am Vertrag festgehalten werden muss selbst dann, wenn mit einiger Wahrscheinlichkeit gesagt werden kann, dass keine Zustimmung der Behörde erfolgen wird. Sollte durch eine verletzte Vorbereitungspflicht das Vertrauen derart erschüttert worden sein, dass dem vertragstreuen Partner eine Vertragsfortsetzung unzumutbar ist, hat dieser ein Rücktrittsrecht.²⁶¹

Entsprechendes gilt nicht nur für behördliche Genehmigungen, sondern auch für andere vergleichbare Sachverhalte, wenn zB die Durchführung des Kaufvertrages von der Zustimmung eines Wiederkaufs- oder Vorkaufsberechtigten abhängt, nötige Genehmigungen in der Schweben sind oder der beschränkt Geschäftsfähige der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder Pflęgschaftsgerichtes bedarf.²⁶²

²⁵⁸ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 11; mwN.

²⁵⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 13 f.

²⁶⁰ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 15; mwN.

²⁶¹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 16; mwN.

²⁶² *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 17; mwN.

o Inhaltliche Erfordernisse

Die inhaltlichen Mindestanforderungen für das Zustandekommen eines Kaufvertrages sind eine Einigung über Kaufpreis und Kaufgegenstand mit Abschlusswillen. Der Abschlusswille kann auch konkludent erklärt werden.²⁶³ Wurden Nebenpunkte wie Fälligkeit, Finanzierung oder pfandrechtliche Sicherstellung nicht erörtert, ist der Wille der Parteien maßgeblich oder soweit möglich ist eine Regelung der Nebenpunkte aus dem Gesetz zu schließen. Nur wenn sich die Parteien eine Vereinbarung über offen gebliebene Fragen vorbehalten, mögen diese auch unwesentlich sein, wird der Vertrag erst mit einer Einigung über diese geschlossen.²⁶⁴ Solche Vorbehalte werden beispielsweise über die offene Frage der Tragung der Nebengebühren vereinbart.²⁶⁵

Solange Einigungen, die den Kaufpreis betreffen, wie etwa die Höhe der Verzinsung des gestundeten Kaufpreises, Art und Ausmaß der Wertsicherung oder pfandrechtliche Sicherstellungen des Kaufpreises, ausstehen, ist der Kaufvertrag noch nicht perfekt.²⁶⁶ Die Frage der Kaufpreisbeschaffung muss aber nicht vertraglich abgeklärt sein.²⁶⁷

Wurde keine abweichende Vereinbarung über die in den öffentlichen Büchern eingetragenen Lasten getroffen, hat der Erwerber diese gem §§ 443 iVm 928 S 1 ABGB ohne Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmen.²⁶⁸

Bei einer fehlenden Vereinbarung über den Erfüllungszeitpunkt gilt nach § 904 ABGB, dass ohne unnötigen Aufschub gefordert werden kann.²⁶⁹

Trotz gegenteiliger Vereinbarung kann über einen mündlich geschlossenen Kaufvertrag eine Vertragsurkunde nur mit dem wahren Inhalt des Vertrags begehrt werden. Ist aber zB aus abgabenrechtlichen Gründen ein „frisierter“ Preis beurkundet, gilt iSd § 912 Abs 1 ABGB dennoch der tatsächlich gewollte Kaufpreis.²⁷⁰

Die Festlegung des Kaufpreises erfolgt letztendlich als Ergebnis der Partein-einigung. Dieser vereinbarte Preis kann von einer Wertfindung, wie sie im Rahmen einer Unternehmensbewertung stattgefunden hätte, abweichen. Der vereinbarte Kaufpreis kann aus einem festen, zahlenmäßig bestimmten Preis, einem variablen

²⁶³ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 23; mwN.

²⁶⁴ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 25; mwN.

²⁶⁵ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 27.

²⁶⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 26; mwN.

²⁶⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 28; mwN.

²⁶⁸ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 29.

²⁶⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 30; mwN.

²⁷⁰ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 31; mwN.

Kaufpreis, der von verschiedenen Faktoren abhängt oder einer Kombination aus beidem bestehen.²⁷¹ Bei einem rechnerisch überschuldeten Unternehmen oder einem negativen Ertragswert kann der Kaufpreis auch negativ ausfallen: neben der Verschaffung des Kaufgegenstandes hat der Veräußerer noch Zuzahlungen (in das Unternehmen) zu leisten, um die durch das Vermögen nicht gedeckten Passiva auszugleichen.²⁷² Möglich ist auch eine Kaufpreisnachbesserung in Form eines nachträglich erhöhten Kaufpreises für den Fall, dass das Unternehmen in einem vereinbarten Zeithorizont die vom Käufer gesetzten (Ertrags-)Erwartungen erfüllt. Für den Verkäufer birgt dies ein gewisses Risiko, da er auf den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens nach erfolgter Übergabe keinen Einfluss mehr hat.²⁷³

Idealerweise sollte im Interesse der Vertragsparteien die Übergabe des Kaufobjekts Zug um Zug gegen Entrichtung des Kaufpreises erfolgen. Im Interesse des Veräußerers sollte, soweit der Kaufpreis nicht durch die Übernahme von Verbindlichkeiten entrichtet wird, für entstehende Zwischenphasen der Kaufpreis durch Garantien oder andere Sicherheiten gedeckt werden. Der Erwerber wiederum sollte sichergehen, dass der Kaufpreis für die Befriedigung von Gläubigern verwendet wird.²⁷⁴

o Kaufobjekt

Vertragsgegenstand eines Kaufvertrages können nur verkehrsfähige Sachen sein. So können etwa auch Rechte – wie Anteilsrechte an einer Gesellschaft – und Forderungen ein Kaufobjekt darstellen,²⁷⁵ nicht aber ein Teil eines unteilbaren Grundstücks, nicht ablösbare und unübertragbare Realrechte oder außer Kurs gesetzte Aktien.²⁷⁶

Der Kaufgegenstand muss zum Zeitpunkt des Vertragsgegenstandes weder bereits körperlich verselbstständigt, noch aus seinem Zubehörverhältnis (§§ 294 ff ABGB) gelöst oder existent sein,²⁷⁷ dh, auch der Verkauf von Teilbetrieben und Betriebs- teilen ist möglich.

²⁷¹ Chalupsky, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in Bertl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 34 ff.

²⁷² Chalupsky, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in Bertl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 36 f.

²⁷³ Chalupsky, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in Bertl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 37.

²⁷⁴ Chalupsky, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in Bertl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 37.

²⁷⁵ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 1054 Rz 32; mwN.

²⁷⁶ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 1054 Rz 31; mwN.

²⁷⁷ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 1054 Rz 35; mwN.

Ebenso kann eine dem Käufer nicht (zur Gänze) gehörende Sache Gegenstand eines Kaufvertrages sein. Beispiele für einen derartigen Sachverhalt wären etwa die Veräußerung durch einen noch nicht einverleibten Veräußerer oder bei einem noch nicht eingetragenen Erben die Veräußerung von Nachlassstücken.²⁷⁸

Ein weiteres, entscheidendes Element bildet die Bestimmbarkeit des Kaufobjekts. Hierfür werden zwar von § 1054 ABGB nicht die besonderen Bestimmtheitsanforderungen wie für den Preis gefordert, zum gültigen Zustandekommen eines Kaufvertrags ist aber zumindest die Bestimmbarkeit des Kaufobjekts gefordert. D.h., die Parteien müssen sich über seine Art und Menge einig sein. Eine Liegenschaft muss noch anders als durch eine Angabe der Flächengröße bestimmt sein, auch ihre Lage muss festgestellt werden können. Die *falsa demonstratio* eines Grundstücks in einem schriftlichen Kaufvertrag macht den vorausgehenden mündlichen Vertrag nicht unbestimmt.²⁷⁹

Eine Haftung für ein besonderes Ausmaß, Erträgnis oder die besondere Beschaffenheit des Kaufobjekts kann ausgeschlossen werden.²⁸⁰

o Kaufpreis

In den §§ 1054 und 1056 ABGB drückt sich durch die notwendige Preisbestimmtheit ein Rechtsgrundsatz aus, der auf alle gegenseitig verpflichtenden Schuldverträge Anwendung findet. Das Gesetz fordert eine präzise Leistungsumgrenzung; somit genügt eine objektive Bestimmbarkeit des Kaufpreises.²⁸¹ Sowohl im Zivil- als auch im Unternehmensrecht gilt, dass ein Kaufvertrag nicht zustande kommt, wenn ein Kaufpreis nicht einmal konkludent bedungen wurde. Die Unterstellung eines angemessenen Preises – etwa einem Schätzwert – darf nicht vorgenommen werden.²⁸² Hat ein Objekt einen einigermaßen festen Verkehrswert, ist die Einigung auf einen Schätzwert als Kaufpreis zulässig und der Vertrag kommt gültig zustande, wenn im Kaufvertrag ein Schätzwert namhaft gemacht wird.²⁸³ Auch die Vereinbarung eines Pauschalpreises ist mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar.²⁸⁴ *Binder*²⁸⁵ stellt fest, dass in der Rspr zu Unrecht ein Kaufpreis, der nach Unternehmen und Konzessionen aufgliederte, für zu unbestimmt gehalten wurde. IdR wird bei

²⁷⁸ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 36; mwN.

²⁷⁹ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 40; mwN.

²⁸⁰ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 40; mwN.

²⁸¹ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 43 f; mwN.

²⁸² *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 45; mwN.

²⁸³ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 49; mwN.

²⁸⁴ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 50; mwN.

²⁸⁵ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 50; mwN.

Unternehmen der Kaufpreis auf Basis des Ertragswertverfahrens ermittelt. Näheres zur Unternehmensbewertung findet sich jedoch im nächstfolgenden Kapitel. Durch die Vereinbarung einer Wertsicherung wird – sofern ein Bezugszeitpunkt festgelegt wird – der Kaufpreis nicht unbestimmt, da der Preis außer der Wertsicherung keinen weiteren Einflüssen unterliegt.²⁸⁶

Va beim Unternehmensverkauf an familienfremde Übernehmer stellt sich das Problem der Kaufpreisfindung, da oft nur sehr rudimentäre Vorstellungen darüber vorhanden sind, welcher Preis mit dem Familienunternehmen erzielt werden kann. Daher empfiehlt es sich, den Kaufpreis erst nach einer exakten Unternehmensbewertung festzusetzen.²⁸⁷

o Unternehmensbewertung

Vom Kaufpreis zu unterscheiden ist der Wert einer Sache. Handelt es sich beim Kaufpreis um eine Übereinkunft von Käufer und Verkäufer, ist der Wert einer Sache subjektbezogen, dh, Preis und Wert müssen einander nicht entsprechen. Um den Wert eines Unternehmens zu ermitteln, gibt es verschiedene Verfahren, die von ihrer theoretischen Grundkonzeption am finanziellen Nutzen des Investors – als Übernehmer des Unternehmens – orientiert sind.²⁸⁸

Der subjektive Unternehmenswert ergibt sich aus den positiven und negativen Folgewirkungen der Unternehmenstransaktion auf die Ertragsfähigkeit des Unternehmens, dh, Synergien werden berücksichtigt. Der subjektive Unternehmenswert dient va als Entscheidungshilfe für Käufer und Verkäufer.²⁸⁹

Der objektivierte Unternehmenswert orientiert sich an Zukunftserfolgswerten und damit an vernünftigerweise realisierbaren Zukunftserwartungen, die in die Bewertung des Unternehmens einfließen.²⁹⁰

Zur Ermittlung des Vorteilszuflusses an den Übernehmer des Familienunternehmens und einer daraus vielleicht resultierenden Anrechnung auf seinen Erb(Pflicht-)teil empfiehlt sich die Heranziehung eines objektivierten Unternehmenswerts.

Für die Unternehmensbewertung gibt es unterschiedliche Methoden.

Das nicht mehr gebräuchliche Substanzwertverfahren bewertet das Unternehmen als Summe der Werte der einzelnen Vermögensgegenstände und ihres Wiederbeschaffungswertes. Das Problem hierbei ist die Bewertung von immateriellen

²⁸⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 52; mwN.

²⁸⁷ *Kailer/Weiß*, VWT 2005, 32.

²⁸⁸ *Bachl*, Einführung in die Unternehmensbewertung, 3.

²⁸⁹ *Bachl*, Unternehmensbewertung, 11 f.

²⁹⁰ *Bachl*, Unternehmensbewertung, 12 f.

Vermögensgegenständen und dass sich der Wert eines Unternehmens nicht bloß aus der Summe der Werte seiner einzelnen Bestandteile ableiten lässt. Das Substanzwertverfahren findet sich heute noch vereinzelt in der Praxis, va zur Ermittlung des Liquidationswertes.²⁹¹

Dem aktuellen Stand entspricht hingegen das Ertragswertverfahren, anhand dessen der Unternehmenswert mittels zukünftiger finanzieller Vermögensströme bewertet wird. Das Unternehmen wird dabei in einem einheitlichen Bewertungsvorgang bewertet, indem die zukünftigen finanziellen Vorteilsströme durch die Kapitalwertmethode auf den Bewertungsstichtag abgezinst werden. Diese Zukunftserfolge sind die Nettoeinnahmen; von den erzielten Einnahmen werden die dafür notwendigen Ausgaben abgezogen. Für den Investor sind dabei aber nicht die Unternehmensgewinne relevant, sondern die rechtlich und faktisch möglichen Entnahmen, die tatsächlich ihm zufließen. Durch die Ertragswertmethode wird direkt der Wert des Eigenkapitals ermittelt.²⁹²

Das Discounted-Cash-Flow-Verfahren nimmt als Basis seiner Unternehmensbewertung die erwirtschafteten Cashflows, die dem Investor zufließenden Einzahlungsüberschüsse. Es gibt verschiedene Ansätze des DCF-Verfahrens, allen gemeinsam ist aber die zur Unternehmensbewertung verwendete Kapitalisierung, dh Abzinsung des Cashflows.²⁹³

Zudem gibt es noch verschiedenste Mischverfahren, die zur Bewertung des Unternehmens sowohl Substanz- als auch Ertragswerte verwenden.²⁹⁴

Ein zusätzliches Problem, das sich bei Familienunternehmen im Zusammenhang mit der Unternehmensbewertung stellt, ist die starke Personenbezogenheit des Unternehmens. Va KMU, aber auch Konzerne in Familienhand werden von Unternehmerpersönlichkeiten geleitet, die über Jahrzehnte die Geschicke des Unternehmens lenken. Wie sich der Führungswechsel auf das Familienunternehmen auswirkt, welche Effekte der Wegfall einer prägenden Persönlichkeit im Unternehmen auf Kundenbeziehungen, die Unternehmenskultur und auch auf die Ertragskraft hat, ist für die Bewertung des Unternehmens genau zu hinterfragen. Aber auch auf zusätzliche Kosten, die durch den Unternehmerwechsel notwendig werden, ist zu achten. So können plötzlich Kosten auftauchen, die bisher aus dem Privatvermögen

²⁹¹ *Bachl*, Unternehmensbewertung, 13 f.

²⁹² *Bachl*, Unternehmensbewertung, 15 f.

²⁹³ *Bachl*, Unternehmensbewertung, 16 f.

²⁹⁴ *Bachl*, Unternehmensbewertung, 17.

des Unternehmers gedeckt wurden, weil etwa Räumlichkeiten zur Verfügung standen, für die nun Miete bezahlt werden muss. Ebenso können sich aber auch zusätzliche Erträge ergeben, die in die Planung und Bewertung miteinbezogen werden müssen.²⁹⁵

Sind Geschäftsanteile Gegenstand der Unternehmensbewertung, kann sich ihr Wert direkt aus den anteilig dem Anteilseigner zufließenden finanziellen Vermögensströmen ergeben, oder indirekt aus dem Wert des gesamten Unternehmens mittels Multiplikation mit der Anteilsquote, sodass sich daraus der Wert des Unternehmensanteils ergibt. Zusätzlich in Anschlag gebracht werden können so genannte Minderheitsabschläge für Anteilseigner mit Minderheitsanteilen, sind doch damit auch weniger Herrschaftsrechte über das Unternehmen verbunden. Senkungen im Wert bringen auch Fungibilitätsabschläge für Anteile, die mit einer Veräußerungsbeschränkung behaftet sind. E contrario zu Minderheitsabschlägen gibt es Paketzuschläge für große Anteilspakete, die besonderen Einfluss auf das Unternehmen mit sich bringen.²⁹⁶

2.2 Unternehmenskauf

Ein lebendes Unternehmen kann samt seinen Bestandteilen einen Kaufgegenstand darstellen und damit entgeltlich übertragen werden. Unwesentlich dabei ist, ob es auf freiberuflicher Tätigkeit, Handel, Gewerbe oder Industrie beruht. Ein Unternehmenskauf liegt auch dann vor, wenn eine Aufspaltung des Gesamtkaufpreises auf einzelne Teile der übernommenen Vermögenswerte vorgenommen wird. Die Überlassung sämtlicher Anteile an einer Kapitalgesellschaft ist nach Verkehrsauffassung und dem wirtschaftlichen Zweck als eine Überlassung des Unternehmens zu beurteilen. Gegenüber einem reinen Unternehmenskauf bietet der Beteiligungserwerb den Vorteil, dass durch die Kontinuität der Rechtspersönlichkeit des Unternehmens keine Schwierigkeiten bezüglich des Übergangs von Vertragsverhältnissen oder öffentlich-rechtlichen Konzessionen zu erwarten sind. Der Vorteil des Unternehmenskaufs liegt hingegen darin, dass das Haftungsrisiko des Erwerbers limitiert werden kann. Ebenso ergeben sich steuerrechtliche Unterschiede zwischen einem reinen Unternehmenskauf und einem Beteiligungserwerb.²⁹⁷

²⁹⁵ *Bachl*, Unternehmensbewertung, 60 f.

²⁹⁶ *Bachl*, Unternehmensbewertung, 62 f.

²⁹⁷ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1054 Rz 34; mwN.

Handelt es sich beim Kaufgegenstand um Anteile eines Unternehmens ist zusätzlich darauf zu achten, ob Aufgriffsrechte anderer Gesellschafter, Vorkaufs- oder Zustimmungsrechte, sowie Optionen bestehen, die dem Kauf entgegenstehen könnten.²⁹⁸

Gleichfalls zulässig wie der Verkauf eines Unternehmens ist der Verkauf des „Goodwills“ – dem Firmenwert – eines Unternehmens vom Alt- an den Neupächter, wenn der Verpächter dem zustimmt.²⁹⁹

Kann ein veräußertes Unternehmen lediglich mit einer öffentlich-rechtlichen Befugnis betrieben werden, ist hinsichtlich der „mitverkauften“ Konzession umzudeuten: Den Veräußerer trifft, wie bereits erläutert, lediglich die Pflicht erforderliche Unterstützungshandlungen bei staatlichen Behörden – etwa durch die Zurücklegung der eigenen Konzession, einer Antragstellung oder die Abgabe einer Einverständniserklärung – zu setzen. Für den Fall, dass für den Verzicht auf die Konzession ein Entgelt vereinbart wurde, der Käufer die Konzession schließlich aber nicht erhält, ist das Entgelt dennoch zu entrichten, da jeder das Risiko für fehlgeschlagene Erwartungen selbst trägt.³⁰⁰

Da der Zweck einer Unternehmensveräußerung in den meisten Fällen die Fortführung des Unternehmens ist, muss es dem Erwerber eines Unternehmens möglich sein, die Kundschaft zu halten. Deswegen ist der Veräußerer nicht nur dazu verpflichtet die Aktiva zu übergeben, ihn trifft auch die (Neben-)Pflicht zur Setzung sonstiger, diesem Ziel förderlicher Handlungen. So hat er etwa nach der Unternehmensübergabe irrtümlich an ihn gelangte Geschäftsbriefe auszufolgen. Hat sich der Unternehmensverkäufer zur Unterlassung einer Konkurrenztaetigkeit verpflichtet, darf er auch niemand anderem beim Aufbau eines Konkurrenzunternehmens behilflich sein. Selbst beim Fehlen einer ausdrücklichen Wettbewerbsabrede muss der Veräußerer dem Erwerber ermöglichen, sein Unternehmen mit der bisherigen Kundschaft fortzuführen und hat damit jede Konkurrenztaetigkeit zu unterlassen.³⁰¹

²⁹⁸ Müller/Seyer/Necas, JEV 2008, 14.

²⁹⁹ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 1054 Rz 34; mwN.

³⁰⁰ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 1054 Rz 34; mwN.

³⁰¹ Binder in Schwimann, ABGB IV³, § 1054 Rz 18; mwN.

o Einzelne Phasen des Unternehmenskaufs

Die einzelnen Phasen eines klassischen Unternehmens(ver)kaufs sollen hier nur kurz umrissen werden, da die formelle Gestaltung im Rahmen eines Unternehmenskaufs im Kreis der Familie oft anderen Prioritäten folgt als ein Fremdverkauf.

Bei Aufnahme der Verhandlungen ist eine Preisfindung oft nur größenordnungsmäßig möglich, diese Phase dient aber vor allem dazu, abzuklären, unter welchen Voraussetzungen der Verkäufer zur Abgabe bereit ist. Vertraulichkeitserklärungen können, müssen aber nicht bereits in dieser ersten Phase abgegeben werden.³⁰²

Aufgrund des Naheverhältnisses zwischen Käufer und Verkäufer im Familienkreis kann eine solche Vertraulichkeitserklärung über Einzelheiten der Verhandlungen unterbleiben. Werden Verhandlungen mit familienfremden potenziellen Käufern oder vielleicht sogar Konkurrenten geführt, weil in der Familie kein Nachfolger vorhanden ist, gestaltet sich die Weitergabe von Informationen weitaus schwieriger.

Nützlich kann in jedem Fall das Abfassen von Verhandlungsprotokollen sein, die Teil- und Zwischenergebnisse von Verhandlungen festhalten. Dabei ist eine Unterscheidung zur Punktation iSd § 885 ABGB zu treffen, bei der es sich um eine schriftliche Vereinbarung handelt, der noch eine formelle Vertragsurkunde folgen soll.³⁰³ Die Punktation iSd § 885 ABGB bewirkt bereits eine rechtliche Bindung, da sie eine Einigung der Parteien über die wesentlichen Vertragspunkte voraussetzt, für den Abschluss des Hauptvertrages sind gewöhnlich nur noch einige – meist kleinere – Fragen offen.³⁰⁴

Bereits die Aufnahme von Verhandlungen begründet vorvertragliche Pflichten; Pflichten der Sorgfalt, Obhut, Aufklärung und Mitteilung entstehen unabhängig von einem späteren Geschäftsabschluss. Aufgrund des vorvertraglichen Schuldverhältnisses trifft den Veräußerer vor allem die Pflicht der Aufklärung über die Beschaffenheit des in Aussicht genommenen Leistungsgegenstands und über rechtliche Hindernisse, die einem Vertragsschluss entgegenstehen könnten. Auch über das Zustimmungserfordernis Dritter, das auf einen Abschluss Einfluss nehmen kann, ist zu informieren. Das grundlose Abstehen vom Vertragsschluss kann zu Ersatzpflichten führen – etwa wäre ein allfälliger Vertrauensschaden zu ersetzen, wenn im Vertrauen

³⁰² Chalupsky, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in Bertl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 11.

³⁰³ Chalupsky, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in Bertl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 11.

³⁰⁴ Chalupsky, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in Bertl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 14.

auf einen Vertragsabschluss von der anderen Partei bereits Kosten für Beratung oder Vertragserrichtung entstanden wären.³⁰⁵

Nach einer ersten Verhandlungsphase empfiehlt sich die Errichtung eines Letter of Intent, der in seiner üblichen Ausgestaltung noch zu keiner rechtlichen Bindung, wohl aber zur Begründung eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses führt. In einer solchen Absichtserklärung wird neben einzelnen Verhandlungsergebnissen die Absicht zum Vertragsschluss bekundet. Jedenfalls klar gestellt werden sollte im Letter of Intent, dass eine rechtliche Bindung nicht gewollt und der endgültige Vertragsschluss von einer abschließenden Einigung über alle noch zu regelnden Punkte abhängig ist.³⁰⁶

Anders als ein Letter of Intent begründet der Abschluss eines Optionsvertrags eine vertragliche Bindung. Ein Optionsvertrag, der alles Wesentliche enthält, räumt einer Partei das Recht ein, durch einseitige Erklärung ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis einseitig bindend in Geltung zu setzen.³⁰⁷ Davon zu unterscheiden ist der Vorvertrag, dessen Leistungsinhalt die Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrages ist. Gemäß § 936 ABGB setzt ein Vorvertrag voraus, dass schon alle wesentlichen Punkte des Hauptvertrages enthalten sein müssen.³⁰⁸

Wurden vorvertragliche Vereinbarungen getroffen, ist im Hauptvertrag auf sie besonders Bedacht zu nehmen, wenn sie von jenen im Hauptvertrag abweichen. Dieser Problematik kann abgeholfen werden, wenn in den Hauptvertrag aufgenommen wird, dass dieser an die Stelle aller vorvertraglichen Zusagen treten soll.³⁰⁹

Aus der amerikanischen Rechtspraxis stammt der Begriff des Closings. Dabei handelt es sich um einen nach dem Vertragsabschluss liegenden Zeitpunkt, zu dem die Unternehmensübertragung vollzogen wird und der damit für die Abwicklung des Vertrags zentral ist. Am Stichtag des Closings gehen idR die Leitungsgewalt und die unternehmerische Verantwortung auf den Erwerber über. Zusammenfassend beinhaltet dies zB die Übergabe (Besitzwechsel), die Übertragung (Eigentums-erwerb), die Zug-um-Zug-Abwicklungen, die Übergabe von Bürgschaftserklärungen,

³⁰⁵ *Chalupsky*, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in *Bertl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 11 f.

³⁰⁶ *Chalupsky*, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in *Bertl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 13.

³⁰⁷ *Chalupsky*, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in *Bertl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 13 f.

³⁰⁸ *Chalupsky*, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in *Bertl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 14.

³⁰⁹ *Chalupsky*, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in *Bertl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 15.

die Feststellung von Ergebnissen von Zwischenprüfungen und Bilanzen, eine zeitliche Begrenzung von Rücktrittsmöglichkeiten oder die Kaufpreiszahlung(en).³¹⁰ Was die Festlegung eines Zeitpunkts für den Unternehmensübergang betrifft, kann die Annahme einer symbolischen Übergabe dienlich sein; insofern hilft auch die Vorstellung des § 302 ABGB, das Unternehmen als Gesamtsache zu sehen, dessen Übergabe uno actu vollzogen werden kann. Im Gegenzug dazu kann vereinbart werden, dass alle schuldrechtlichen Akte zu eben diesem Zeitpunkt rechtswirksam werden sollen. Die Feststellung des Zeitpunkts des Unternehmensübergangs gestaltet sich schwieriger, wenn eine sukzessive Übergabe vereinbart wurde. Hierbei kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Übergang erst dann vollzogen ist, wenn alle Teilschritte vollzogen wurden.³¹¹

Zumindest die bisherigen Schwierigkeiten beim Unternehmenserwerb in Einzelrechtsnachfolge wurden bezüglich des Eintritts in vorhandene Rechts- und Vertragsverhältnisse durch die Einführung des § 38 UGB erheblich erleichtert: Sofern nichts anderes vereinbart wird, gehen die unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse des Veräußerers ex lege unabhängig von einer Firmenfortführung auf den Erwerber über. Auch für den Veräußerer brachte das HaRÄG 2005 eine Erleichterung: seine Nachhaftung wird mit fünf Jahren nunmehr strikter beschränkt.³¹²

o Weitere Vertragsparteien

Neben Veräußerer und Erwerber können an Unternehmenskaufverträgen noch weitere Vertragsparteien beteiligt sein. Dabei handelt es sich um Bürgen, Garanten oder auch Personen, von deren Zustimmung die Wirksamkeit des Vertrages oder die Abwicklung von wesentlichen Veräußerungsvorgängen abhängt; darunter fallen allen voran Mitgesellschafter, Ehegatten, Miterben, Miteigentümer und Sicherungsgläubiger, aber auch Partner aus wichtigen Vertrags- oder Rechtsverhältnissen, in die der Erwerber eintreten soll.³¹³

o Unterscheidung Share Deal – Asset Deal

Wie bereits im einleitenden Kapitel erwähnt, handelt es sich bei einem Unternehmen um ein Sondervermögen, das aus weit mehr als einer bloßen Sammlung an

³¹⁰ *Chalupsky*, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in *Bertl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 15.

³¹¹ *Krejci* in *Krejci/Debn*, Das neue UGB, 62.

³¹² *Krejci/Debn* in *Krejci/Debn*, Das neue UGB, 20.

³¹³ *Chalupsky*, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in *Bertl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 17.

sachenrechtsfähigen Gegenständen besteht. Da man jedoch nur an sachenrechtsfähigen Gegenständen Eigentum begründen kann, hat der Unternehmer am Unternehmen als solches gar kein Eigentum, da dies ja aus weit mehr besteht, als aus einer Ansammlung von Gegenständen. Dadurch greift der Begriff der Gesamtsache iSd § 302 ABGB zu kurz. Aus diesem Grund ist es unzulänglich vom Eigentümer eines Unternehmens zu sprechen, viel eher handelt es sich beim Unternehmer um ein Zurechnungssubjekt zum Unternehmen.³¹⁴

Ist das betreffende Unternehmen eine Gesellschaft, stellen sich keine das Unternehmen betreffenden Übertragungsfragen, da nicht das Unternehmen als Sondervermögen, sondern stattdessen die Anteile an der Gesellschaft, die das Unternehmen betreibt, übertragen werden. Somit kommt es zu keiner Änderung des Zurechnungssubjekts, da die das Unternehmen betreibende Gesellschaft ident bleibt. Zu einem Wechsel kommt es lediglich bei deren Gesellschaftern.³¹⁵

Weil sich bei einem Share Deal durch den Anteilskauf der Rechtsträger des Unternehmens nicht ändert, werden diesbezüglich keine Rechtsnachfolgen ausgelöst. Beim Unternehmenskauf im engeren Sinn, dem Asset Deal, kommt es hingegen zu einer Einzelrechtsnachfolge.³¹⁶ Da es sich bei einem Unternehmen, das keine Gesellschaft ist, um ein Sondervermögen handelt, ist der Übergang auf ein anderes Zurechnungssubjekt weitaus komplizierter. Sachenrechtsfähige Gegenstände können zwar aufgrund ihrer gemeinsamen Unternehmenswidmung *uno actu* als Gesamtsache übertragen werden, bei Liegenschaften ist allerdings zur Eigentumsbegründung das Intabulationsprinzip zu beachten. Ohne eine vereinfachende Hilfe des Gesetzgebers wäre für die Übertragung der Rechtsverhältnisse eines Unternehmens eine Vielzahl von Rechtsakten nötig.³¹⁷ Aus diesem Grund kam es zur Einführung der §§ 38 bis 40 UGB, die unter gewissen Voraussetzungen eine Übernahme der Rechtsverhältnisse des Veräußerers durch den Erwerber und die Haftung von Veräußerer und Erwerber regeln.³¹⁸

Der Vorteil, den Erwerber bei einem Asset Deal genießen, ist die Einschränkung des Haftungsrisikos bezüglich unbekannter, künftig hervorkommender Verbindlichkeiten des Veräußerers.³¹⁹ Abgesehen von dieser nicht beschränkbar Haftung kann die

³¹⁴ Krejci in Krejci/Dehn, Das neue UGB, 49.

³¹⁵ Krejci in Krejci/Dehn, Das neue UGB, 49.

³¹⁶ Chalupsky, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in Bertl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 22.

³¹⁷ Krejci in Krejci/Dehn, Das neue UGB, 50.

³¹⁸ Krejci in Krejci/Dehn, Das neue UGB, 55.

³¹⁹ Chalupsky, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in Bertl/Mandl/Ruppe, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 22.

Haftung des Käufers ausgeschlossen werden, wenn der Kaufpreis zur Abdeckung vorhandener Verbindlichkeiten des Verkäufers verwendet wird, eine Haftungsbeschränkung bekannt gemacht wird, der Bestand an Verbindlichkeiten sorgfältig geprüft wird und rechtzeitig Auskünfte über rückständige Sozialversicherungsbeiträge eingeholt werden. Der Nachteil eines Asset Deals liegt darin, dass eine Übertragung des Unternehmens in einem einheitlichen Rechtsakt nicht möglich ist.³²⁰ Da sich bei einem Beteiligungserwerb der Rechtsträger des Unternehmens formal nicht ändert, bleiben sowohl die Vertragsverhältnisse, als auch die öffentlich-rechtlichen Konzessionen aufrecht. Lediglich bei Mietverhältnissen ist zu beachten, dass der Eigentümerwechsel bei den Anteilen eine „entscheidende Änderung“ iSd § 12a MRG bedeuten kann, was das Risiko einer Mietzinserhöhung mit sich bringen kann.³²¹ Gegen zukünftig hervorkommende Verbindlichkeiten kann sich der Erwerber bei einem Share Deal nur im Rahmen entsprechender Gewährleistungsregelungen und Sicherstellungen schützen.³²² Zusätzlich sind beim Unternehmenskauf durch Anteilerwerb neben den Form- auch Inhaltserfordernisse zu beachten, so etwa das Schicksal von Gewinnansprüchen, die mit den kaufgegenständlichen Gesellschaftsanteilen verbunden sind. In die vertraglichen Regelungen aufgenommen werden sollten außerdem zumindest auch alle wesentlichen zum Unternehmen gehörigen Wirtschaftsgüter – so kann verhindert werden, dass der Veräußerer der Geschäftsanteile zwischenzeitig selbst über die Wirtschaftsgüter anderweitig verfügt.³²³

2.3 Übernahme von Rechtsverhältnissen

Wie bereits mehrmals erwähnt hat die Einführung des UGB den Unternehmensübergang im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge wesentlich vereinfacht. § 38 UGB, der den Übergang von Rechtsverhältnissen regelt, ist nicht nur im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf relevant, sondern für jede Form der Einzelrechtsnachfolge unter Lebenden. Durch seine Einführung kommt es beim Erwerb unter Lebenden – außer bei abweichender Vereinbarung – für den Erwerber eines Unternehmens ex lege zu einem Eintritt in alle zum Zeitpunkt des

³²⁰ *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, SWK 29/2005, 1225.

³²¹ *Fritz*, SWK 29/2005, 1223.

³²² *Chalupsky*, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in *Bertl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 22.

³²³ *Chalupsky*, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen, in *Bertl/Mandl/Ruppe*, Kauf und Verkauf von Unternehmen, 33.

Unternehmensübergangs bestehenden unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse, die nicht höchstpersönlicher Natur sind. Der Begriff des Rechtsverhältnisses ist hierbei weiter als der des Vertragsverhältnisses und erfasst auch Verbindlichkeiten und Forderungsrechte.³²⁴ Nach alter Rechtslage war eine Vertragsübernahme nur nach Sondergesetzen für ganz bestimmte Vertragsverhältnisse (va für Miet- und Arbeitsverhältnisse, Versicherungs- und Lizenzverträge) automatisch möglich.³²⁵ *Rechberger*³²⁶ zufolge ordnet das Gesetz jedoch nur schuldrechtliche Beziehungen, einen Ersatz für den Modus bietet § 38 UGB nicht. Auch für formpflichtige Geschäfte soll der ex lege Übergang von Rechtsverhältnissen nicht genügen: *Rechberger*³²⁷ nennt hierfür als Beispiel die notariatsaktspflichtige Übertragung von GmbH-Anteilen, die zum übertragenen Unternehmen gehören.

Unternehmensbezogen sind Rechtsverhältnisse dann, wenn sie „unternehmensbezogen“ iSd § 343 UGB sind und damit zum Betrieb eines Unternehmens gehören.³²⁸ Unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse müssen aber nicht immer rechtsgeschäftlich begründet sein; es kann sich um gesetzliche Schuldverhältnisse handeln, wie Ansprüche und Pflichten aus deliktischem Verhalten, Konditionsansprüche oder -pflichten oder Gläubigeranfechtungen.³²⁹

Die Ausklammerung des Übergangs von höchstpersönlichen Rechtsverhältnissen betrifft insbesondere persönliche Dienstbarkeiten, Wiederkaufs- (§ 1070 ABGB), Rückkaufs- (§ 1071 ABGB) und Vorkaufsrechte (§ 1074 ABGB). Der Anspruch auf Auszahlung der Darlehensvaluta aus Kreditverträgen wird ebenfalls als höchstpersönlich angesehen.³³⁰ Ob öffentlich-rechtliche Ansprüche und/oder Verpflichtungen auf den Erwerber übergehen, ergibt sich aus den sie betreffenden einschlägigen Vorschriften.³³¹ Öffentlich-rechtliche Bewilligungen und Konzessionen gehen – soweit sie dingliche Wirkung haben – auf den Erwerber des betreffenden Objekts über; dies gilt für die meisten grundstücksbezogenen Bescheide, wie etwa Baubewilligungen oder Betriebsanlagengenehmigungen. Gewerbeberechtigungen sind hingegen höchstpersönliche Rechte und damit nicht automatisch übertragbar.³³²

³²⁴ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71; *Keinert*, Das neue Unternehmensrecht, 80.

³²⁵ *Keinert*, Das neue Unternehmensrecht, 80.

³²⁶ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71.

³²⁷ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71.

³²⁸ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 57.

³²⁹ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 56.

³³⁰ *Rechberger*, UGB: Gravierende Änderungen beim Unternehmensübergang, RdW 2007/87, 71.

³³¹ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 57.

³³² *Fritz*, SWK 29/2005, 1227.

Die gesetzliche Übernahme von Rechtsverhältnissen ist nur unter der Bedingung möglich, dass das Unternehmen „unter Leben erworben“ und „fortgeführt“ wird. Zu erwähnen bleibt weiters, dass vor dem URÄG 2008 für viele Stimmen in der Literatur auch die Pacht, als eine Art „Erwerb auf Zeit“, eine Form des Unternehmensübergangs iSd § 38 UGB darstellt; ebenso wie die Rückgabe des Unternehmens an den Verpächter nach Ende des Vertragsverhältnisses.³³³ Für *Rechberger*³³⁴ war neben der Pacht auch der Nießbrauch und der Unternehmensübergang vom Erben an einen Vermächtnisnehmer ein Erwerb unter Lebenden iSd § 38 UGB.

Die Einführung des § 38 Abs 5a UGB sorgte für eine Klarstellung der rechtlich unerwünschten Konsequenz der Regelungen des § 38 UGB. Bei der Übertragung des Unternehmens bleiben die Eigentumsverhältnisse unverändert, es entspricht also nicht der typischen Interessenlage und Erwartungshaltung der Beteiligten, dass alle unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse und die Haftung für Altschulden auf den Pächter übergehen.³³⁵

Die Rechtsverhältnisse gehen mit dem Zeitpunkt des Unternehmensübergangs über. Dieser Übergang findet regelmäßig mit dem Eintritt der letzten aufschiebenden Bedingung, dem so genannten Closing statt.³³⁶

Werden nur Unternehmensteile übernommen, stellt sich die Frage, ob ein gesetzlicher Eintritt in die unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse überhaupt möglich ist. *Krejci*³³⁷ ist jedenfalls der Meinung, dass dies möglich ist, sofern das Unternehmen in seinem „wesentlichen Unternehmenskern“ erworben wird und die „Unternehmensidentität“ erhalten bleibt. Wird das Unternehmen zerschlagen und kommen nur seine Fragmente zum Verkauf, liegt keine Fortführung iSd § 38 Abs 1 UGB vor, wenn die übergehende Organisationseinheit nicht so groß und geschlossen ist, dass eine Zuordnung der Rechtsverhältnisse zur übergehenden Einheit möglich ist.³³⁸

Der Übergang von Rechtsgeschäften ist nicht zwingend, sondern findet nur statt, „sofern nichts anderes vereinbart ist“. Vereinbarungen dieser Art können im Rahmen der Unternehmensveräußerung oder auch vorab getroffen werden.³³⁹

³³³ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 59.

³³⁴ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71.

³³⁵ *Dehn*, Die Pacht: Kein Unternehmenserwerb nach § 38 UGB, Zak 2008/185.

³³⁶ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71.

³³⁷ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 61; mwN.

³³⁸ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 141 f.

³³⁹ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71; *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 63 f.

Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Übergang eines Vertragsverhältnisses dem Dritten nachweislich und unter Hinweis auf das Widerspruchsrecht mitzuteilen. Mit ordnungsgemäßer Mitteilung beginnt eine dreimonatige Widerspruchsfrist bis zu deren Ablauf der Dritte gem § 38 Abs 3 S 1 UGB sowohl gegenüber dem Veräußerer als auch gegenüber dem Erwerber seine Erklärung abgeben oder seine Verbindlichkeit erfüllen kann. Die Zustimmung des Dritten kann konkludent erfolgen und bringt damit sowohl die Mitteilungspflicht, als auch das Widerspruchsrecht zum Erlöschen. Enthält die Mitteilung über den Unternehmensübergang keinen Hinweis auf das Widerspruchsrecht, beginnt die Widerspruchsfrist nicht zu laufen. Zu einer analogen Anwendung kommt es im Fall von S 2 für den Besteller einer Sicherheit für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten.³⁴⁰ Wann und durch wen diese Mitteilung vorzunehmen ist, wird im Gesetz nicht erwähnt; Erwerber und Übergeber werden sich darüber zu einigen haben.³⁴¹

Für den Fall, dass kein Übergang von Vertragsverhältnissen erfolgt, enthält das Gesetz keine ausdrückliche Anordnung. Probleme bei der möglichen dispositiven Regelung können dort auftreten, wo für Dritte der Wechsel des Unternehmensinhabers nicht erkennbar ist, weil es für Dritte kaum möglich ist, herauszufinden, ob eine ihn betreffende abweichende Vereinbarung getroffen wurde. *Rechberger*³⁴² plädiert in Berufung auf *Krejci*³⁴³ und *Keinert*³⁴⁴ dafür, § 38 Abs 3 UGB aus teleologischen Gründen dahingehend zu erweitern, Dritte auch im Fall einer Abweichung von der gesetzlichen Norm der unternehmerischen Universalsukzession Mitteilung machen zu müssen.

Weil Dritten im Fall eines Unternehmerwechsels gem § 38 Abs 2 UGB gesetzlich ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird, müssen für die Geltendmachung keine Gründe genannt werden. Es reicht, „wenn er nur aus persönlichen Gründen mit dem Erwerber in keinem Vertragsverhältnis stehen will.“ Die Grenze des Widerspruchsrechts bildet erst der Rechtsmissbrauch.³⁴⁵ Vom Widerspruchsrecht erfasst sind lediglich Vertragsverhältnisse, dh also weder Forderungen noch Verbindlichkeiten.³⁴⁶

Bei einem wirksamen Widerspruch bleibt das Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer aufrecht. Bei einem gänzlichen Übergang des Unternehmens kann das zu dem

³⁴⁰ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71.

³⁴¹ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 69.

³⁴² *Rechberger*, RdW 2007/87, 71

³⁴³ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 55 f.

³⁴⁴ *Keinert*, Das neue Unternehmensrecht, Rz 81.

³⁴⁵ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71; *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 64 ff.

³⁴⁶ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 69.

Problem führen, dass der Veräußerer über kein Unternehmen mehr verfügt und dem bisherigen Vertragsverhältnis damit die Basis entzogen ist, wodurch der Veräußerer sich dazu veranlasst sehen wird, die vertragliche Beziehung zum Dritten zu lösen.³⁴⁷

Der Widerspruch muss laut gesetzlicher Frist gem § 38 Abs 2 UGB binnen dreier Monate nach Mitteilung erfolgen. Keine Regelung findet sich für eine absolute Verjährung oder den Fall, dass keine Mitteilung erfolgt ist oder diese keinen Hinweis auf das Widerspruchsrecht enthält. Ist das Vertragsverhältnis von beiden Seiten erfüllt, ist ein Erlöschen des Widerspruchsrechts jedenfalls anzunehmen. Die zulässige konkludente Zustimmung bildet allerdings ein Spannungsverhältnis zur gesetzlich ausdrücklich normierten Notwendigkeit des Hinweises auf ein Widerspruchsrecht.³⁴⁸

Betreffend §§ 38 ff UGB ist zu beachten, dass diese nicht für freiberufliche Unternehmen und Land- und Forstwirtschaften gelten, mit der Ausnahme, dass sie freiwillig ins Firmenbuch eingetragen oder als eingetragene Personengesellschaft oder als Formunternehmer tätig sind. Ist dies nicht der Fall, bleiben nur die Haftungsbeschränkungen des § 1409 ABGB.³⁴⁹

o **Nachhaftung**

Um in einen gesicherten Ruhestand gehen zu können, ist es für den Übergeber des Unternehmens wichtig, über die Folgen des Unternehmensübergangs Klarheit zu haben. Dazu gehören auch evt auftauchende Nachhaftungen, die ihn treffen könnten.

§ 38 Abs 1 UGB bestimmt mit der Formulierung „mit den bis dahin entstandenen Rechten und Verbindlichkeiten,“ dass die Vertragsübernahme beim Unternehmensübergang ex tunc zu verstehen ist und der Erwerber für alle bereits entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten haftet. Der Veräußerer als Altpartei wird jedoch durch § 38 Abs 1 iVm § 39 UGB nicht aus der Haftung entlassen, sondern haftet nach Maßgabe von § 39 UGB fort.³⁵⁰

§ 39 UGB regelt die Haftung des Veräußerers beim Übergang von Rechtsverhältnissen vom Veräußerer auf den Erwerber. Der Veräußerer haftet nur für „Altschulden,“ dh, nur für jene Verbindlichkeiten, die bis zum Unternehmensübergang entstanden sind und die binnen fünf Jahren nach dem Unternehmensübergang fällig werden. Die Verjährungsfrist dieser Ansprüche beträgt längstens drei

³⁴⁷ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71.

³⁴⁸ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71; *Krejci* in *Krejci/Debn*, UGB 59.

³⁴⁹ *Krejci* in *Krejci/Debn*, Das neue UGB, 60.

³⁵⁰ *Krejci* in *Krejci/Debn*, Das neue UGB, 69 f.

Jahre, dh, der Veräußerer ist spätestens acht Jahre nach Unternehmensveräußerung gänzlich enthaftet.³⁵¹ Nach alter Rechtslage bildeten Dauerschuldverhältnisse ein besonderes Problem bei der Enthftung des Veräußerers. Mit der Bestimmung, dass nunmehr nur mehr für Verbindlichkeiten, die binnen fünf Jahren nach Übergabe des Unternehmens fällig werden, gehaftet wird, ist auch dieses Problem gelöst.³⁵² Bei dieser Frist von fünf Jahren handelt es sich nicht um eine Verjährungsfrist, sondern um den Zeitrahmen für die Nachhaftung des Veräußerers. Die „zusätzliche“ dreijährige Verjährungsfrist für Ansprüche, die binnen dieser Frist von fünf Jahren fällig werden, soll allfällige längere Verjährungsfristen verhindern und so dafür sorgen, dass der Veräußerer nach spätestens acht Jahren tatsächlich enthaftet ist.³⁵³ *Rechberger*³⁵⁴ zufolge tritt aber keine Enthftung ein, solange der Dritte keine ordnungsgemäße Mitteilung erhalten hat – ein konkludenter Verzicht ist jedoch möglich. Tritt der Erwerber in Rechtsverhältnisse des Veräußerers ein, ergibt sich daraus seine Haftung für die ihm zufallenden Verbindlichkeiten.

Für jene unternehmensbezogenen Rechtsverhältnisse, die nicht auf den Erwerber übergehen, haftet nach § 38 Abs 4 UGB dennoch der Erwerber; dies gilt auch für „Altverbindlichkeiten“, wenn der Erwerber in bestehende Vertragsverhältnisse eintritt.³⁵⁵ Die Haftung des Erwerbers kann allerdings ausgeschlossen werden. Dies ist zu empfehlen, da sonst eine zeitlich unbegrenzte Haftung des Erwerbers bestehen würde. Eine Vertragsübernahme ist nach Vereinbarung auch ex nunc (anstatt wie im Gesetz ex tunc vorgesehen) möglich; demnach verbleiben bestimmte Forderungen und/oder Verbindlichkeiten allein beim Veräußerer. Um den Erwerber von einer Haftung für Verbindlichkeiten zu befreien, bedarf es einer einvernehmlichen Einigung der Vertragsparteien, sowie einer rechtzeitigen Information des Gläubigers darüber.³⁵⁶

Dieser mögliche Haftungsausschluss soll zudem Dritte dazu bewegen, von ihrem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch zu machen. Der Ausschluss der Haftung kann entweder durch Eintragung im Firmenbuch oder eine Mitteilung durch den Veräußerer oder Erwerber bewirkt werden. Nicht im Firmenbuch eingetragenen

³⁵¹ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 70.

³⁵² *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 70 f.

³⁵³ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 71.

³⁵⁴ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71.

³⁵⁵ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71; *Krejci* in *Krejci/Dehn*, UGB 61.

³⁵⁶ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 72.

Unternehmen kommt die Möglichkeit des Haftungsausschlusses in Form einer verkehrüblichen Kundmachung entgegen.³⁵⁷

○ **Haftungsfragen bei eingetragenen Personengesellschaften**

Da ein ausgeschiedener Gesellschafter keinen Einfluss mehr auf die Vorgänge in der Gesellschaft nehmen kann, ist die Haftungsbegrenzung ein für ihn wichtiges Element der Gesellschaftsrechtsordnung. Im Rahmen des HaRÄG 2005 wurden die gesellschaftsrechtlichen Nachhaftungsbegrenzungen des § 160 UGB den allgemeinen Nachhaftungsbegrenzungen des § 39 UGB angeglichen. Jedoch bestehen in zwei Aspekten Unterschiede: Beginnt bei den allgemeinen Nachhaftungsregelungen des § 39 UGB die Frist mit dem Zeitpunkt des Unternehmensübergangs, läuft die Frist für ausscheidende Gesellschafter erst ab dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden im Firmenbuch eingetragen wird (§ 160 Abs 2 UGB). Unterschiede gibt es auch zum Widerspruchsrecht iSd § 38 UGB: Da das Vertragsverhältnis zwischen Gesellschaftsgläubiger und der das Unternehmen betreibenden Gesellschaft weiterhin besteht, steht Gläubigern einer Personengesellschaft kein Widerspruchsrecht iSd § 38 UGB zu, wenn ein Gesellschafter ausscheidet. Über das Ausscheiden eines Gesellschafters sind Gesellschaftsgläubiger indessen zu informieren, da ihre Interessen durch den Wegfall eines Haftungsträgers beeinträchtigt werden können. Gläubiger können vom ausscheidenden Gesellschafter die Sicherstellung ihrer Ansprüche verlangen; auf dieses Recht sind sie in der Verständigung über das Ausscheiden des Gesellschafters hinzuweisen (§ 160 Abs 3 UGB). Erfolgt eine solche Verständigung nicht, tritt die Nachhaftungsbegrenzung des § 160 Abs 1 UGB nicht ein und der ausscheidende Gesellschafter haftet auch über die Grenze von fünf Jahren nach Eintragung seines Ausscheidens aus der Gesellschaft im Firmenbuch für künftig fällig werdende Gegenleistungen der Personengesellschaft bis zu deren endgültiger Verjährung.³⁵⁸

*Murschitz*³⁵⁹ sieht in der Haftungsbegrenzung des § 160 UGB von maximal acht Jahren einen Nachteil für die Gläubiger, va, weil diesen keine Einflussmöglichkeit auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung zukommt.

§ 160 Abs 4 UGB legt fest, dass die Regelungen der Nachhaftungsbegrenzung sinngemäß auch Anwendung für den Fall finden, dass ein unbeschränkt haftender

³⁵⁷ *Rechberger*, RdW 2007/87, 71; *Krejci* in *Krejci/Debn*, Das neue UGB, 72.

³⁵⁸ *Weigand* in *Krejci/Debn*, Das neue UGB, 87 f.

³⁵⁹ *Murschitz*, Die Übergangsbestimmungen für die Personengesellschaften, *ecolex* 2006, 760.

Gesellschafter zum Kommanditisten wird. Der Fristenlauf beginnt wiederum mit Eintragung im Firmenbuch.³⁶⁰

Betreffend der Nachhaftung für die Einlage bestimmt § 172 Abs 3 UGB, dass Kommanditisten, die ihre Einlage ehemals zur Gänze geleistet haben, keine Forthaftung dafür zu befürchten haben, wenn ein ihnen nachfolgender Kommanditist die übernommene Einlage verringert. Wird die Haftungssumme aber durch Abfindungszahlungen an ihn verringert, bleibt die Forthaftung des Kommanditisten bestehen.³⁶¹

○ **Erwerberhaftung nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften**

Nicht zu vernachlässigen ist auch die Erwerberhaftung nach öffentlichem Recht. So haftet der Erwerber eines Unternehmens gem § 14 BAO für die Abgabenschuld des letzten Kalenderjahres vor der Übereignung, die er kannte oder kennen musste, bis zur Höhe der übernommenen Aktiva.³⁶² Der Erwerber haftet gem § 67 Abs 4 bis 8 ASVG zudem für rückständige Sozialversicherungsbeiträge der letzten 12 Monate vor der Übergabe. Im Fall einer Anfrage beim Sozialversicherungsträger beschränkt sich die Haftung auf jenen Betrag, der im Rückstandsausweis genannt wurde.³⁶³

○ **Die Haftungsbeschränkungen des § 1409 ABGB**

Die Dispositivität des § 38 UGB wird stark durch die Regelungen des § 1409 ABGB eingeschränkt. Im Verhältnis zu § 38 UGB fällt es schwer zwischen den beiden Regelungen eine Grenze zu ziehen. Prinzipiell behandelt § 1409 ABGB nur Fragen der Erwerberhaftung im Falle einer Einzelrechtsnachfolge. Für Haftungsfragen des Unternehmensveräußerers ist § 39 UGB mit seiner uneingeschränkten Nachhaftungsbegrenzung heranzuziehen.³⁶⁴

Die Haftungsregel des § 1409 ABGB bestimmt, dass wer ein Vermögen oder Unternehmen rechtsgeschäftlich erwirbt, zwingend den vermögens- oder unternehmensbezogenen Schulden des Veräußerers beitrifft, die er bei Übergabe kannte oder kennen musste.³⁶⁵

Grundgedanke bei der Einführung des § 1409 ABGB war der Schutz der Gläubiger, deren Interesse va darin liegt, dass der Übernehmer eines Vermögens, wie es auch ein Unternehmen darstellt, nicht nur die Aktivwerte erhält, sondern auch die Haftung

³⁶⁰ Weigand in Krejci/Dehn, Das neue UGB, 88.

³⁶¹ Weigand in Krejci/Dehn, Das neue UGB, 85.

³⁶² Krejci, Unternehmensrecht⁴, 154.

³⁶³ Krejci, Unternehmensrecht⁴, 154.

³⁶⁴ Krejci in Krejci/Dehn, Das neue UGB, 73.

³⁶⁵ Krejci, Unternehmensrecht⁴, 151.

für die Schulden seines Schuldners übernimmt. Um eine Veräußerung von Unternehmen durch die daraus entstehenden Haftungsrisiken nicht überhaupt zu verhindern, soll der Übernehmer nur bis zum Wert der übernommenen Aktiva und für die beim Erwerb zumindest erkennbaren Schulden haften.³⁶⁶

Zweck des § 1409 ABGB ist es also, zu verhindern, dass den Gläubigern durch einen Vermögensübergang von ihrem Schuldner auf eine andere Person ihre bisherige Haftungsgrundlage entzogen wird. Durch die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes tritt an die Stelle des Veräußerten die Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises bzw der Verkaufserlös, wodurch es zu einer Art Verdoppelung durch die zwingende pro viribus Haftung des Erwerbers kommt:³⁶⁷ neben dem Erwerber haftet der Überträger weiterhin und zeitlich unbegrenzt solidarisch. Damit trägt § 1409 ABGB weder zur einer Erleichterung der Übertragung von Unternehmen bei, noch hilft er den Veräußerer aus seiner eigenen Haftung zu entlassen. Als Gläubigerschutzvorschrift stellt § 1409 ABGB aber zwingendes Recht dar.³⁶⁸

Die Haftung nach § 1409 ABGB unterliegt klaren Einschränkungen: Nur wenn der den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds verringert wird, kann der Haftungstatbestand des § 1409 ABGB zum Tragen kommen. Eine solche Verringerung wäre dann gegeben, wenn der Kaufpreis sich als nicht äquivalent erweisen würde, die Kaufpreisforderung (nicht notwendigerweise dauernd oder vollständig) uneinbringlich ist oder sie durch die gleichzeitige Verfügung zugunsten dritter Personen verringert wird.³⁶⁹ Im Fall einer Unternehmenstransaktion im Familienverband könnte sich ein Kaufpreis aufgrund von Vergünstigungen sehr leicht als nicht äquivalent entpuppen.

Die Haftung des Erwerbers entfällt jedenfalls dann, wenn mit dem – dem Wert des übernommenen Unternehmens entsprechenden – Kaufpreis die Gläubiger befriedigt werden; entweder im Auftrag des Veräußerers oder wenn der Veräußerer damit selbst die Verbindlichkeiten tilgt. Die haftungsbefreiende Beweislast trifft den Erwerber. Diese haftungsbefreiende Anrechnung der Zahlung von Schulden durch Dritte ist gem § 1409 Abs 1 S 2 ABGB jedenfalls möglich, wenn sie im Namen und im Auftrag des Übernehmers erfolgt. Die Anrechnung einer vom Erwerber selbst rechtsgeschäftlich übernommenen Haftung nach § 1409 ABGB ist jedoch nur dann

³⁶⁶ Ertl in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 1.

³⁶⁷ Ertl in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 1.

³⁶⁸ Krejci in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 51.

³⁶⁹ Ertl in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 1.

möglich, wenn das Einverständnis der Gläubiger, sowie eine den Übergeber befreiende Schuldübernahme vorliegen.³⁷⁰

Der in § 1409 ABGB enthaltene Schuldbeitritt ist zwingend, bezieht sich aber lediglich auf das Außenverhältnis zwischen Übernehmer und Geschäftsgläubigern. Trotz des zwingenden Charakters steht es Gläubigern frei, auf dieses Recht zu verzichten oder sich zu vergleichen. Zudem ist eine abweichende Regelung im Innenverhältnis zwischen Übernehmer und Übergeber möglich; etwa in jener Form, dass der Veräußerer allein dem Erwerber gegenüber für die Passiven aufkommt.³⁷¹

Da § 1409 ABGB nicht Fälle der Gesamtrechtsnachfolge betrifft, wird der Übernehmer nicht zum Nachfolger des Urschuldners. Er tritt nur neben den Schuldner, der dem Gläubiger unmittelbar weiter verpflichtet bleibt.³⁷²

Gibt es im Zeitpunkt der Übergabe bestehende Verfügungen des Übergebers, wie Verzicht, Anerkenntnis, Vergleich oder ähnliches, muss der Übernehmer diese gegen sich gelten lassen; er kann jedoch alle Einwendungen aus dem Grundgeschäft erheben, die der Übernehmer nicht erhoben hat. Auf eine laufende oder unterbrochene Verjährung hat eine Übergabe iSd § 1409 ABGB keinen Einfluss.³⁷³

Für die Anwendbarkeit des § 1409 ABGB bedarf die Übernahme von Vermögen oder eines Unternehmens eines rechtsgeschäftlichen Aktes. Eine Übernahme im Erbweg oder als Vermächtnis fallen nicht unter die Regelungen des § 1409 ABGB. Ebenso wenig ist § 1409 ABGB bei der bloßen Übertragung des Gebrauchsrechts an einem Unternehmen, bei der Übergabe von Nutzungs- und Anwartschaftsrechten oder bei einer Verpachtung anwendbar. Auch die Abtretung einzelner Forderungen fällt nicht in den Anwendungsbereich von § 1409 ABGB.³⁷⁴

Eine Haftung des Übernehmers nach § 1409 ABGB tritt auch dann ein, wenn durch mehrere aufeinanderfolgende Übertragungen einzelner Sachen die wirtschaftliche Wirkung einer (Vermögens- oder) Unternehmensübertragung erreicht wird. Diese Haftung wird nicht dadurch ausgeschaltet, dass einzelne Vermögensstücke beim

³⁷⁰ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 1; mwN.

³⁷¹ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 2.

³⁷² Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 2.

³⁷³ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 2.

³⁷⁴ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 3.

Veräußerer bleiben und auf diese Weise zwei voneinander getrennte Unternehmen entstehen.³⁷⁵

Nach *Ertl*³⁷⁶ Definition eines Unternehmens tritt eine Haftung nach § 1409 ABGB auch bei der Übereignung von Zweigniederlassungen, Unternehmensanteilen oder Teilbetrieben ein. Die Miete von Betriebsflächen oder der Kauf von Warenvorräten kommt einem Übergang des gesamten Unternehmens nicht gleich, ebenso wenig wie eine Verpachtung – eine Haftung nach § 1409 ABGB wird also nicht ausgelöst.³⁷⁷

Im Gegensatz zu den Regeln des UGB schützt § 1409 ABGB nur „Altgläubiger“ – daher ist es bedeutungslos, wie der Übernehmer das erworbene Unternehmen oder Unternehmensteile verwertet.³⁷⁸

Der Umfang der Haftung nach § 1409 ABGB ist, wie bereits eingangs erwähnt, beschränkt. Den Gläubigern stehen dem Erwerber gegenüber nur solche Ansprüche zu, die mit der Funktion des Vermögens als Haftungsfonds in Zusammenhang stehen oder einen Zweckzusammenhang, dh einen wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem übernommenen Unternehmen, haben. Wird nur ein Teil eines Unternehmens übernommen, so haftet der Erwerber dennoch für alle zum Gesamtbetrieb gehörigen Schulden. Der Erwerber hat allerdings die Möglichkeit sich bei den anderen Teilbetriebsinhabern zu regressieren.³⁷⁹ *Ertl*³⁸⁰ erkennt aber, dass eine in der Höhe über den erworbenen Teil hinausgehende Haftung im Gesetz keine Deckung findet und verweist daher darauf, dass der Erwerb eines Teilbetriebs nur eine Haftung für den darauf entfallenden Teil der Schulden auslösen kann. Dieses Prinzip verfolgt auch § 38 UGB.

Da letztlich der Normzweck des § 1409 ABGB maßgeblich sein soll, haftet bei einer sukzessiven Vermögensübertragung nur jener Erwerber, dem letzten Endes im Wesentlichen das gesamte Vermögen des Übergebers übereignet wurde, nicht aber etwaige Zwischenerwerber.³⁸¹

Schwierigkeiten bereitet immer wieder die Abgrenzung zwischen Gesamt- und Teilübertragungen; dies ganz unabhängig von evt Umgehungsabsichten der Beteiligten. Ein Unternehmen ist jedenfalls dann als Ganzes übertragen zu

³⁷⁵ *Ertl* in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 3.

³⁷⁶ *Ertl* in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 4.

³⁷⁷ *Ertl* in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 4.

³⁷⁸ *Ertl* in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 6.

³⁷⁹ *Ertl* in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 6; mwN.

³⁸⁰ *Ertl* in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 6; mwN.

³⁸¹ *Ertl* in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 3; uHa OGH 5 Ob 572/83.

beurteilen, wenn seine wesentlichen Teile, die die Substanz und den individuellen Charakter des Unternehmens ausmachen, übergehen. Entscheidendes Kriterium ist demnach die Nutzung der Aktiva durch den Übernehmer. Die Ausgliederung von Teilbereichen muss die Weiterführung des bisherigen Unternehmens durch den Veräußerer unmöglich machen. Kann der Übernehmer das Unternehmen mit dem erworbenen Teilen weiterführen, ist dies ein Indiz für eine Übernahme iSd § 1409 ABGB. Entscheidend bei der Beurteilung eines Unternehmenserwerbs ist die Gesamtbetrachtung. Ein klares Beispiel für eine Unternehmensübergabe, die gem § 1409 ABGB eine Haftung auslöst, ist, wenn das Betriebsbüro samt Ausstattung, Warenlager, Betriebsmitteln, Goodwill und Kundenstock übertragen wird.³⁸²

Maßgeblich für die durch § 1409 ABGB ausgelöste Haftung ist der Übernahmzeitpunkt. Die Übernahme als Verfügungsgeschäft, bestehend aus Übergabe und Übernahme, ist abgeschlossen, wenn die einzelnen Vermögensgegenstände nach den für sie geltenden sachenrechtlichen Vorschriften übertragen wurden und damit aus dem Haftungsfonds des übertragenden Schuldners genommen wurden.³⁸³

Die Übernahme eines Unternehmens nach § 1409 ABGB bedarf keiner ausdrücklichen Willenserklärung. Es genügt, dass nach den Umständen des Einzelfalls zweifelsfrei darauf geschlossen werden kann, dass die Übertragung stattgefunden hat. Unabhängig vom guten Glauben der Gläubiger reicht der äußere Tatbestand der Unternehmensübertragung ebenso wenig, wie die bloße tatsächliche Übernahme. Auch hier ist der Verlust der Haftungsgrundlage der bisherigen Gläubiger der maßgebliche Zeitpunkt.³⁸⁴

Die Haftungsfolgen nach § 1409 ABGB treten auch dann ein, wenn unwesentliche Teile eines Unternehmens von der Übereignung ausgeschlossen bleiben und beim Veräußerer verbleiben. Welches wirtschaftliche Ausmaß das beim Veräußerer zurückbleibende Vermögen haben muss, damit den Erwerber keine Haftung nach § 1409 ABGB trifft, wurde prozentuell noch nicht näher beziffert, der OGH befürwortet jedoch die in § 419 dBGB erwähnte Schwelle von 10 %.³⁸⁵

Unter die Haftung nach § 1409 ABGB fallen auch ideelle Vermögensteile.³⁸⁶

³⁸² Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 3; mwN.

³⁸³ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 3.

³⁸⁴ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 3; mwN.

³⁸⁵ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 4; uHa JBl 2002, 256 = OGH 8 Ob 51/01k.

³⁸⁶ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 4.

Da grundsätzlich allen Schulden beigetreten wird, die im Zeitpunkt der Übergabe bestehen und die in einem inneren, funktionellen Zusammenhang mit dem Übernommenen stehen, wird auch für Schadenersatzforderungen gehaftet, die aus einem persönlichen, vertragswidrigen Verhalten des Veräußerers resultieren oder die auf ein deliktisches Verhalten, in sachlichem oder wirtschaftlichem Zusammenhang mit dem übernommenen Unternehmen zurückgehen, zB um sonst notwendige Betriebsausgaben einzusparen, etwa die Abdichtung einer Deponie oder die Verbringung kontaminierten Materials.³⁸⁷

Für ein Nichtauslangen der Haftungssumme enthält § 1409 ABGB weder Verteilungsvorschriften noch Angaben über ein dafür notwendiges Verfahren. Soweit nicht andere Vorschriften zum Tragen kommen, sind die übernommenen Schulden je nach dem Zuvorkommen der Gläubiger zu bezahlen. Entscheidende Kriterien hierbei sind bei gerichtlicher Geltendmachung der Tag der Klagszustellung, sonst der Tag der Mahnung oder die Präsentation eines Wertpapiers bzw der Eintritt eines Termins; sonst kommt es darauf an, wer die Zahlung zuerst verlangt. Ist der Übernehmer in diesem Sinn selbst Gläubiger und den anderen Gläubigern im Stellen seiner Ansprüche zuvorgekommen, kann er auch seine Forderungen befriedigen. Eine generelle Reihenfolge der Befriedigung der Gläubiger soll der Übernehmer allerdings nicht eigenmächtig vornehmen können, wäre dadurch doch der Willkür Tür und Tor geöffnet.³⁸⁸ Aufgrund der Begünstigung öffentlicher Gläubiger für Abgabenverbindlichkeiten (§ 14 BAO) und Sozialversicherungsbeiträge (§ 67 ASVG) steht dem Übernehmer das Recht zu, gegenüber anderen Gläubigern die schon erfolgte Zahlung derart privilegierter Schulden einzuwenden, um seine Haftung auf die übernommenen Aktiva beschränken zu können.³⁸⁹

Die Haftung bleibt der Höhe nach auf die übernommenen Aktiva beschränkt (pro viribus) – ausschlaggebend ist nicht der Kaufpreis als Haftungshöchstgrenze, sondern der gemeine Wert (Tauschwert, Verkehrswert) des Unternehmens im Zeitpunkt der Übergabe.³⁹⁰ Die Zahlung von Schulden durch Dritte ist jedenfalls dann anrechenbar, wenn sie im Namen und im Auftrag des Übernehmers erfolgt. Eine vom Erwerber selbst rechtsgeschäftlich übernommene Haftung wird nach

³⁸⁷ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 6; mwN.

³⁸⁸ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 6; mwN.

³⁸⁹ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 9.

³⁹⁰ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 6.

§ 1409 ABGB nur dann angerechnet, wenn sie eine im Einvernehmen mit den Gläubigern den Übergeber befreiende Schuldübernahme darstellt.³⁹¹

Die jüngste Rspr³⁹² besagt, dass die Haftungsobergrenze durch den Wert der übernommenen Aktiva gebildet wird. Der Übernehmer kann die Haftungssumme jedoch durch die Zahlung von Forderungen reduzieren, die pfandrechtlich sichergestellt sind; gleiches gilt für eine schuldbefreiende Übernahme durch den Erwerber im Einverständnis mit dem Gläubiger. Darüber hinaus hat der Übernehmer nicht die Verpflichtung eine bestimmte Leistung aus dem übernommenen Unternehmen zu erbringen. Er muss nur so viele Schulden berichtigen, wie der Wert des übernommenen Vermögens oder Unternehmens beträgt.³⁹³

Um eine weitere Haftung abzulehnen, muss der übernehmende Unternehmer den Beweis über die Höhe der Aktiven, ihren Wert und den Umfang der bezahlten Schulden erbringen. Den Gläubiger wiederum trifft die Beweislast dafür, dass der Unternehmer entweder aufgrund besonderer Verpflichtungen oder weil er die Forderung kannte oder kennen musste, haftet. Für eine Haftung aus Schadenersatzforderungen genügt die aus der gewöhnlichen Lebenserfahrung zu schließende Annahme darüber, dass Schadenersatzforderungen bestehen könnten, nicht. Vielmehr wird zur Begründung einer Haftung nach § 1409 ABGB verlangt, dass der Übernehmer über die Grundzüge des anspruchsbegründenden Sachverhalts, der Person des Geschädigten und des Umstandes, dass Ansprüche geltend gemacht werden, Kenntnis bzw fahrlässige Unkenntnis hat. Die Beweislast liegt beim Gläubiger.³⁹⁴

Der Übernehmer haftet nur für solche Schulden, die er bei der Übernahme kannte oder kennen musste. Die Unkenntnis von Schulden macht also nicht haftungsfrei, wenn jene Sorgfalt außer Acht gelassen wird, die bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann (§ 1297 ABGB). Darüber hinaus ist bei Unternehmensübergaben eine besondere Sorgfalt (§ 1299 ABGB) gefordert. Hierbei genügt, wegen der Vernachlässigung der für den Übernehmer eines Unternehmens nötigen Sorgfalt, leichte Fahrlässigkeit zur Haftungsbegründung. Die Beweislast für die vernachlässigte

³⁹¹ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 6; mwN.

³⁹² Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 6; uHa JBl 2000, 593 = OGH 9 Ob 254/99; JBl 2002, 256 = OGH 8 Ob 51/01k.

³⁹³ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 6; mwN.

³⁹⁴ Ertl in Rummel, ABGB³, § 1409 Rz 6; mwN.

Sorgfalt trifft den Gläubiger. Ist der Übernehmer ein naher Angehöriger, sieht das Gesetz eine Beweislastumkehr vor.³⁹⁵

Vom Gesetzgeber vorgeschrieben wird die Führung von Erhebungen; welche Erkenntnisquellen dafür herangezogen werden, ist nicht festgelegt. Grundsätzlich in Frage kommen die Einsichtnahme in die Geschäftsbücher, sowie die Befragung des Veräußerers über den Stand der Passiva; dem Erwerber sind lückenlose Aufzeichnungen auszuhändigen. Auf dieser Grundlage hat eine genaue Prüfung nach bekannten Gläubigern, Art und Höhe der Schuld zu erfolgen.³⁹⁶ Bestehen keine besonderen Bedenken, darf der Übernehmer darauf vertrauen, dass der Übergeber die Wahrheit sagt. Es kann von ihm nicht verlangt werden, Quittungen über vor Jahren angeblich bezahlte Schulden vorzulegen. Sind die Aufzeichnungen unbedenklich, muss der Erwerber grundsätzlich keine Nachforschungen bei allen Lieferanten anstellen. Die Auskunft des Veräußerers allein befreit den Erwerber allerdings nicht von der Pflicht, in die Geschäftsbücher Einsicht zu nehmen. Ebenso wenig genügt eine telefonische Auskunft des Steuerberaters des Veräußerers über den Schuldenstand. Die Mangelhaftigkeit oder ein gänzlich Fehlen der Buchhaltung ist keine Entschuldigung für den Übernehmer, sich mit unvollständigen Aufzeichnungen abzufinden, sondern viel eher ein Grund zur besonderen Vorsicht. Gleiches gilt für den Fall, dass vom Veräußerer jede Auskunft verweigert wird.³⁹⁷

Aufgrund der Prämisse des Kennens oder Kennenmüssens zur Haftungs begründung nach § 1409 ABGB muss zur Haftungs begründung der Mangel an Sorgfalt kausal sein; für Schulden, die auch bei entsprechender, durch § 1299 ABGB verschärfter Sorgfalt nicht zu entdecken gewesen wären, haftet der Erwerber nicht.³⁹⁸

Da die meisten Familienunternehmen im Kreis der nahen Angehörigen übergeben werden, gilt ein besonderes Augenmerk dem Umstand der Beweislastumkehr für das Kennen oder Kennenmüssen bei nahen Angehörigen. Diese waren bis zum Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1982 in zweierlei Hinsicht schlechter gestellt als familienfremde Erwerber. Einerseits war zugunsten der Gläubiger und ihrem typischen Beweisnotstand die angesprochene Beweislastumkehr hinsichtlich des Kennens und Kennenmüssens von Schulden vorgesehen, andererseits gab es eine Schlechterstellung für nahe Angehörige, da für sie die Begrenzung der Haftung auf die übernommenen Aktiva nicht galt. Dies war nicht nur verfassungsrechtlich

³⁹⁵ Ertl in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 7.

³⁹⁶ Ertl in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 7; mwN.

³⁹⁷ Ertl in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 7; mwN.

³⁹⁸ Ertl in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 7.

bedenklich, sondern machte es aus Haftungsgründen nahen Angehörigen vielfach unmöglich ein Unternehmen zu übernehmen.³⁹⁹

2.4 Gewährleistung beim Unternehmenskauf

Nach § 923 ABGB haftet der Veräußerer bei entgeltlichen Geschäften für vereinbarte und „gewöhnlich vorausgesetzte“ Eigenschaften. Die Abgrenzung solcher gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften fällt bei einer Unternehmensveräußerung oder -verpachtung allerdings schwer. Nicht alle Mängel an Unternehmensbestandteilen stellen notwendigerweise eine Mangelhaftigkeit des Unternehmens als Erwerbsquelle dar. Gem *Binder*⁴⁰⁰ ist dann ein Unternehmensmangel gegeben, wenn nur Verlustgeschäfte erzielt werden können, die Waren unverkäuflich oder die Produktionsmittel technisch überholt und nicht mehr rentabel einsetzbar sind.

Nochmals verwiesen sei auf die gesonderte Gewährleistung im Fall einer Schenkung oder einer gemischten Schenkung. Im Unterschied zum entgeltlichen Unternehmensverkauf hat bei einer unentgeltlichen Schenkung der Zuwender nicht für Mangelfolgeschäden oder eine Gewährleistungshaftung,⁴⁰¹ bzw die Richtigkeit und Einbringlichkeit unentgeltlich abgetretener Forderungen einzustehen.⁴⁰² Im Fall einer gemischten Schenkung, die in einen unentgeltlichen und einen entgeltlichen Teil zergliedert werden kann, sind Gewährleistungsbegehren nach §§ 922 ff ABGB nur für den entgeltlichen Teil möglich.⁴⁰³

Nach § 928 ABGB haftet der Übergeber nicht für offenkundige Mängel, die in den Büchern des Unternehmens leicht erkennbar gewesen wären. Einen solchen Mangel können zB Unternehmensverluste darstellen, wenn sie bei ordnungsgemäßer Untersuchung der (vorläufigen) Steuerbilanz zutage gefördert worden wären.⁴⁰⁴ § 928 ABGB enthält neben den Gewährleistungsbestimmungen in S 2 auch die widerlegbare Vermutung, dass der Veräußerer das Objekt frei von „Schulden und Rückständen“ zu übergeben hat.⁴⁰⁵ Als solche werden beispielsweise gewertet: noch nicht beglichene Kraftfahrzeugabgaben, die vor der Verpachtung des Unternehmens

³⁹⁹ *Ertl* in *Rummel*, ABGB³, § 1409 Rz 8; mwN.

⁴⁰⁰ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 923 Rz 19; mwN.

⁴⁰¹ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 945 Rz 2.

⁴⁰² *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 945 Rz 7.

⁴⁰³ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 938 Rz 54.

⁴⁰⁴ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 928 Rz 5; mwN.

⁴⁰⁵ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 928 Rz 18.

entstandenen Krankenkassenbeiträge oder etwa öffentlich-rechtliche Lasten in Form von an Grundstücken haftenden Abgabenschulden.⁴⁰⁶

Der Umfang der Gewährleistung wird gem § 930 ABGB auch beschränkt, wenn Sachgesamtheiten, wie Unternehmen oder landwirtschaftliche Güter sie darstellen, zu einem Pauschalpreis veräußert werden. Der Tatbestand einer Veräußerung als Gesamtsache ist dann erfüllt, wenn der Umfang nur grob umgrenzt und die Beschaffenheit der Einzelobjekte nicht besonders untersucht wurden.⁴⁰⁷ Ein bedingener Einheitspreis allein führt aber noch nicht zur Unterstellung eines Veräußerungsgeschäftes nach § 930 ABGB.⁴⁰⁸ Der Veräußerer hat bei einem Pauschalwerb weder für eine bestimmte Qualität, Quantität oder ansonst gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Einzelobjekte einzustehen. Zu verantworten hat er nur die Eigenschaften, die zugesagt oder vom Erwerber ausbedungen wurden.⁴⁰⁹

Bezieht sich der Mangel bei einem Asset Deal stets auf das Unternehmen an sich, ist bei einem Share Deal zu unterscheiden, ob es sich um Mängel mit Unternehmensbezug oder um Mängel am Anteilsrecht handelt. Ein Anteilsrechtsmangel wäre etwa, dass die Einlage eines Gesellschafters nicht (voll) einbezahlt ist, unberechtigte Entnahmen – zB in Form verbotener Einlagenrückgewähr – vorgenommen wurden oder der Verkäufer rechtlich nicht in der Lage ist das Eigentum am (gesamten) Gesellschaftsanteil zu übertragen. Ein Mangel am Unternehmen bei einem Anteilskauf ist dann gegeben, wenn der Mangel sich auf den Wert des Unternehmens und damit auch auf den Wert des Gesellschaftsanteils auswirkt, da der Kaufpreis als wesentlicher gewährleistungsrechtlicher Maßstab beim Unternehmenskauf gesehen werden kann. Nicht maßgeblich ist, ob es sich um einen Mangel in der körperlichen Beschaffenheit des Anlagevermögens handelt, oder ob der Mangel in Umständen begründet liegt, die – etwa durch Beziehungen zu Dritten – den Wert oder Gebrauch des Unternehmens beeinträchtigen. Beispiele für einen Unternehmensmangel wären: der Verlust des wirtschaftlichen Werts eines Unternehmens oder dessen Goodwill, untüchtige Produktionsmaschinen, Fehlbestände in Anlage- oder Umlaufvermögen, das Fehlen wesentlicher Geschäftsunterlagen, das Nichtvorliegen von betriebsnotwendigen Bau- oder Betriebsanlagengenehmigungen oder unerwartet

⁴⁰⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 928 Rz 19 FN 67 bis 71.

⁴⁰⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 930 Rz 1.

⁴⁰⁸ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 930 Rz 2.

⁴⁰⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 930 Rz 3f.

auftauchende Kosten für Altlastenbeseitigung oder Patent- und Lizenzverletzungen durch die Produktion des Unternehmens.⁴¹⁰

Um einen Fall der Gewährleistung handelt es sich auch dann, wenn der Mangel an einem Einzelgegenstand Auswirkungen auf die Gebrauchstauglichkeit oder den Wert des Unternehmens als Ganzes hat. Die wirtschaftliche Grundlage des Unternehmens muss durch den Mangel nicht erschüttert werden.⁴¹¹

2.5 Spezifische Vertragsgestaltungen

Da die Unternehmensnachfolge im Idealfall einer längerfristigen Konzeption unterliegt, kann der Übergang des Unternehmens im Voraus geplant werden, um allen Beteiligten eine Absicherung und die damit verbundene Durchsetzbarkeit ihrer Ansprüche und Interessen zu gewährleisten und sich aufeinander abstimmen zu können, um den Unternehmensübergang mit Erfolg abzuwickeln.

o Vorkaufsrechte

Zur Nachfolgebinding selbst gibt es kaum gesetzliche Regelungen, weswegen man sich mit ihr nahe kommenden Rechtsfiguren wie Vorvertrag, Option, Vor- oder Wiederkaufsrechten oder der fideikommissarischen Substitution behelfen muss.⁴¹²

Die Regelungen über Vorkaufsrechte finden sich in den §§ 1072 bis 1079 ABGB. Das Vorkaufsrecht ist die mit einer Sache verbundene Bedingung, jemandem die Einlösung des Vorkaufsrechtes anbieten zu müssen, wenn die Sache verkauft werden soll. Dies kann einerseits im Rahmen eines Kaufvertrages als Nebenabrede passieren, ein Vorkaufsrecht kann aber auch selbständig ausbedungen werden oder eine Nebenabrede zu einem anderen Vertrag, wie Miet- oder Pachtvertrag, darstellen.⁴¹³

In Ermangelung einer Verfügung können Aufgriffsrechte bisweilen bereits aus Verpflichtungserklärungen oder einer späteren, entsprechenden Besitzanweisung abgeleitet werden. So hatte sich etwa eine Witwe in einem vertraglichen Übereinkommen mit ihrem Mann dazu verpflichtet, künftig den landwirtschaftlichen Betrieb an den Sohn des Erblassers zu übergeben. Obwohl eine derartige Verfügung ausblieb, wurde dem Sohn ein Aufgriffsrecht zugestanden.⁴¹⁴ Ähnliches wäre notfalls

⁴¹⁰ *Fritz*, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden, SWK 29/2005, 1225f.

⁴¹¹ *Fritz*, SWK 29/2005, 1228.

⁴¹² *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1072 Rz 14.

⁴¹³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 172.

⁴¹⁴ *Binder* in *Schwimmann*, ABGB IV³, § 1072 Rz 16; mwN.

sicherlich auch für den Fall eines Familienunternehmens anstelle eines landwirtschaftlichen Betriebs denkbar.

Aufgriffsrechte – wenn sie in Form von entgeltlichen „Vorkaufseinräumungen“ oder unter Beachtung der Schenkungsform (§§ 943, 956 ABGB) aufgesetzt wurden – sind auch vom Begünstigten gegenüber (unredlichen) Dritten, etwa den Erben des Verpflichteten, durchsetzbar.⁴¹⁵

Das Vorkaufsrecht ist von der fideikommissarischen Substitution nicht allein durch die Bezeichnung der Verfügung, sondern vom Inhalt des bücherlich angemerkten Rechts zu unterscheiden. Besteht für einen eingetragenen Erben die Verpflichtung das Gut zu einem späteren Zeitpunkt entgeltlich einer anderen Person zu überlassen, handelt es sich um eine fideikommissarische Substitution, die auch die Exekutionsfähigkeit des Gutes beeinflusst.⁴¹⁶

Wird jemandem ein Vorkaufsrecht eingeräumt, muss dieser Vorkaufsberechtigte bestimmt bezeichnet sein; dieses Erfordernis wäre dann nicht gegeben, würde ein Vorkaufsrecht zugunsten von „Anverwandten“ oder nicht namentlich genannten „Töchtern oder deren Kindern“ begründet.⁴¹⁷ Vorkaufsrechte können auch in Form einer letztwilligen Verfügung im Rahmen einer Erbeinsetzung oder eines Legats begründet werden und sind als solche auch verbücherungsfähig. Räumen sich mehrere Personen gegenseitig ein Vorkaufsrecht ein, etwa Ehegatten oder die Miteigentümer einer Liegenschaft, beruht dieses Vorkaufsrecht auf einem Tauschvertrag. Wird ein Vorkaufsrecht unentgeltlich eingeräumt, liegt darin trotz seiner Vermögenswerthhaftigkeit kein formbedürftiges Schenkungsversprechen, weil es sich erst um einen Akt der Vorbereitung eines Rechtsübergangs handelt.⁴¹⁸

Auch über Gesellschaftsanteile können (evt gegenseitige) Vorkaufsrechte vereinbart werden. Was die künftige Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH betrifft, bedarf diese aber der Notariatsaktsform. Somit ist auch die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts von GmbH-Geschäftsanteilen eines Notariatsakts bedürftig.⁴¹⁹

o Übergabsvertrag

Eine ähnlich tragende Rolle wie beim Familienunternehmen haben familiäre Bande und die Absicherung der Familienmitglieder nur im Bereich des Übergabsvertrags

⁴¹⁵ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1072 Rz 16.

⁴¹⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1072 Rz 17; mwN.

⁴¹⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1072 Rz 26; mwN.

⁴¹⁸ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1072 Rz 21 f; mwN.

⁴¹⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 1072 Rz 20; mwN.

von landwirtschaftlichen Betrieben. Der Übergabsvertrag des § 1286 ABGB regelt die Übergabe auf den Nachfolger eines in den Ruhestand tretenden Bauern. Mit dem Übergabsvertrag sollen aber auch die wirtschaftlich ebenfalls betroffenen Familienmitglieder des Übergebers mitberücksichtigt werden. Damit stellt der bäuerliche Übergabsvertrag einen echten Vertrag zugunsten Dritter dar. Er ist eine „verfrühte Erbfolge“ und enthält damit auch etliche familien- und erbrechtliche Komponenten. Wie im Erbrecht besteht kein Recht eines Anverwandten auf die Übertragung von Eigentum und den Abschluss eines Übergabsvertrages.⁴²⁰

2.6 Zusammenfassung: Kauf bzw Verkauf des Familienunternehmens

Der übergebende Unternehmer kann sein Familienunternehmen nicht nur im Rahmen einer unentgeltlichen Schenkung auf seinen Nachfolger übertragen, er kann es auch an seinen Nachfolger verkaufen. Handelt es sich dabei um ein Familienmitglied, kann die Kaufpreisgestaltung anders als zu marktüblichen Konditionen erfolgen. Dennoch bedarf es zur Vermeidung unerwünschter Rechtsfolgen – etwa Anfechtungen – einer gründlichen Bewertung des Familienunternehmens. Bei der Abwicklung des Unternehmensverkaufs sind neben den inhaltlichen und eventuellen Formerfordernissen auch Genehmigungsvorbehalte von Behörden oder Dritten zu beachten.

Kaufobjekt können neben dem Unternehmen als Gesamtsache auch Anteile an einem Unternehmen sein. Wird das Familienunternehmen im Rahmen eines Asset Deals übereignet, treten die Rechtsfolgen der Einzelrechtsnachfolge ein. Der Unternehmer als Zurechnungssubjekt zum Unternehmen ändert sich. Mit der Einführung des UGBs wurde der Unternehmenserwerb im Rahmen der Einzelrechtsnachfolge durch die Übernahme von unternehmensbezogenen Rechtsverhältnissen gem § 38 UGB deutlich vereinfacht. Wird das Unternehmen durch einen Share Deal übereignet, ändert sich am Zurechnungssubjekt des Unternehmens nichts, da die Gesellschaft, die das Familienunternehmen betreibt, weiterhin ident ist. Das HaRÄG 2005 hat auch die Nachhaftung ausscheidender Unternehmer bzw Gesellschafter neu geregelt und legt nun eine Enthftung des Veräußerers nach fünf Jahren fest.

⁴²⁰ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 42.

Wie bei jedem Kaufvertrag gibt es auch beim Unternehmenskauf die Regeln der Gewährleistung zu beachten, wobei die „gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften“ bei einem Unternehmen schwer zu definieren sind.

Dem Unternehmer bleibt zudem die Möglichkeit einer spezifischen Vertragsgestaltung in Form von Vorkaufs- oder Aufgriffsrechten für seinen potenziellen Nachfolger oder die Vereinbarung eines Übergabsvertrags oder einer Leibrente. Bei letzterer wird der Kaufpreis in Form einer kapitalisierten Rente an den übergebenden Unternehmer bezahlt.

3. Leibrente

Ein Familienunternehmen kann nicht nur durch Verkauf oder Schenkung an seinen neuen Eigentümer geraten, um von ihm weitergeführt zu werden – auch die Vereinbarung einer Leibrente stellt eine Option dar, das Familienunternehmen an den familieninternen oder familienfremden Nachfolger zu übereignen. Der nützliche Nebeneffekt, der dabei für den scheidenden Unternehmer entsteht, ist die regelmäßige Rente, die er als Gegenleistung für die Übergabe seines Unternehmens von seinem Nachfolger erhält.

Renten im Allgemeinen sind iSd § 530 ABGB wiederkehrende Leistungen, die auf Dauer oder auf bestimmte Zeit begründet werden, die aber nicht der Abstattung eines bestimmten Kapitals dienen. Als Reallast, die sie darstellen, müssen sie ablösbar sein. Reallastrenten, wie die Leibrente, werden zur Sicherung der Versorgung und des Unterhalts des Berechtigten begründet. Wird sie zu Unterhaltszwecken begründet, ist sie gem § 290a Abs 1 Z 11 EO nur beschränkt pfändbar.⁴²¹

Ein Sonderfall von Renten stellen Ausgedinge dar. Um den Übergeber einer meist bäuerlichen Liegenschaft und seine nahen Angehörigen auf Lebenszeit (des Übergebers oder seiner Angehörigen) zu versorgen, werden verschiedenartige Leistungspflichten rechtsgeschäftlich als Einheit vereinbart, die nicht nur aus einer Geldleistung bestehen. Inhalt eines solchen Ausgedinges ist meist der volle Unterhalt in Geld-, Natural- oder Arbeitsleistungen, sowie sonst als Pfandrechte oder Servitut behandelte Teilverpflichtungen. Darunter fallen Wohnrechte, ein Taschengeld mit Wertsicherung oder ein Fruchtgenuss. Bei Ausgedingen handelt es sich idR um

⁴²¹ Hofmann in Rummel, ABGB³, § 530 Rz 1.

höchstpersönliche Rechte, die zweckmäßiger Weise im Grundbuch eingetragen werden können.⁴²²

Die Leibrente des § 1286 ABGB charakterisiert sich als eine lebenslange Rente gegen Entgelt – in diesem Fall erhält der übergebende Unternehmer die Rente und der Rentenverpflichtete das Unternehmen. Eine Leibrente kann – wenn sie ohne Gegenleistung erfolgt – auch zum Geschenk gemacht werden, oder – wie bereits im entsprechenden Kapitel B 1.3 diskutiert – als gemischte Schenkung gestaltet werden.⁴²³ Im weitesten Sinn ist die Leibrente auch ein Glücksvertrag; ihr aleatorisches Element hängt von der Lebensdauer des Rentenberechtigten (oder eines anderen) ab. Die Höhe der Rente hängt einerseits vom Wert der Gegenleistung ab, andererseits orientiert sie sich an der mutmaßlichen Lebenserwartung des Rentenberechtigten (oder eines anderen). Primäres Ziel der Leibrente ist aber nicht – wie bei einer reinen (gemischten) Schenkung – der wertmäßige Vorteil eines Vertragspartners, sondern die Versorgung des Rentenberechtigten.⁴²⁴

Leibrentenverträge sind an keine besonderen Formvorschriften gebunden. Die Bestimmungen über den Leibrentenvertrag sind grundsätzlich dispositiv, was einen Verstoß gegen Gesetze oder die guten Sitten jedoch nicht ausschließt.⁴²⁵

Oft sind Leibrentenverträge mit anderen Vertragstypen gekoppelt oder vermischt. Im Fall der Veräußerung eines Unternehmens gegen Leibrente liegt also nicht bloß ein Leibrentenvertrag, sondern auch ein Kaufvertrag vor, wobei die Leibrente den Kaufpreis bildet. Somit ist eine solche Leibrentenvereinbarung über den Übergang eines Unternehmens nicht nur nach den Bestimmungen für Leibrentenverträge, sondern auch nach jenen des Kaufrechts zu beurteilen.⁴²⁶

Zwar bestimmt § 1284 die Leibrente als „bestimmte jährliche Entrichtung“, wesentlich ist dabei allerdings nicht die tatsächlich jährliche Entrichtung, sondern die Periodenhaftigkeit der erbrachten Leistung. Von einer periodischen Leistung klar zu unterscheiden ist eine Dauerleistung; hierzu verpflichtet die Leibrente nicht. So wäre etwa die Einräumung eines Nießbrauchs, eines Wohnungsrechtes oder die Pflicht zu einer dauernden Dienstleistung nicht Gegenstand eines Leibrentenvertrages, sondern höchstens eine zum Leibrentenvertrag hinzutretende, weitere Vereinbarung. Die Leibrente muss auch nicht notwendigerweise in Geld entrichtet werden, ebenso möglich ist eine Entrichtung in Form von Naturalien, sofern diese dem Kriterium

⁴²² Hofmann in Rummel, ABGB³, § 530 Rz 5; Krejci in Rummel, ABGB³, § 1286 Rz 7.

⁴²³ Krejci in Rummel, ABGB³, § 1286 Rz 1.

⁴²⁴ Krejci in Rummel, ABGB³, § 1286 Rz 2.

⁴²⁵ Krejci in Rummel, ABGB³, § 1286 Rz 3 f.

⁴²⁶ Krejci in Rummel, ABGB³, § 1286 Rz 5.

der Bestimmtheit genügen. Die Leibrente muss entweder ziffernmäßig bestimmt oder an sonstigen bestimmbar GröÙen orientiert sein.⁴²⁷ Ein Leibrentenvertrag, der auf erzielbare Mieterträge abstellt, enthält eine hinreichend bestimmbar GröÙe.⁴²⁸ In Analogie dazu wäre auch ein bestimmter Teil des Unternehmensgewinns als hinreichend bestimmbar anzusehen und damit als Leibrente vereinbar, da bei der Berechnung der Höhe einer Leibrente auch auf die Erträge (einer Liegenschaft) abgestellt werden kann.⁴²⁹

Wie eingangs erwähnt, bestimmt sich die Höhe der Leibrente nach dem Wert des gegebenen Kapitals und dem zu erwartenden Zeitraum, in dem die Rente zu zahlen sein wird; dh idR der Lebenserwartung des leibrentenberechtigten, übergebenden Unternehmers. Je länger dieser zu erwartende Zeitraum ist, desto niedriger werden die auf die einzelnen Perioden entfallenden Renten sein. Nicht zu vergessen ist auf die Kapitalverzinsung als Gegenleistung für das eingebüÙte Kapital des Leibrentners. Zur Berechnung der Leibrente spielt nicht nur die voraussichtliche Lebenserwartung anhand von Sterbetafeln eine Rolle, auch der konkrete Gesundheitszustand ist maßgeblich mit einzubeziehen. Grundsätzlich sind die Vertragsparteien in der Vertragsgestaltung frei. Die Vereinbarung einer Rente, deren Wert unter Zugrundelegung der wahrscheinlichen Lebensdauer aber nur ein Viertel des Wertes der dafür gegebenen Liegenschaft darstellt, wäre wucherisch und sittenwidrig. Eine solche Gestaltung im Rahmen einer gemischten Schenkung wäre unter der Voraussetzung eines diesbezüglichen Vertragswillens aber zulässig.⁴³⁰

Leibrenten laufen idR über einen längeren Zeithorizont hinweg. Zur gegenseitigen Absicherung einer adäquaten Gegenleistung empfiehlt sich eine Wertsicherung der Rente. Eine solche Wertsicherung muss separat vereinbart werden, da sie nicht von vorneherein vorgesehen ist. Ohne eine Wertsicherungsklausel im Vertrag können Leibrenten nur dann aufgewertet werden, wenn diese explizit Unterhaltscharakter haben. Eine Leibrente dient nicht automatisch dem Unterhalt des Leibrentners, sondern hängt vom Parteiwillen und den Umständen des jeweiligen Einzelfalls ab.⁴³¹ Erhält der Übergeber eines Unternehmens als Gegenleistung für sein Unternehmen eine Rente, um sich und seine Angehörigen zu versorgen, wird ein Unterhaltscharakter der Leibrente in jedem Fall anzunehmen sein und die Leibrente könnte auch ohne vereinbarte Wertsicherung aufgewertet werden.

⁴²⁷ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 8 ff.

⁴²⁸ OGH 7 Ob 514/94 = NZ 1994, 231.

⁴²⁹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 13.

⁴³⁰ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 12.

⁴³¹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 15.

Die Leibrente ist eine Solidarschuld, dh, haben mehrere Übernehmer gemeinsam gegen Leibrente ein Unternehmen übernommen, haften sie solidarisch für die Entrichtung der Leibrente.⁴³²

Die Leibrente wird auf die Lebensdauer einer bestimmten Person bezahlt; dh, sie wird bis zum Ableben desjenigen gewährt, dessen Leben die Rentendauer bestimmen soll. Der jeweilige Fälligkeitstermin der Leibrente muss erlebt werden. IdR kommt es auf die Lebensdauer des Rentenberechtigten an. § 1285 S 1 ermöglicht aber auch auf die Lebensdauer des Rentenschuldners oder eines Dritten abzustellen. Im Zweifel gilt die Lebensdauer des Rentenberechtigten als maßgeblich.⁴³³ Steht eine Leibrente mehreren zu, zB dem Übergeber und seinem Ehepartner, ist im Zweifel der Tod des Letztüberlebenden für die Rentendauer ausschlaggebend. Wird eine Leibrente anteilmäßig an die einzelnen Berechtigten ausbezahlt, soll im Zweifel der Anteil des früher Versterbenden untergehen und nicht den Überlebenden zufallen.⁴³⁴

Da es sich beim Leibrentenvertrag um einen entgeltlichen Vertrag handelt, muss für das gegebene Kapital, etwa das Unternehmen, gem § 1284 ABGB eine Gegenleistung in barem Geld oder in sonstigen vermögenswerten Sachleistungen gegeben werden. Eine tatsächliche Schätzung der Werte ist nicht gefordert, ihre Schätzbarkeit genügt. Auch wenn das Verhältnis der Werte von Leistung und Gegenleistung mehrfach eine Rolle spielt, muss bei den Vertragspartnern keine Einigkeit über den Wert der hingegebenen Sache bestehen.⁴³⁵

Die Konstruktion der Leibrente ist auch als gemischte Schenkung möglich, wenn bei den Parteien der entsprechende Wille dazu vorhanden ist und sie sich der Wertrelation bewusst sind. Fehlt dieses Bewusstsein, dass der Schätzwert der Leibrente und deren Gegenleistungswert im Zeitpunkt des Vertragsschlusses in großem Missverhältnis stehen, sodass die Leibrente teilweise als geschenkt erscheint, obwohl dies von den Vertragsparteien gar nicht gewollt war, stellt sich die Frage nach der Anfechtbarkeit des Leibrentenvertrages.⁴³⁶

Anfechtungsgründe für einen Leibrentenvertrag stellen nach allgemeinen Grundsätzen Irrtum, List und Drohung dar, sowie der Wegfall der Geschäftsgrundlage. Das Vorliegen von Wucher macht den Vertrag ebenfalls anfechtbar.⁴³⁷

⁴³² *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 17.

⁴³³ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 18 f.

⁴³⁴ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 20.

⁴³⁵ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 22.

⁴³⁶ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 25.

⁴³⁷ *Krejci in Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 26 f.

§ 1268 ABGB, die Verkürzung über die Hälfte, ist auch bei Leibrentenverträgen möglich. So etwa, wenn ein krasser Irrtum bei der Bewertung einer Liegenschaft vorliegt oder wenn bei Vertragsschluss gewiss ist, dass der Berechtigte im Zeitraum seiner möglichen Lebenserwartung weniger als die Hälfte des Werts seiner Leistung als Gegenleistung erhalten haben wird. Maßgeblich ist dabei nicht sein Alter bei Vertragsschluss. Entscheidend ist, dass er – ausgehend von seinem Alter und der aus den Einzelumständen folgenden Lebenserwartung – die Chance hat, mindestens die Hälfte des Wertes der eigenen Leistung zu erhalten.⁴³⁸

Für die Leibrente bestehen keine eigenen Regeln für die Leistungsstörung. Über eine Möglichkeit zum Rücktritt herrscht Uneinigkeit. Entweder wird der Rücktritt generell für unzulässig erklärt, nur bei ausdrücklicher Vereinbarung für zulässig erachtet, oder nur mit *ex tunc* Wirksamkeit anerkannt. Weiters existiert die Meinung, dass dem Leibrentenberechtigten der Rücktritt nach Übergabe der Liegenschaft verwehrt werden soll.⁴³⁹

Bei der Übergabe eines Unternehmens kann die Komplexität der Transaktion ergeben, dass die Vertragspartner gar nicht möchten, dass der Leibrentenvertrag rückabgewickelt wird. Der Leibrentenberechtigte möchte in den Ruhestand treten und die empfangene Leibrente uneingeschränkt nutzen können, um seinen Unterhalt zu decken und der Übernehmer des Unternehmens möchte darüber frei verfügen können und nicht damit rechnen müssen, es evt wieder herausgeben zu müssen oder unerschwinglichen Ersatz zu leisten. Die Möglichkeit eines einseitigen Rücktritts kann damit als vertraglich ausgeschlossen erachtet werden, es sei denn die Parteien vereinbaren ausdrücklich anderes. Um allerdings im Fall einer Leistungsstörung nicht übervorteilt zu werden, stehen dem Berechtigten Erfüllungs- und Ersatzansprüche zu, wenn der Leibrentenverpflichtete mit seiner Leistung in Verzug gerät.⁴⁴⁰ Offen bleibt dabei die Frage, wie der Leibrentenverpflichtete diese Ansprüche befriedigen soll, wenn er wegen der schlechten wirtschaftlichen Situation des übernommenen Unternehmens in Verzug geraten ist.

⁴³⁸ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 28.

⁴³⁹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 32; mwN.

⁴⁴⁰ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³, § 1286 Rz 37 f.

4. Unternehmenspacht

Als Zwischenschritt vor einer endgültigen Übertragung des Unternehmens kann eine Verpachtung vorgenommen werden. Das bietet dem Unternehmer die Möglichkeit zu sehen, wie sein potenzieller Nachfolger mit der Unternehmensführung zu Recht kommt. Eignet sich der Pächter, kann in einem zweiten Schritt nach Ablauf der vereinbarten Pachtzeit das Unternehmen an ihn übereignet werden; sei es nun im Weg der vorweggenommenen Erbfolge oder im Zuge eines Unternehmensverkaufs. Stets zu bedenken bleibt neben dem Vorteil der „Testphase“ für den Nachfolger jedoch, dass die endgültige Nachfolge ins Familienunternehmen damit noch nicht abschließend geregelt ist und der Übergeber so vielleicht nur den finalen Schritt aufzuschieben versucht. Dauert die Pachtzeit dem potenziellen Nachfolger zu lange, birgt dies zusätzlich die Gefahr, dass ihm die Lust an der Übernahme vergeht. Je nach Marktlage sieht der Unternehmer sich dann vielleicht gezwungen, sein Unternehmen unter Wert verkaufen oder mangels eines geeigneten Nachfolgers sogar schließen zu müssen.⁴⁴¹

Bei der Unternehmenspacht werden nicht nur die Räume an den Pächter in Bestand gegeben, sondern auch die wesentlichen Grundlagen für die Betriebsführung, wie Betriebsmittel, Warenlager, Kundenstock oder die Gewerbeberechtigung. Vereinbart wird zudem eine Betriebspflicht.⁴⁴²

Ob die Haftungsregeln für unternehmensbezogene Rechtsgeschäfte des § 38 Abs 1 UGB auch für die Pacht von Unternehmen anzuwenden ist, war im Gesetz bis zum URÄG 2008 nicht ausdrücklich geregelt. Für die Anwendung des § 38 Abs 1 UGB sprach einiges; so etwa die gleichen Interessen der Beteiligten, wie sie auch in anderen Fällen des Unternehmensübergangs vorliegen, sowie die Möglichkeit der Abweichung von der dispositiven Regelung des Paragraphen. Beachtung verdient allerdings unbedingt der Umstand, dass dem Pächter keinesfalls die unumschränkte Dispositionsmacht über das Unternehmen zukommt.⁴⁴³

Der Widerstand aus der Praxis hinsichtlich der Haftungsfolgen eines solchen ex lege Übergangs gem § 38 UGB, sowie der Umstand, dass die Interessenlage der Beteiligten bei einer Unternehmensverpachtung anders gelagert ist, als bei einem

⁴⁴¹ Klein/Vossius, Unternehmensnachfolge, 140.

⁴⁴² Krejci, Unternehmensrecht⁴, 143.

⁴⁴³ Krejci, Unternehmensrecht⁴, 143.

Unternehmenskauf, führten zur Einführung des § 38 Abs 5a UGB. Dieser stellt nun zweifelsfrei klar, dass die Unternehmensfortführung in Form von Pacht, Leihe, Fruchtnießung, das Recht des Gebrauchs und die Beendigung dieser Verträge keinen Erwerb eines Unternehmens iSd § 38 Abs 1 UGB darstellen. Anders als beim Unternehmenskauf bleiben die Eigentumsverhältnisse am Unternehmen idR unberührt, sodass der Pächter kein „Vollrecht“ am gesamten Unternehmen erwirbt, sondern gewöhnlich nur das ihm überlassene Unternehmen gebrauchen und den sachtypischen Nutzen daraus ziehen kann. Übereignet wird oftmals nur der Warenbestand. Die Dispositionsmöglichkeiten des Pächters hinsichtlich der Unternehmenssubstanz sind sohin – mangels abweichender Vereinbarung – von äußerst begrenztem Umfang.⁴⁴⁴

Mangels Eigentumsübergang ist auch nicht davon auszugehen, dass die Verpachtung eines Unternehmens einen Veräußerungsvorgang darstellt, bei dem Unternehmensbestandteile übernommen werden. Eine Übernahme aller Rechtsverhältnisse und der Haftung für Altschulden trifft daher typischerweise nicht die Erwartungshaltung und Interessenlage der Beteiligten. Ohne diesen automatischen Übergang sämtlicher unternehmensbezogener Rechtsverhältnisse bedarf die Übertragung derjenigen Verträge oder Schulden, die vom Pächter übernommen werden sollen, der Zustimmung des Dritten gem § 1405 ABGB. Forderungen können im Wege der Zession auf den Pächter übertragen werden.⁴⁴⁵

Oft sind bei kleinen und mittleren Unternehmen Unternehmens- und Privatvermögen eng miteinander verbunden. Das kann bei der vorläufigen Verpachtung des Unternehmens zu dem Problem führen, dass sich Betriebs- und Wohnräumlichkeiten des Übergebers auf der gleichen Liegenschaft befinden. Pächter und Verpächter müssen in diesem Fall eine Einigung finden, ob die betreffenden Räumlichkeiten an den Übernehmer vermietet oder mitverpachtet werden. Oder die Liegenschaft geht auf den Pächter und potenziellen Übernehmer des Unternehmens über, der Übergeber mietet die Privaträumlichkeiten für seine Wohnzwecke „zurück.“

Die Rechtsnatur der Unternehmenspacht entspricht jenem eines Bestandsvertrages. Bestandsverträge sind Konsensualverträge, die ein obligatorisches Verhältnis

⁴⁴⁴ *Debn*, Zak 2008/185.

⁴⁴⁵ *Debn*, Zak 2008/185.

zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer begründen. Durch die Übergabe der Bestandssache – dem Unternehmen oder den Betriebsgebäuden – entwickelt der Vertrag auch Drittwirkung und gewährt fortan die Privilegierung des Bestandinhabers nach § 1120 ABGB. Damit wird der Bestandnehmer gegen Eingriffe durch Dritte und gegen jede rechtswidrige Beeinträchtigung des Bestandsrechts geschützt.⁴⁴⁶

Als Konsensualvertrag kommt ein Bestandsvertrag dann zustande, wenn sich die Parteien mit Abschlusswillen über die Bestandssache und den Bestandszins als Preis für die Gebrauchsüberlassung einig sind. Wird kein Endtermin vereinbart, gilt der Vertrag als auf unbestimmte Zeit geschlossen. Die Vereinbarung eines Endtermins empfiehlt sich schon wegen der abschließenden Regelung des Unternehmensübergangs. Ein Vertragsabschluss kann auch konkludent erfolgen, wenn Sache und Preis bestimmt sind. Ein Vertragsabschluss kann auch dann konkludent erfolgen, wenn mit der Benutzung im Vertrauen auf den Erfolg der Vertragsverhandlungen begonnen wurde.⁴⁴⁷

Da es für Bestandsverträge keine zwingenden Formvorschriften gibt, ist die Abgrenzung zum Vorvertrag schwierig. Bereits die Vereinbarung unter bestimmten Voraussetzungen – etwa für den Betrieb notwendige Genehmigungen oder Qualifikationen – einen inhaltlich fixierten Bestandsvertrag schließen zu wollen, kann schon als bedingter Vertragsabschluss gesehen werden. Gleiches gilt, wenn das Bestandsverhältnis erst zu einem späteren Zeitpunkt beginnen soll. Derartige Vormiet- oder Vorpachtrechte unterliegen der *clausula rebus sic stantibus* und sind höchstpersönlich.⁴⁴⁸

Stirbt der Bestandgeber vor Ende der Vertragsdauer, bindet die Rechtswirksamkeit des Bestandsvertrages auch seine Gesamtrechtsnachfolger. Es stellt für diese keinen Rücktrittsgrund vom Vertrag dar. Ein nicht am Vertrag beteiligter Verfügungsberechtigter – etwa ein Miteigentümer am Bestandsobjekt – kann den Bestandnehmer vom Gebrauch der Sache ausschließen und auf Räumung klagen. Das Recht zur Vermietung oder Verpachtung leitet sich aus dem Benützungrecht an der Sache ab. Bei einer Rechtsgemeinschaft, wie das Miteigentum der Erbengemeinschaft sie darstellt, kommt es für ein Vermietungs- oder Verpachtungsrecht auf die Gebrauchs-

⁴⁴⁶ Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 1 f.

⁴⁴⁷ Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 3 f.

⁴⁴⁸ Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 6; mwN.

ordnung iSd § 833 ABGB an. Sie stellt eine Angelegenheit der ordentlichen Verwaltung dar.⁴⁴⁹

Die Verpachtung eines Unternehmens ist auch an eine Gesellschaft möglich. Einen dogmatischen Sonderfall bildet der Abschluss eines Bestandsvertrages mit einer Personengesellschaft als Bestandnehmerin, da diese keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt. Die ältere Rspr ist der Meinung, dass der Bestandsvertrag mit den Gesellschaftern geschlossen wird, wodurch das Erlöschen der Gesellschaft keinen Einfluss auf den Fortbestand des Bestandsverhältnisses hat. Ein ähnliches Ergebnis liefert jedoch auch die Bejahung der Gesellschaft selbst als Vertragspartner, da diese weiterbesteht, solange noch Vermögenswerte vorhanden sind.⁴⁵⁰

Mangels einer gegenteiligen Vereinbarung ist davon auszugehen, dass ein Wechsel in den Personen der Gesellschafter keinen Einfluss auf das Bestandsverhältnis haben soll, da der Vertrag mit der Gesellschaft als Vertragssubjekt geschlossen wurde.⁴⁵¹ Ist im Zuge der Verpachtung des Unternehmens auch ein späterer endgültiger Übergang geplant, wird es für den Übergeber von Interesse sein, dass sein Unternehmen von dem von ihm gewählten Nachfolger und nicht von jemand anderem, der in die Gesellschaft eingetreten ist, weitergeführt wird. Es kann daher vereinbart werden, dass das Bestandsverhältnis allenfalls bei einem Gesellschafterwechsel aufgelöst wird. Gleichzeitig stellt sich damit aber das Problem, dass der Unternehmer dann von Neuem einen Nachfolger für das Unternehmen suchen muss und in der Zwischenzeit das Unternehmen selbst weiter betreiben müsste, obwohl die Verpachtung doch gerade für den Zweck seines Rückzugs vereinbart wurde.

Bestandssache und damit Gegenstand eines Bestandsvertrages können „unverbrauchbare“ Sachen sein, dh, die Sache kann durch einen vertragsgemäßen Gebrauch nicht verbraucht werden. Sie können beweglich oder unbeweglich sein und sogar unselbständige Teile einer Sache darstellen. Der Unternehmer kann nach Schließung seines Unternehmens die Betriebsräumlichkeiten vermieten oder, da auch Gesamtsachen wie Unternehmen Gegenstand eines Bestandsvertrages sein können, sein gesamtes lebendes Unternehmen verpachten. Ebenfalls in Bestand genommen

⁴⁴⁹ Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 7ff.

⁴⁵⁰ Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 10; mwN.

⁴⁵¹ Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 10; mwN.

werden können nutzbare Rechte, wie Patent- und Urheberrechte, Gewerbeberechtigungen oder Konzessionen.⁴⁵²

Der Umfang des Bestandsobjekts richtet sich nach dem Vertrag und kann damit von der sachenrechtlichen Zuordnung abweichen, etwa wenn die Privaträumlichkeiten am Betriebsgelände weiterhin beim Bestandgeber verbleiben sollen. Bei Unternehmen gelten auch Zubehör bzw Nebenräumlichkeiten, die nach der Verkehrsauffassung zum Bestandsobjekt gehören, als mit in Bestand gegeben, selbst wenn sie im Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt werden. Duldet der Bestandgeber vorbehaltlos die Benützung nicht mitvermieteter Teile oder überlässt er diese dem Bestandnehmer ausdrücklich, kann von einer konkludenten Erweiterung des Bestandsverhältnisses ausgegangen werden. Ein zusätzliches Entgelt kann dabei außer Acht bleiben.⁴⁵³

Der Bestandgeber erhält vom Bestandnehmer für die Überlassung des Bestandsobjekts einen Bestandszins. Gewöhnlich besteht dieser Bestandszins in einer wiederkehrenden Leistung in Geld, was aber nicht zwingend vorgesehen ist. Möglich wäre ebenso eine einmalige Leistung in Geld oder einer anderen Gegenleistung, wenn feststeht, für welche Zeit sie die Überlassung der Bestandsache abgelten soll. Fehlt diese Konkretisierung, scheidet das Zustandekommen eines Bestandsvertrages an der mangelnden Bestimmtheit der Leistung. Das Abstellen auf die Lebenszeit eines Vertragspartners oder eines Dritten hindert die Zurechenbarkeit des Mietentgelts nicht. Denkbar ist auch eine neben den laufenden Entgelten vereinbarte einmalige Zahlung.⁴⁵⁴

Da eben nicht bloß Geld als Bestandszins gegeben werden kann, können auch die laufende Erhaltung und Verwaltung der Bestandsache, Naturalien oder Dienstleistungen als Gegenleistung für die Bestandgabe vereinbart werden.⁴⁵⁵ Durch das Erfordernis der Bestimmtheit des Bestandszinses muss das Entgelt zwar nicht ziffernmäßig festgesetzt werden, wohl aber muss es objektiv bestimmbar sein. Ein „hypothetischer Parteiwille“ kann das Fehlen des Bestimmtheitserfordernisses nicht heilen. Die Vereinbarung eines „angemessenen Zinses“ wäre unzureichend. Bei hinreichenden Vergleichsobjekten zulässig ist allerdings die Vereinbarung eines „ortsüblichen“ Bestandszinses. Ebenfalls möglich ist die Vereinbarung

⁴⁵² Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 13.

⁴⁵³ Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 14; mwN.

⁴⁵⁴ Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 17.

⁴⁵⁵ Würth in Rummel, ABGB³, § 1094 Rz 17.

unterschiedlich hoher Bestandszinse für verschiedene Zeiträume,⁴⁵⁶ was dem neuen Unternehmer etwa bei saisonal stark schwankenden Einnahmen entgegenkäme.

*Würtl*⁴⁵⁷ vertritt die Meinung, dass die Wertsicherung des Bestandszinses bereits in der Natur des Dauerschuldverhältnisses begründet liegt und eine ausdrückliche Vereinbarung deswegen unterbleiben kann.

Verstöße gegen gesetzliche Beschränkungen der Mietzinsbildung führen nur zur Teilnichtigkeit der Bestandszinsvereinbarung, aber nicht zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages.⁴⁵⁸

Soll, ähnlich einer Leibrente, mit dem Pachtzins der Unterhalt des Unternehmers im Ruhestand finanziert werden, ergeben sich für den Fall, dass der Unternehmenspächter mit der Fortführung des Unternehmens scheitert, Schwierigkeiten: Der Bestand gebende Unternehmer wird im Ruhestand keine Einnahmen aus dem Pachtverhältnis erzielen. Daher ist es auch in diesem Fall ratsam, sich für die Altersvorsorge nicht einzig auf diese Einnahmequelle zu stützen.

Im Zuge der bereits einleitend besprochenen Einführung des § 38 Abs 5a UGB ergibt sich mangels des automatischen Übergangs von Rechtsverhältnissen eine weitere Problematik. Dritten wird es in vielen Fällen nicht bekannt sein, dass ein Unternehmen verpachtet wurde und sich aus diesem Grund die Person des Unternehmers geändert hat oder es sich beim Unternehmerwechsel lediglich um ein Pachtverhältnis und nicht um einen Unternehmenskauf handelt. Die Regelung des § 38 Abs 5a UGB sieht daher vor, dass solange der Dritte vom Pachtverhältnis keine Kenntnis hat, er gegenüber dem neuen Unternehmer Erklärungen hinsichtlich bestehender unternehmensbezogener und nicht höchstpersönlicher Vertragsverhältnisse abgeben und seine Verbindlichkeiten erfüllen kann. Gleich der Situation einer unterbliebenen Verständigung beim Unternehmenskauf können Dritte sich aber nicht nur an den Pächter als neuen Unternehmer wenden, sondern auch an den alten Unternehmer. Ist dem Dritten hingegen die Verpachtung bekannt, greift diese Regelung nicht. Fahrlässigkeit, etwa ein „Wissen-Müssen“ vom bestehenden Pachtvertrag, schadet dem Dritten allerdings nicht.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ *Würtl* in *Rummel*, ABGB³, § 1094 Rz 18.

⁴⁵⁷ *Würtl* in *Rummel*, ABGB³, § 1094 Rz 19.

⁴⁵⁸ *Würtl* in *Rummel*, ABGB³, § 1094 Rz 20.

⁴⁵⁹ *Debn*, Zak 2008/185.

Da für Pachtverträge eine Verständigung Dritter nicht vorgesehen ist, wie es etwa bei Unternehmenskäufen in § 38 Abs 3 UGB der Fall ist, rät *Dehn*⁴⁶⁰ dazu, im Pachtvertrag zu vereinbaren, dass Dritte von der Verpachtung zu verständigen sind und von wem zu welchem Zeitpunkt diese Verständigung zu erfolgen hat. Ist eine Verständigung Dritter nicht gewünscht, können Pächter und Verpächter im Innenverhältnis eine Informationspflicht über schuldbefreiende Zahlungen oder ausgeübte Gestaltungsrechte gegenüber dem Pächter vereinbaren. Eine solche Regelung ist auch für die Zeit nach dem Ende des Bestandverhältnisses ratsam.

5. Nachfolge mittels Einbringung oder Spaltung

Va für Gesellschaften, deren Gesellschafter nicht nur Familienmitglieder, sondern auch Außenstehende sind oder die schon mehrere Generationenwechsel hinter sich gebracht haben und deswegen einen größeren Kreis an Gesellschaftern mit teilweise sehr unterschiedlichen Interessen haben, kann durch ein Pooling der Anteilsrechte der operativen Gesellschaft in einer Holding eine Zersplitterung des Unternehmens vermieden werden. Die Holding bietet sich als Lösung auch bei einer großen Zahl an Familienmitgliedern an, da Auseinandersetzungen zwischen den Mitgliedern nicht auf die operative Gesellschaft durchschlagen. Ob auch eine Beteiligung einzelner Familienmitglieder an der operativen Gesellschaft dienlich ist, ist für den Einzelfall zu beurteilen. Ein vorgesehener Nachfolger könnte durch Einarbeiten in der operativen Gesellschaft aufgebaut werden, um später mit Sonderrechten als Gesellschafter-Geschäftsführer abgesichert zu werden – auch, wenn er unmittelbar nur einen kleinen Anteil hält.⁴⁶¹

Ein weiterer Vorteil, den eine Holdinglösung bietet, ist, dass auch bei einer weiteren Aufteilung der Anteile durch eine nachfolgende Erbfolge die Zersplitterung nicht unmittelbar die operative Gesellschaft betrifft, sondern nur die Holdinggesellschaft, die die Anteile hält. Aufgrund verschiedener Interessen der unterschiedlichen Gesellschafter kann es Probleme bei den Kontrollmöglichkeiten von Minderheitsgruppen geben.⁴⁶² Ein umfassendes Einsichtsrecht auf 100 %-ige Tochter-

⁴⁶⁰ *Dehn*, Zak 2008/185.

⁴⁶¹ *Nowotny/Schwarzinger* in *Bertl*, 140.

⁴⁶² *Nowotny/Schwarzinger* in *Bertl*, 140 f.

gesellschaften muss einem Gesellschafter jedenfalls zur Wahrung seiner Interessen als Anteilsinhaber gewährt werden.⁴⁶³

Die Einbringung der operativen Gesellschaft in die Holding erfolgt nach den Regeln des UmgrStG.⁴⁶⁴

Bei allen Einbringungs- und Spaltungslösungen stellt sich das Problem, dass gem § 1409 ABGB die Gesellschaften auch für nicht übertragene Schulden haften können.⁴⁶⁵

Handelt es sich bei einer Einbringungs- oder Spaltungslösung zur Nachfolge um eine vorweggenommene Erbfolge, sind sowohl die Aufteilungsgerechtigkeit, als auch die Wahrung der Pflichtteilsansprüche zu beachten, dürfen doch Vorausverfügungen an Pflichtteilsberechtigte nicht zur Verkürzung des Pflichtteils anderer führen. An dieser Stelle ist auf die Ratsamkeit einer umfassenden Regelung in Kombination mit einem Erbverzichtsvertrag hinzuweisen; dieser Verzicht kann auch entgeltlich ausgestaltet werden. Vorsichtshalber kann dieser Verzichtvertrag so ausgestaltet werden, dass er nur dann Wirkung entfaltet, wenn bestimmte Personen die Erbschaft erhalten. So kann sichergestellt werden, dass eine vorweg geplante Nachfolgeregelung nicht durch eine anders lautende letztwillige Verfügung umgestoßen wird.⁴⁶⁶

Nähere Details zu den Gestaltungsmöglichkeiten einer vorweggenommenen Erbfolge und Erb- und Pflichtteilsverzichten finden sich im Kapitel C Punkt 2.4.

6. Stiftungslösung

Nur kurz angesprochen werden soll die Absicherung der Nachfolge und der restlichen Familienmitglieder in Form einer Privatstiftung. Prinzipiell lassen die Regelungen des Privatstiftungsgesetzes große Freiheiten in der Ausgestaltung zu. Die Stiftung nimmt bei einer Zustiftung von Todes wegen die Rolle eines Erben oder Legatars ein. Das Vermögen des Unternehmers samt dem Familienunternehmen geht auf die Stiftung über. Die Leitung des Unternehmens wird bei dieser Konstruktion bereits regelmäßig durch ein Fremdmanagement besorgt oder geht mangels eines geeigneten Nachfolgers im Familienkreis mit dem Rücktritt des Unternehmers auf familienfremde Geschäftsführer über.

⁴⁶³ OGH 6 Ob 18/91 = RdW 1992, 173.

⁴⁶⁴ *Nowotny/Schwarzinger* in *Bertl*, 141.

⁴⁶⁵ *Nowotny/Schwarzinger* in *Bertl*, 144.

⁴⁶⁶ *Nowotny/Schwarzinger* in *Bertl*, 144.

Die Stiftung kann auch bereits unter Lebenden eingerichtet werden und erhält im Wege einer letztwillig verfügten Zustiftung das Vermögen übertragen. Im Fall einer letztwilligen Zustiftung ist der zu stiftende Gesellschaftsanteil zunächst Teil des Nachlassvermögens, woraus sich verschiedene Probleme ergeben,⁴⁶⁷ so etwa im Zusammenhang mit der Verkürzung von Pflichtteilsansprüchen oder Anrechnungsproblematiken.

Bei der Verwaltung des Vermögens ist zu beachten, dass aus der Stiftung Begünstigte und deren Angehörige nicht im Stiftungsvorstand vertreten sein dürfen. Auch im Fall eines Aufsichtsrates dürfen diese nur maximal die Hälfte der Mitglieder stellen, um eine dominierende Einflussnahme der Begünstigten auf die Geschäftsführung der Privatstiftung zu verhindern.⁴⁶⁸

Handelt es sich bei der Privatstiftung um eine Unternehmensträgerstiftung, ist zu überlegen, die Nachkommen zumindest mit einem kleinen Anteil direkt am Unternehmen zu beteiligen, um ihre Einflussrechte über gesellschaftsrechtliche Vorschriften gegenüber der Privatstiftungsverwaltung abzusichern. Mittels Syndikatsverträgen können gezielt bestimmte Einflussrechte vorgegeben werden.⁴⁶⁹

Wird die Stiftung Eigentümerin des Familienunternehmens, ist darauf zu achten, dass diese nicht die Geschäftsführung übernimmt. Der Zweck der Stiftung sollte viel eher die Nutzung und Verwaltung des Vermögens sein, wohingegen das unternehmerische Handeln weiterhin im operativen Unternehmen geschehen soll.⁴⁷⁰

Bei der Entscheidung für eine Stiftungslösung zu beachten sind die Beschränkung der Widerrufsmöglichkeit oder die freie Änderungsmöglichkeit der Erklärung des Stifters. So kann es zweckmäßig sein, bereits vorhandene Nachkommen als Mitstifter fungieren zu lassen, um ihnen die Möglichkeit zu geben, in den Genuss derartiger Stiftungsrechte zu kommen.⁴⁷¹

Werden nicht alle Pflichtteilsberechtigten im Verhältnis zu ihrer Quote in die Stellung eines durch die Stiftung Begünstigten gerückt, kann sich das Problem ergeben, dass diese nicht Begünstigten in ihren Pflichtteilsansprüchen verkürzt würden. Liegen zwischen dem Erbanfall und einer Schenkung an nicht pflichtteilsberechtigte natürliche oder juristische Personen mehr als zwei Jahre, ist die Schenkung nicht für eine Schenkungsanrechnung heranzuziehen.⁴⁷²

⁴⁶⁷ Nowotny/Schwarzinger in Bertl, 147.

⁴⁶⁸ Nowotny/Schwarzinger in Bertl, 147 f.

⁴⁶⁹ Nowotny/Schwarzinger in Bertl, 148.

⁴⁷⁰ Zimmer/Spängler, Governance Kodex für Familienunternehmen, Aufsichtsrat aktuell 6/2007, 20.

⁴⁷¹ Nowotny/Schwarzinger in Bertl, 148.

⁴⁷² Nowotny/Schwarzinger in Bertl, 148 f.

Bei der Berechnung der Pflichtteilshöhe wird die Gründung einer Stiftung wie eine Schenkung behandelt, weil der Stifter sein Vermögen an einen Dritten, die Stiftung, übertragen hat, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Liegen zwischen der Gründung der Privatstiftung und dem Tod des Erblassers weniger als zwei Jahre, ist das gestiftete Vermögen wie bei einer Schenkungsanrechnung zum Vermögen des Stifters hinzuzurechnen und davon die Pflichtteilshöhe zu ermitteln. Liegt die Zustiftung indessen länger als zwei Jahre zurück, wäre sie für die Pflichtteilsberechnung idR irrelevant. Einzige Ausnahme bietet der Umstand, dass der Stifter sich zu Lebzeiten den Widerruf der Stiftung vorbehalten hat und damit seine Vermögensübertragung wieder rückgängig machen kann. Eine vollständige Schenkung liegt nämlich erst dann vor, wenn der Vermögensübergang endgültig ist. Dies ist bei einem Widerrufsvorbehalt nicht der Fall. Die Zustiftung wird erst durch den Tod des Stifters zu einer „vollständigen“, weil nicht mehr widerrufbaren, Schenkung. Ein Widerrufsvorbehalt führt im Ergebnis also dazu, dass das an die Privatstiftung zugestiftete Vermögen bei der Berechnung der Pflichtteilsansprüche immer zu berücksichtigen ist.⁴⁷³

Im Zuge der Abschaffung der Erbschafts- und Schenkungssteuer mit 1.8.2008 neu geschaffen wurde die Stiftungseingangssteuer. Diese ist für Zuwendungen an Stiftungen als Eingangsbesteuerung in der Höhe von 5 % vom gestifteten Vermögenswert zu leisten. Zusätzlich werden bei Liegenschaften noch 3,5 % GrESt fällig. Im Gegenzug dafür sind alle Substanzausschüttungen von Vermögen, das nach dem 31.7.2008 eingebracht wurde, steuerfrei. Ab 1.8.2008 muss jede Privatstiftung zudem ein Evidenzkonto führen, indem alle steuerlich maßgebenden Vermögenswerte aufgezählt sind, um eine Abgrenzung zwischen „neuem“ steuerfreien und „altem“ KESt-pflichtigem Vermögen treffen zu können.⁴⁷⁴

7. Zusammenfassung: Unternehmensnachfolge unter Lebenden

Für die Unternehmensnachfolge zu Lebzeiten des übergebenden Unternehmers stehen ihm verschiedene Wege offen. Einerseits kann er das Familienunternehmen an seinen Nachfolger unentgeltlich mittels Schenkung übertragen, er kann sich aber

⁴⁷³ Gruber, Gründung einer Privatstiftung – Auswirkungen auf den Pflichtteil, Aufsichtsrat aktuell, 1/2008, 27.

⁴⁷⁴ Müller/Saurer, JEV 2008, 58.

auch zu einem Verkauf des Unternehmens an einen geeigneten Nachfolger aus dem Familienkreis entscheiden oder mangels eines solchen das Familienunternehmen an eine familienfremde Person verkaufen. Er kann das Unternehmen in Form eines Leibrentenvertrages weitergeben oder den potenziellen Nachfolger auf seine Eignung das Familienunternehmen weiterzuführen prüfen, indem er es ihm vorerst nur zur Pacht überlässt. Ebenso kann eine Lösung im Bereich des Gesellschaftsrechts gesucht werden, indem das Unternehmen in ein anderes Unternehmen oder eine Holding eingebracht wird oder Mitgesellschafter bzw der Nachfolger die Anteile des Übergebers übernehmen. Gibt es keinen oder mehrere potenzielle Nachfolger, kann der Unternehmer das Familienunternehmen auch in eine Stiftung einbringen, um so nicht nur seine Angehörigen zu versorgen, sondern auch das Familienunternehmen weiterhin betreiben zu lassen.

Die Ausgestaltung der Schenkung, ebenso wie die des Unternehmenskaufs lassen dem scheidenden Unternehmer eine große Spannweite an individuell abgestimmten Lösungen. Mittels einer gemischten Schenkung bzw eines Freundschaftskaufs kann der Kaufpreis an die Nahebeziehung von Übergeber und Übernehmer angepasst werden. Zusätzlich steht dem Übergeber offen, sich einen Fruchtgenuss vorzubehalten oder mittels einer Rente bzw durch den Pachtzins seinen Lebensunterhalt im Ruhestand zu sichern.

Einen ruhigen Lebensabend garantieren dem Übergeber auch die Normen über seine Haftung nach Ausscheiden aus dem Unternehmen, sowie die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt bei der Vertragsausgestaltung für die Übereignung des Familienunternehmens. Sorgt der scheidende Unternehmer zudem für einen Interessensausgleich zwischen seinen Nachkommen, indem er eine „faire“ und für alle Familienmitglieder tragbare Aufteilung des Vermögens vornimmt und gegebenenfalls für Leistungen an seine Nachkommen Erb(Pflicht-)teilsverzichte einholt, braucht er sich auch keine Sorgen über Unfrieden in der Familie nach seinem Ableben zu machen.

C UNTERNEHMENSNACHFOLGE VON TODES WEGEN

Da in vielen Fällen das Hauptvermögen eines Unternehmers in seinem Unternehmen liegt, ist es gar nicht möglich eine letztwillige Verfügung zu treffen, ohne das Familienunternehmen zu berücksichtigen. IdR sind dabei nicht nur Erben, sondern auch (andere) Pflichtteilsberechtigte miteinzubeziehen.⁴⁷⁵

Ebenso wie der Unternehmer als Zurechnungssubjekt zum Unternehmen im Wege der Einzelrechtsnachfolge – etwa bei einem Asset Deal – wechseln kann, so kann dieser Wechsel des Zurechnungssubjekts auch im Wege der Universalsukzession im Erbgang oder im Zuge gesellschaftsrechtlicher Vorgänge stattfinden. Damit gehen alle zum Unternehmen gehörigen Rechtspositionen auf den Universalsukzessor über.⁴⁷⁶ Dadurch gehen auch alle Rechtsverhältnisse und die Haftung für Verbindlichkeiten des Nachlasses automatisch auf den Erben über (§ 40 Abs 1 UGB). Das Kriterium der Firmenfortführung spielt, im Gegensatz zur Rechtslage vor dem HaRÄG 2005, in der aktuellen Rechtslage – ebenso wie im § 38 UGB – keine Rolle mehr.⁴⁷⁷

Wie bereits im einleitenden Kapitel besprochen, sollte sich der Unternehmer in seiner Planung über die Unternehmensübergabe an die nächste Generation nicht alleine auf einen Übergang von Todes wegen verlassen.⁴⁷⁸ Zu bedenken ist auch, dass zu Lebzeiten getroffene Verfügungen Konsequenzen für die Vermögensnachfolge von Todes wegen haben, etwa indem Schenkungen oder Vorempfänge auf den Erb- oder Pflichtteil angerechnet werden können.

Die Abschaffung der Erbschafts- und Schenkungssteuer hat dazu geführt, dass das Vermögen ebenso lebzeitig wie von Todes wegen steuerfrei an Familienmitglieder, aber auch an familienfremde Personen weitergegeben werden kann.⁴⁷⁹

Im Folgenden soll einleitend erläutert werden, welche Möglichkeiten es für den Übergang des Vermögens des Unternehmers von Todes wegen gibt. Zu unterscheiden ist zwischen einem gewillkürten Übergang, der vorweg vom Unternehmer als Erblasser geregelt wird und einem Übergang im Zuge der gesetzlichen Erbfolge, die für jene Fälle relevant ist, in denen der Unternehmer als

⁴⁷⁵ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 1.

⁴⁷⁶ *Krejci* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 49.

⁴⁷⁷ *Weigand* in *Krejci/Dehn*, Das neue UGB, 73.

⁴⁷⁸ *Binder*, SKW 2007, 765.

⁴⁷⁹ *Müller/Saurer*, JEV 2008, 58.

Erblasser keine lebzeitigen Verfügungen über die (vollständige) Aufteilung seines Vermögens im Todesfall getroffen hat.

Im Erbrecht ist im Zusammenhang mit der Nachfolge ins Familienunternehmen der starke Familienbezug nicht nur durch die Erhaltung des Unternehmens im Kreis der Familie gegeben, sondern auch schon durch die Prinzipien der gesetzlichen Erbfolge und des Pflichtteilsrechts.

Vorweg einige allgemeine Bemerkungen zu den Grundsätzen des Erbrechts: Verstirbt eine Person, hinterlässt sie meist materielle Güter und Verbindlichkeiten. Die Nachfolge in diese Aktiven und Passiven regelt das Erbrecht, das den Übergang des Vermögens eines Verstorbenen, dem Erblasser, auf lebende Personen ermöglicht. Das Erbrecht im objektiven Sinn ist die Summe der Normen, die das Schicksal eines Nachlasses regeln. Im subjektiven Sinn bedeutet es die Befugnis, den Nachlass oder einen Teil davon in Besitz zu nehmen. Es ist ein absolutes, gegen jeden durchsetzbares Erwerbsrecht iSd § 523 ABGB und entsteht mit dem Tod des Erblassers. Das Erbrecht ist veräußerlich und vererblich.⁴⁸⁰

Der zum Erwerb berechtigte Erbe wird Universalsukzessor, wodurch er in alle Rechte und Pflichten des Erblassers eintritt, die mit dem von ihm übernommenen Teil des Nachlasses zusammenhängen. Vom Erben zu unterscheiden ist der Legatar oder Vermächtnisnehmer, der nur einzelne Sachen vom Erblasser zugewendet bekommt und dessen Anspruch nicht absoluter, sondern schuldrechtlicher Natur ist. Er wird nur Singularsukzessor; sein Titel richtet sich lediglich auf den Erwerb von Sachen, die ihm durch einen besondern Modus übertragen werden. Ebenso schuldrechtlicher Natur, dh in Form einer Forderung gegen den Nachlass oder Erben, sind die Ansprüche von Pflichtteilsberechtigten.⁴⁸¹

Das Erbrecht ermöglicht die Weitergabe von Vermögen von Todes wegen. Dadurch können nicht nur bedürftige Angehörige versorgt werden, es dient auch der Vermehrung von Vermögen, va in der Hand einer Familie. Das Wissen um den Erhalt des Vermögens setzt zudem volkswirtschaftlich gesehen einen Anreiz zur Produktivität.⁴⁸²

Das österreichische Erbrecht verfolgt va drei Prinzipien. Zum einen jenes der Familienerbfolge, nach dem der Nachlass der Familie, dh Verwandten und hierbei va

⁴⁸⁰ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 441.

⁴⁸¹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 442.

⁴⁸² *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 442 f.

Kindern und dem Ehegatten des Erblassers, zufallen soll und das besonders durch Abstammung, Zusammenleben und oft auch gemeinsames Wirtschaften und gemeinsamer Vermögensvermehrung begründet ist. Zum anderen ist das Prinzip der Testierfreiheit wesentlich, da es dem Erblasser erlaubt, auch von Todes wegen über sein Vermögen zu verfügen und zu bestimmen an wen es gelangen soll. Hat der Erblasser nichts verfügt, tritt die am Prinzip der Familienerbfolge orientierte gesetzliche Erbfolge ein. Einen Kompromiss zwischen den beiden erstgenannten Prinzipien bildet das Pflichtteilsrecht. Stirbt der Erblasser ohne eine Verfügung zu hinterlassen, fällt der Nachlass im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge ohnehin an seine Familienangehörigen. Errichtet der Erblasser einen letzten Willen, muss er zumindest einen Teil seines Vermögens seinen nächsten Angehörigen zukommen lassen. Tut er dies nicht, erhalten sie kraft des Pflichtteilsrechts einen Bruchteil (die Hälfte bzw ein Drittel) dessen, was sie kraft gesetzlicher Erbfolge erhalten hätten, um so einen Ausgleich zu schaffen. Dieser Pflichtteil kann nur aus bestimmten, schwerwiegenden Gründen entzogen werden.⁴⁸³

Das Erbrecht entsteht erst mit dem Tod des Erblassers. Davor haben auch Personen, die auf eine Erbschaft hoffen können, etwa, weil sie in den Kreis der gesetzlichen Erben fallen, kein Erbrecht. Sie haben maximal eine „Erbaussicht“, die jedoch vom Erblasser bis zuletzt vernichtet werden kann, da der letzte Wille jederzeit abänderbar ist und erst beim Tod des Erblassers wirksam wird. Als Konsequenz daraus sind Rechtsgeschäfte über eine bloß erhoffte Erbschaft gem § 879 Abs 2 Z 3 ABGB nichtig.⁴⁸⁴

Der Erwerb einer Erbschaft erfolgt schrittweise und beginnt mit dem Erbanfall durch den Tod des Erblassers oder den Eintritt einer Bedingung bei einer suspensiv bedingten Einsetzung. Damit ihm die Erbschaft anfallen kann, muss der Erbe gültig berufen sein, beim Anfall noch leben und erbfähig sein. Dem Erbanfall folgt die Verlassenschaftsabhandlung, da ein Erbe sich nicht eigenmächtig in den Besitz der Erbschaft setzen darf. Mit einer Erbantrittserklärung oder einer Entschlagung entscheidet sich der Erbe, ob er die Erbschaft antreten will oder nicht. Nimmt er die Erbschaft an, erfolgt die Einantwortung und das Vermögen des Verstorbenen geht im Wege der Universalsukzession in das Eigentum des Erben über.⁴⁸⁵

⁴⁸³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 443 f.

⁴⁸⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 444 f.

⁴⁸⁵ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 445.

In den Nachlass übergehen können vermögenswerte Rechte und Pflichten, soweit sie vererblich sind. Öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten gehen regelmäßig mit dem Tod der Person unter, an die sie gebunden sind. Darunter fallen etwa das Wahlrecht, akademische Grade und Auszeichnungen oder die Berechtigung einen Beruf auszuüben. Die GewO kennt in den §§ 8 und 41 ff GewO jedoch eine Ausnahme für gewerbliche Betriebe, durch die das öffentliche Recht einer Gewerbeberechtigung übergehen kann. Der überlebende Ehegatte oder Kinder des Erblassers bis zum vollendeten 24. Lebensjahr, sowie Erben, die mehr als die Hälfte des Gewerbebetriebes übernehmen, können den ererbten Betrieb fortführen.⁴⁸⁶

Zu den vererblichen Rechten und Pflichten gehören *va* dingliche Rechte, Besitz, Forderungen und Verbindlichkeiten, aber auch Urheberrechte gem § 23 UrhG und zum Teil auch Rechtsstellungen aus Dauerschuldverhältnissen. So sind Bestandrechte gem § 1116a ABGB vererblich.⁴⁸⁷ Vererblich sind außerdem die gesetzlichen Unterhaltsansprüche der Kinder; die Pflicht der Eltern gegenüber den Kindern auf Unterhalt geht bis zum Wert der Verlassenschaft auf die Erben über. Ebenso vererbt werden Schadenersatzansprüche, Ansprüche aus Dienstverhältnissen und Ansprüche aus Privatversicherungsverhältnissen.⁴⁸⁸

Unvererblich sind indessen Veräußerungs- und Belastungsverbote, Wiederkaufs-, Rückkaufs- und Vorkaufsrechte und *iZw* auch persönliche Dienstbarkeiten. Auftrag und Vollmacht erlöschen – wenn nicht anders vereinbart – mit dem Tod des Machtgebers oder Machthabers, aufrecht bleiben allerdings die Prokura (§ 52 Abs 3 UGB) und die Prozessvollmacht (§ 35 Abs 1 ZPO).⁴⁸⁹

Bezüglich Details der gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen beim Tod eines Gesellschafters ist auf das Kapitel Erbrecht und Gesellschaftsrecht zu verweisen. Gem § 1207 ABGB ist die Stellung als Gesellschafter einer GesbR nicht vererblich, wenn kein Handelsgeschäft betrieben wird oder im Gesellschaftsvertrag anderes vereinbart wurde. Ebenso als vererblich vereinbart werden können die Anteile einer OG oder KG, um so die Auflösung der Gesellschaft zu verhindern. Die stille Gesellschaft endet mit dem Tod des Geschäftsinhabers, nicht jedoch mit dem des stillen Gesellschafters – andere Vereinbarungen sind allerdings zulässig (§ 184 Abs 2 UGB). Anteile an einer AG oder GmbH sind vererblich.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 445 f.

⁴⁸⁷ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 446 f.

⁴⁸⁸ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 448 f.

⁴⁸⁹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 447.

⁴⁹⁰ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 450 ff.

○ **Berufung**

Wie bereits eingangs angedeutet, muss man, um überhaupt an den Nachlass zu gelangen, dazu berufen sein. Dafür braucht es das Vorhandensein eines Titels als Berufungsgrund. Zudem muss der Erbe den Anfall erleben und erbfähig sein. Ist das Erbrecht einem Erben erst einmal gültig angefallen, kann dieser es auch weitervererben. Hat jemand vorweg gültig auf das Erbrecht verzichtet, fällt ihm das Erbrecht erst gar nicht an.⁴⁹¹

Das österreichische Recht kennt drei Berufungsgründe: das Testament, den Erbvertrag und das Gesetz. Testament und Erbvertrag beruhen auf dem Willen des Erblassers und geben diesem die Freiheit der rechtsgeschäftlichen Gestaltung darüber, was mit seinem Eigentum nach seinem Tod passieren soll. Hat der Erblasser keine letztwillige Verfügung getroffen, greift das Gesetz als Berufungsgrund und der Nachlass wird nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge aufgeteilt. Die gesetzliche Erbfolge ist nachgiebiges Recht, Vorrang haben letztwillige Verfügungen des Erblassers. Zudem können mehrere Berufungsgründe nebeneinander bestehen. Hat der Erblasser nur über einen Teil seines Vermögens letztwillig verfügt und den restlichen Teil „frei gelassen“, tritt neben die testamentarische auch die gesetzliche Erbfolge für den freien Teil.⁴⁹²

Um an sein Erbrecht zu gelangen, muss der Erbe den Zeitpunkt des Erbanfalls erleben. Dieser Zeitpunkt des Erbanfalls fällt idR mit dem Tod des Erblassers zusammen, außer dem Erbrecht ist eine aufschiebende Bedingung beigefügt. Dann fällt der Erbanfall auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts. Eine Ausnahme des Erfordernisses des Erlebens bilden Ungeborene. Dem bereits gezeugten Ungeborenen fällt sein Erbrecht gem § 22 ABGB unter der Bedingung seiner Lebendgeburt an. Bis zur Geburt ist mit der Verlassenschaftsabhandlung zuzuwarten. Die Berufung ungeborener Personen ist nur im Rahmen der Nacherbschaft möglich. Soll eine juristische Person zum Erben berufen werden, muss diese beim Erbfall existent sein. Auch die Bedenkung einer noch nicht existenten juristischen Person wäre in Analogie zu § 22 ABGB möglich.⁴⁹³ Dieser Umstand wäre *va* dann relevant, wenn der Nachlass an eine noch zu gründende Privatstiftung oder an mehrere Nachfolger gehen soll, die zum Fortbetrieb des Familienunternehmens eine Gesellschaft gründen werden.

⁴⁹¹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 453.

⁴⁹² *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 453 f.

⁴⁹³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 454.

Um ein Erbrecht erwerben zu können, muss die betreffende Person außerdem zum Zeitpunkt des Erbfalls erbfähig sein. Sie ist dies nicht, wenn sie erbunfähig oder erbunwürdig sind. Erbunwürdigkeit tritt va bei schweren Verfehlungen gegen den Erblasser oder einem Angriff gegen seinen letzten Willen ein. Auch die Inkapazität, wie Ehebruch und Blutschande, die im letzten Willen des Erblassers festgehalten wird, hindert die Erbfähigkeit.⁴⁹⁴

1. Gesetzliche Erbfolge

Die gesetzliche Erbfolge tritt dann ein, wenn der Erblasser keinen Erbvertrag und kein Testament hinterlassen hat, wenn seine letztwilligen Verfügungen sich nicht auf den gesamten Nachlass beziehen, wenn sie ungültig sind oder wenn gültig berufene Erben die Erbschaft nicht erlangen. Die gesetzliche Erbfolge bestimmt genau, welche Personen den Nachlass erhalten sollen und welcher Anteil diesen Personen zusteht. Sie ist aber der testamentarischen und erbvertraglichen Berufung nachrangig. Gesetzlich, testamentarisch und erbvertraglich berufene Personen können gem § 534 ABGB nebeneinander erben.⁴⁹⁵

Die gesetzliche Erbfolge bestimmt, dass die nächsten Angehörigen, nämlich die Verwandten und der Ehegatte des Erblassers den Nachlass erhalten sollen. Um gesetzlicher Erbe werden zu können, muss die Abstammung vom Erblasser festgestellt sein. Eheliche und uneheliche Kinder sind in ihrem Erbrecht gleichgestellt.⁴⁹⁶

Durch das gesetzliche Erbrecht gelangt das Vermögen des Erblassers idR zwar an seine nahen Angehörigen, für einen geregelten und in Folge auch geglückten Unternehmensübergang empfiehlt sich die gesetzliche Erbfolge jedoch nicht. Zu groß ist die Gefahr, dass das Unternehmen zersplittert wird oder an zu viele Nachfolger mit zu unterschiedlichen Interessen geht, wodurch es aufgrund von Macht- und Interessenskonflikten Schaden nehmen kann.

In Folge des automatischen Eintritts der gesetzlichen Erbfolge bei fehlenden letztwilligen Verfügungen soll die gesetzliche Erbfolge dennoch besprochen werden.

⁴⁹⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 456 ff.

⁴⁹⁵ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 465.

⁴⁹⁶ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 465.

Das gesetzliche Erbrecht gliedert sich nach Parentelen (§§ 730 ff ABGB). Eine Parentel wird von einem Stammhaupt bzw einem Stammelternpaar und deren Nachkommen gebildet, man spricht hierbei auch von einer Linie. Nur innerhalb einer Parentel hat der Verwandtschaftsgrad zum Erblasser Bedeutung; dh, ein Verwandter schließt seine Abkömmlinge vom Erbrecht aus.⁴⁹⁷

○ **Die erste Parentel**

Die erste Parentel bilden die Abkömmlinge (Deszendenten) des Erblassers, dh seine Kinder und Kindeskinde. Sind beim Erbfall noch alle Kinder des Erblassers am Leben und erbfähig, wird die Erbschaft unter ihnen nach Köpfen geteilt. Fällt einem der Kinder das Erbrecht nicht an, wird es von seinen Nachkommen repräsentiert, die dann seinen Anteil bekommen.⁴⁹⁸

Dieses Repräsentationsrecht gibt es nur innerhalb der ersten drei Parentelen. Es ist das Recht eines Erbprätendenten an Stelle seines nicht erbenden Vorfahren dessen Anteil zu erben. Ein Eintrittsrecht gibt es nur innerhalb einer Linie und Aszendenten können nur durch Deszendenten ersetzt werden, nicht aber umgekehrt. Mehrere Eintrittsberechtigte erben gemeinsam, was ihrem Vorfahren zugefallen wäre, wodurch es zur Bildung von Stämmen kommt. Ein Stamm erhält jeweils einen Kopfteil, der innerhalb des Stammes wiederum nach Köpfen aufgeteilt wird. Für den Fall, dass ein Stamm keine Repräsentanten hat, wächst der frei werdende Anteil den anderen Stämmen an.⁴⁹⁹

○ **Die zweite Parentel**

Sie besteht aus den Eltern des Erblassers und ihren Nachkommen. Diese Linie gelangt nur dann an ihr gesetzliches Erbrecht, wenn niemand aus der ersten Parentel Erbe wird. Ein vorverstorbenen Elternteil wird wiederum von seinen Nachkommen repräsentiert. Auch hier erben die Deszendenten wieder nach Stämmen. Hat der verstorbene Elternteil keine Nachkommen, fällt sein Teil an den überlebenden Elternteil.⁵⁰⁰

○ **Die dritte Parentel**

Ist auch die zweite Parentel erschöpft, fällt der Nachlass an die dritte Linie. Sie besteht aus den beiden Großelternpaaren des Erblassers und ihren Nachkommen. Jeder Großelternanteil erhält ein Viertel, ist ein Großelternanteil vorverstorben, fällt sein

⁴⁹⁷ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 466.

⁴⁹⁸ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 466.

⁴⁹⁹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 467 f.

⁵⁰⁰ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 468.

Anteil an seine Deszendenten bzw in deren Ermangelung an den mit ihm verbundenen Großelternanteil.⁵⁰¹

o **Die vierte Parentel**

Sie besteht aus den Urgroßeltern des Erblassers, die nur dann erben, wenn auch die dritte Parentel nicht zum Zug kommt. In der vierten Linie gibt es keine Repräsentation.⁵⁰²

Die erbrechtlichen Konsequenzen einer Adoption (§ 182 ABGB) wirken nur zwischen dem Annehmenden und seinen Nachkommen einerseits und dem Wahlkind und seinen minderjährigen Nachkommen andererseits wie bei einer tatsächlichen Abstammung. Den anderen Verwandten gegenüber entsteht indessen kein Erbrecht. Zusätzlich bleibt das Erbrecht des Wahlkindes im Verhältnis zu seinen leiblichen Verwandten gem § 182 b Abs 1 ABGB aufrecht.⁵⁰³

o **Das Ehegattenerbrecht**

Nicht nur die Kinder des Erblassers haben ein gesetzliches Erbrecht. Während aufrechter Ehe hat auch der Ehegatte ein gesetzliches Erbrecht zum Erblasser. Der Umfang dieses Erbrechts ist gem § 757 ABGB davon abhängig, mit welchen Verwandten der Ehegatte konkurriert. Somit herrscht ein wechselseitiger Einfluss auf die Größe der Erbportion des Ehegatten und der Verwandten. Neben der ersten Linie (Deszendenten) erhält der Ehegatte ein Drittel des Nachlasses. Konkurriert der Ehegatte mit der zweiten oder dritten Linie (Eltern und Großeltern des Erblassers und deren Nachkommen), erhält er zwei Drittel des Nachlasses. Hinterlässt der Ehegatte weder Deszendenten, Eltern, Geschwister oder Großeltern erhält der Ehegatte den gesamten Nachlass.⁵⁰⁴

Dem Ehegatten steht gem § 758 ABGB außerdem das gesetzliche Vorausvermächtnis zu, das ihm vom Erblasser nur durch eine rechtmäßige Enterbung entzogen werden kann. Das gesetzliche Vorausvermächtnis geht allen anderen Vermächtnissen, Pflichtteilsansprüchen und Unterhaltsansprüchen vor. Es umfasst die zum ehelichen Haushalt gehörenden beweglichen Sachen und das Recht in der Ehwohnung weiterhin wohnen zu bleiben. Dieses Wohnrecht bezieht sich nur auf eine Wohnung, in der die Ehegatten beim Tod des Erblassers gewohnt haben und

⁵⁰¹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 468 f.

⁵⁰² *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 469.

⁵⁰³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 469 f.

⁵⁰⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 470 f.

besteht nur dann, wenn der Ehegatte nicht auf andere Weise ein gleichartiges Recht erwirbt. Dieses Recht ist bedarfsunabhängig und erlischt nicht bei Wieder-
verheiratung.⁵⁰⁵

Daneben hat der Ehegatte, solange er sich nicht wieder verehelicht, gegen die Erben einen Anspruch auf Unterhalt wie bei bestehender Ehe. Dabei ist jedoch alles einzurechnen, was der Ehegatte durch vertragliche oder letztwillige Zuwendung vom Erblasser erhalten hat. Der Anspruch richtet sich auf eine Geldrente und besteht nur bis zum Wert der Verlassenschaft.⁵⁰⁶

Im Zusammenhang mit dem Ehegattenerbrecht ist auch gleich auf den bei der gewillkürten Erbfolge näher erläuterten Erbvertrag zu verweisen.

2. Gewillkürte Erbfolge

2.1 Rechtsgeschäfte von Todes wegen

Bis zu den Grenzen, die ihm das Pflichtteilsrecht der §§ 762 ff ABGB setzt, ist der Erblasser in seinem Willen, Verfügungen über sein Vermögen zu treffen, frei. Mittels Rechtsgeschäften von Todes wegen kann er die gesetzliche Erbfolge abändern. Diese so genannte Testierfreiheit ermöglicht ihm in letztwilligen Rechtsgeschäften über sein Vermögen zu disponieren. Einzige Bedingungen hierbei sind, dass der Bedachte den Erblasser überleben muss und dass die Verfügung vom Erblasser höchstpersönlich getroffen werden muss.⁵⁰⁷

Letztwillige Verfügungen sind formgebundene, einseitige, nicht empfangsbedürftige, jederzeit widerrufliche Anordnungen des Erblassers, die seinen Nachlass betreffen. Sie werden mit dem Ableben des Erblassers wirksam. Enthält die Verfügung die Einsetzung von Erben ist sie ein Testament, andernfalls handelt es sich um ein Kodizill. Die Vorschriften über Testamente und Kodizille sind im Wesentlichen ident. Ein Testament muss mindestens eine Erbseinsetzung enthalten. Daneben kann es noch andere Anordnungen beinhalten, etwa die Ernennung von Ersatz- oder Nacherben, Bedingungen, Befristungen und Auflagen, Vermächtnisse oder Erbteilungsvorschriften. Im Testament können auch Testamentsvollstrecker ernannt werden, Bestimmungen über Anrechnungen von Vorempfängen getroffen werden, Veräußerungs- und Belastungsverbote verfügt werden oder frühere Verfügungen

⁵⁰⁵ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 471 f.

⁵⁰⁶ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 473; mwN.

⁵⁰⁷ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 553 Rz 1.

widerrufen werden.⁵⁰⁸ Da die Vermögensverhältnisse eines Unternehmers oftmals sehr komplex sein können, kann die Beisetzung solcher Klauseln die Aufteilung des Nachlasses für die Hinterbliebenen und der Durchsetzung des Erblasserwillens hilfreich sein. Sie bergen aber auch Gefahren.

Letztwilligen Verfügungen können Bedingungen beigefügt werden; Bedingungen sind künftige, ungewisse Umstände, von deren Eintreten oder Nichteintreten der Eintritt oder die Aufhebung einer Rechtswirkung abhängt. Die Bedingungswirkung wirkt idR ex nunc.⁵⁰⁹ Die Beisetzung von Bedingungen birgt aber auch eine nicht zu verachtende Gefahr: Setzt der Erblasser unsinnige, dh unvernünftige und lächerliche, Bedingungen bei, können diese an der Testierfähigkeit des Erblassers Zweifel erwecken und im schlimmsten Fall an der Ernstlichkeit des gesamten Testieraktes zweifeln lassen. Bloß schikanöse Bedingungen sind wie bei Rechtsgeschäften unter Lebenden unbeachtlich.⁵¹⁰ Die Kenntnis des Erblassers von der Unmöglichkeit oder Unerlaubtheit seiner beigesetzten Bedingung ist zwar unerheblich, kann aber in weiterer Folge wiederum zur Anfechtung der Anordnung führen.⁵¹¹

Um an die Erbschaft oder das Legat zu gelangen, muss eine beigesetzte Bedingung genau erfüllt werden. Die Umstände der Erfüllung oder Nichterfüllung sind unerheblich. So erwirbt auch ein Minderjähriger dann nicht, wenn der Ausfall auf einem Versagen seines gesetzlichen Vertreters beruht. Eine Beeinflussung des Ablaufes der Ereignisse wider Treu und Glauben ist unzulässig, was zur Folge hat, dass bei treuwidriger Vereitelung des Bedingungseintritts die Bedingung als eingetreten gilt.⁵¹²

Der Gesetzgeber kennt einige letztwillige Bedingungen, die durch den Zeitgeist überholt erscheinen oder dem Unternehmensfortbestand nicht förderlich, aber dennoch zulässig sind – so nennt § 700 ABGB die letztwillige Beifügung der Bedingung der Nichtverehelichung. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass der Versuch, den letztwillig Bedachten durch die Zuwendung zur Ehelosigkeit zu veranlassen, unsittlich ist. § 700 ABGB spricht damit aber nur die Ehelosigkeit auf Dauer an; eine sachlich begründete Ehelosigkeit für eine angemessene Zeit kann vom Erblasser gültig verfügt werden, etwa für einige Jahre um die Versorgung der minderjährigen Geschwister des Bedachten zu gewährleisten. Vertretbar sind auch

⁵⁰⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 553 Rz 2 f.

⁵⁰⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 696 Rz 1 ff.

⁵¹⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 697 Rz 1.

⁵¹¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 698 Rz 5.

⁵¹² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 699 Rz 1 f.

Bedingungen, bei denen der Zuwendungszweck nur zufällig bei Ehelosigkeit realisierbar ist, die aber nicht zur Ehelosigkeit motivieren sollen. So kann der Erblasser eine Zuwendung an seinen Ehegatten auf die Dauer des Witwenstandes verfügen oder eine Person bis zum Zeitpunkt ihrer Verhehlung versorgen.⁵¹³

Denkbar wäre etwa, dass der Erblasser seiner Frau eine Rente bis zu deren Wiederverhehlung zuwendet oder jemandem bis zur Verhehlung ein Wohnrecht zukommen lassen will, um ihn zu versorgen.

Vom Gesetz als zulässig gesehen wird auch die Bedingung, eine bestimmte Person nicht zu heiraten, ebenso wie die Bedingung eine bestimmte Person zu heiraten oder überhaupt zu heiraten, um die letztwillige Zuwendung zu erhalten.⁵¹⁴

Selbst wenn der Erblasser mit der Intention handelt, das Familienunternehmen in seinem Fortbestand zu sichern und seine Angehörigen vor Schaden zu bewahren, sollte er sich bei der Beisetzung solcher Bedingungen stets vor Augen führen, dass es sich dabei um eine starke Einschränkung der persönlichen Freiheit seiner Hinterbliebenen handelt, die uU den Familienfrieden und damit sogar das Familienunternehmen gefährden können.

Die Interpretation einer letztwilligen Verfügung hat sich am subjektiven Willen des Erblassers zu orientieren. Da letztwillige Verfügungen einseitig und nicht empfangsbedürftig sind, genießt niemand – etwa mögliche Erben – einen Schutz des Vertrauens. Zur Ermittlung des Erblasserwillens sind alle Umstände, va mündliche und schriftliche Äußerungen des Erblassers, von Bedeutung. Auch die Umstände zur Zeit der Errichtung sind zu beachten. Nachträgliche Veränderungen sind aber zu berücksichtigen, wenn dies dem hypothetischen Willen des Erblassers entspricht, dh, die Auslegung hat nach jenem Maßstab zu erfolgen, nach dem der Erblasser bei Kenntnis der Veränderung entschieden hätte.⁵¹⁵ Beispielsweise in der letztwilligen Verfügung nicht erfasste Veränderungen im Unternehmensbestand – etwa ein weiterer Teilbetrieb – wären für die Nachlassverteilung so zu berücksichtigen, wie der Erblasser entschieden hätte, wäre dieser bei Testamentserrichtung schon vorhanden gewesen.

Den Absichten des Testators darf aber nur dann gefolgt werden, wenn sich irgendein weiterer Anhaltspunkt im Wortlaut der letztwilligen Verfügung selbst findet. Zu überprüfen ist auch, ob es sich bei der Verfügung tatsächlich um eine letztwillige

⁵¹³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 700 Rz 1 ff.

⁵¹⁴ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 700 Rz 7.

⁵¹⁵ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 553 Rz 7 f.

Anordnung handelt oder lediglich um einen unverbindlichen Wunsch. Die Qualifikation der Urkunde als letztwillige Verfügung ist von dem zu beweisen, der daraus sein Recht ableitet.⁵¹⁶

Als Maxime bei der Interpretation ist zu beachten, dass jener Auslegung der Vorzug zu geben ist, bei der die letztwillige Verfügung aufrecht bleiben kann. Unvollständigkeiten machen eine Verfügung nicht ungültig, wenn die Absichten des Erblassers ermittelbar sind.⁵¹⁷

o **Die Einsetzung als Erbe**

Der Erblasser hat die Möglichkeit, einen einzigen Erben als Alleinerben einzusetzen oder ihm eine bestimmte Quote zukommen zu lassen. Der Rest des Nachlasses würde dann nach der gesetzlichen Erbfolge verteilt.⁵¹⁸ Eine Quote kann auch stillschweigend, etwa durch die Zuordnung einzelner Sachen zum Erben, bestimmt werden. Wollte der Erblasser durch eine Teilungsanordnung eine bestimmte Wertverteilung verwirklichen, so kann eine Umverteilung stattfinden, wenn sich die Werte der zugeordneten Sachen zwischen Testamenterrichtung und Erbanfall unverhältnismäßig entwickelt haben.⁵¹⁹ Denkbar wäre etwa, dass der Erblasser einem Nachkommen sein Unternehmen zuwendet und einen anderen mit einer Liegenschaft von etwa gleichem Wert bedenken möchte, dass sich aber in Folge der Testamenterrichtung eine unterschiedliche Wertentwicklung ergibt. Fußt die unterschiedliche Wertentwicklung aber aus dem eigenen Zutun des Bedachten, ist ihm diese analog zu § 794 ABGB wohl nicht dahingehend anzulasten, dass deswegen dem anderen ein Wertausgleich gebührt.

Gleichwohl können auch mehrere Erben auf bestimmte, den Nachlass ausschöpfende oder nicht ausschöpfende Quoten eingesetzt oder mehrere Erben zum gesamten Nachlass berufen werden.⁵²⁰

Werden mehrere Erben zum gesamten Nachlass berufen, sollte der Erblasser die Konsequenzen für das Familienunternehmen bedenken. Etwa ob alle Erben Anteile daran erhalten sollen, ob die Gründung einer Gesellschaft notwendig ist und wer unter ihnen das Unternehmen leiten soll.

⁵¹⁶ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 553 Rz 9; mwN.

⁵¹⁷ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 553 Rz 10.

⁵¹⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 554 Rz 1 f.

⁵¹⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 555 Rz 1 ff.

⁵²⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 556 Rz 2 f.

o Die Einsetzung als Legatar

Neben einer Einsetzung zum Erben ist auch die Einsetzung von Legataren als Vermächtnisnehmer möglich. Sie erfolgt in der gleichen Form wie die Einsetzung zum Erben. Gegenstand eines Vermächtnisses kann laut *Welser*⁵²¹ alles sein, was im Verkehr steht. So kann alles, was vererblich ist, auch als Vermächtnis dienen. Dazu gehören Sachen und Rechte, wie Unternehmen oder Schuldforderungen, und die Befreiung von ihnen.

Dem Bedachten muss durch das Legat ein ihm durchsetzbarer Vorteil entstehen, der nicht notwendigerweise in Geld messbar sein muss. Er kann auch ideeller Natur sein. Letztwillig vorgesehen werden kann auch eine Gegenleistung des Legatars. Für die Unternehmensnachfolge relevant nennt *Welser*⁵²² etwa die Befreiung von einer Schuld oder die Zahlung eines Übernahmepreises.

In seiner Rechtsstellung ist der Legatar ein schuldrechtlicher Gläubiger des Nachlasses. Er haftet den Nachlassgläubigern zwar nicht, hat aber auch kein Recht auf die vorzugsweise Befriedigung vor anderen Gläubigern.⁵²³ Ein Vermächtnis bedarf zum Erwerb keiner Annahmeerklärung, es kann jedoch auch ausdrücklich angenommen oder ausgeschlagen werden. Eine Ausschlagung ist grundsätzlich nur zur Gänze möglich. Ist der Vermächtnisgegenstand teilbar, kann das Vermächtnis allerdings zum Teil ausgeschlagen werden.⁵²⁴

Entscheidet sich der Unternehmer seinen Nachfolger als Legatar einzusetzen und ist somit ein Unternehmen Gegenstand eines Vermächtnisses, hat der Erbe das Unternehmen an den Legatar zu übertragen, indem er ihm die Unternehmerstellung einräumt und alle dafür erforderlichen Akte auf seine Kosten setzt. Der Erbe hat in die Fortführung der Firma iSd § 22 UGB einzuwilligen. Wird ein Geschäftsanteil an einer GmbH letztwillig als Legat zugewendet, hat der Erbe den Anteil an den Vermächtnisnehmer zu übertragen.⁵²⁵

Für den Fall, dass der Nachlass erschöpft ist, können Vermächtnisse gekürzt werden.⁵²⁶ Nur das Unterhaltslegat unterliegt nicht dieser Kürzung und geht damit – ausgenommen des Vindikationslegats gem § 10 WEG – den anderen Legaten vor, wenn der Erblasser nichts anderes anordnet.⁵²⁷

⁵²¹ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 647 Rz 2.

⁵²² *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 647 Rz 4.

⁵²³ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 647 Rz 6.

⁵²⁴ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 647 Rz 11.

⁵²⁵ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 647 Rz 7; SZ 59/219 = OGH 3 Ob 598/86.

⁵²⁶ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 690.

⁵²⁷ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 697 Rz 2.

Legate können insoweit aufgeschoben werden, als der Erbe/Nachlass bescheinigen kann, dass der Nachlass Gefahr läuft, zur Deckung des Legats unzulänglich zu sein. Diese Einrede des Erben/Nachlasses hemmen Verzug und Verjährung des Legats, wenn der geltend gemachte Vermächtnisanspruch voraussichtlich von der Kürzung betroffen sein wird.⁵²⁸

2.2 Formen letztwilliger Verfügungen

Die Errichtung letztwilliger Verfügungen ist formgebunden. Formfrei ist hingegen ihr Widerruf, der auch stillschweigend und vermutet möglich ist. Die Formvorschriften zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung sind zwingend.⁵²⁹

Bei den wichtigsten Formen zur Errichtung letztwilliger Verfügungen unterscheidet man zwischen privaten und öffentlichen Testamentsformen. Die privaten Formen sind in Schriftform zu verfassen, der Testamentserrichter kann dabei zwischen holographer (§ 578 ABGB) und allographer Form (§ 579 ABGB) wählen. Die öffentlichen Formen der Testamentserrichtung sind eine Errichtung vor einem Gericht in schriftlicher (§ 587 ABGB) oder mündlicher Form (§ 588 ABGB), sowie vor einem Notar (§§ 70 bis 75 NO). Alle diese Testamentsformen sind gleichwertig, dh, um sie aufzuheben ist kein *contrarius actus* notwendig.⁵³⁰

Ehegatten haben zudem die Möglichkeit einen gemeinsamen Erbvertrag zu errichten. Die Errichtung von gemeinsamen Testamenten für Nicht-Ehegatten ist nicht möglich. Derartige letztwillige Verfügungen sind ungültig, selbst wenn sie alle übrigen Formerfordernisse erfüllen. Erbverzichte oder Schenkungen auf den Todesfall verstoßen jedoch nicht gegen dieses Gebot des § 583 ABGB, wenn sie mit der letztwilligen Verfügung in einem einheitlichen Notariatsakt gefasst werden.⁵³¹

○ **Eigenhändiges/holographes Testament**

Der Erblasser muss den Vorschriften des § 578 ABGB gemäß den Text der letztwilligen Verfügung eigenhändig schreiben und unterschreiben. Aus dem Text muss klar der *animus testandi*, der Testierwille, erkennbar sein. Die Eigenhändigkeit dient der Individualisierbarkeit und damit der klaren Zuordenbarkeit der Urkunde zum Erblasser. Der Verfasser muss am Ende der Verfügung eigenhändig unterschreiben. Die Unterschrift muss sich auf der Urkunde selbst befinden und

⁵²⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 692 Rz 9.

⁵²⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 577 Rz 1.

⁵³⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 577 Rz 2 f.

⁵³¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 583 Rz 2.

nicht etwa auf dem Kuvert, in dem sie steckt. Das Fehlen der Unterschrift auf der Verfügung macht die Anordnung ungültig, selbst wenn sie dem Erblasser zweifellos zugeordnet werden kann.⁵³²

Eine zeitliche Einheit des Testieraktes ist nicht notwendig; so kann der Text auch in zeitlichen Abständen geschrieben werden. Dadurch können nachträgliche Ergänzungen gemacht werden, die, wenn sie von der Unterschrift erfasst werden, gültig sind. Befinden sich Nachträge unter der Unterschrift, müssen diese besonders gefertigt sein. Die Beisetzung von Ort und Datum ist kein Gültigkeitserfordernis, dienen aber dem Beweis der Echtheit, der Testierfähigkeit oder einem allfälligen Widerruf.⁵³³

Für das Privattestament gibt es keine Hinterlegung bei Gericht, es kann jedoch die Grundlage für ein öffentliches, schriftliches Testament bilden.⁵³⁴

o **Fremdhändiges/allographes Testament**

Das allographe Testament ist die Niederschrift des Testaments durch fremde Hand oder von wem immer maschinell hergestellt. Es enthält die Unterschrift des Erblassers und dreier fähiger Zeugen. Diese Zeugen müssen den Inhalt des Testaments nicht kennen, sie müssen sich aber ihrer Eigenschaft als Zeuge einer Testamenterrichtung und des Willens des Errichters, dass es sich um eine letztwillige Verfügung handelt, bewusst sein. Ihre Unterschrift hat sich auf der Urkunde selbst zu befinden und muss durch den Zusatz ihrer Zeugeneigenschaft gekennzeichnet sein.⁵³⁵

Änderungen an der Testamentsurkunde bedürfen, wenn sie fremdhändig erfolgen, erneut den Voraussetzungen des § 579 ABGB; werden allerdings eigenhändig Ergänzungen vorgenommen, müssen diese die Erfordernisse des eigenhändigen Testaments gem § 578 ABGB treffen. Eigenhändige Streichungen sind auch ohne neuerliche Unterschrift gültig.⁵³⁶

o **Öffentliches Testament**

Öffentliche Testamente können vor Gerichten oder Notaren errichtet werden, indem eine schriftliche Urkunde übergeben wird oder unter Einhaltung von Formgeboten eine mündliche Erklärung abgegeben wird.⁵³⁷

⁵³² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 578 Rz 1 ff.

⁵³³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 578 Rz 7 f.

⁵³⁴ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 578 Rz 9.

⁵³⁵ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 579 Rz 1 ff.

⁵³⁶ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 579 Rz 9.

⁵³⁷ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 590 Rz 1.

Mündlich vor Gericht wird die letztwillige Verfügung in Form eines Protokolls erfasst, nachdem das Gericht die Identität des Testators überprüft hat. Zweifel über die Testierfähigkeit hat das Gericht zu vermerken. Das Protokoll wird gem § 587 ABGB gerichtlich hinterlegt. Der Erblasser kann sein vorab verfasstes, schriftliches Testament auch persönlich überbringen und erklären, dass das Schriftstück seinen letzten Willen enthalte. Die Urkunde muss nicht eigenhändig geschrieben, aber zumindest vom Testator unterschrieben sein.⁵³⁸

Auch notarielle letztwillige Verfügungen können schriftlich durch die Entgegennahme eines Aufsatzes oder mündlich errichtet werden. Für die Gültigkeit eines notariellen Testaments bedarf es der Mitwirkung zweier Notare oder eines Notars und zweier Zeugen. Sowohl sie, als auch der Testator selbst, leisten gem § 68 NO eine Unterschrift auf dem Protokoll der Errichtung. Eine bloße Ordnungsvorschrift ist die Erfassung des Testaments im Zentralen Testamentsregister. Fasst der Testator eine mündliche letztwillige Anordnung, hat der Notar ihn über zweifelhafte Formulierungen zu belehren und Ermahnungen ins Protokoll aufzunehmen, wenn der Erblasser auf dieser Wortwahl beharrt. Ebenfalls möglich ist, dass Notare schriftliche private Verfügungen in Verwahrung nehmen.⁵³⁹

Besonders wegen der Komplexität der Vermögensaufteilung eines Unternehmers kann die Beiziehung eines Notars helfen, missverständliche Formulierungen zu umgehen und spätere Streitigkeiten über die Aufteilung oder eine Anfechtung der letztwilligen Verfügung verhindern.

Um spätere Probleme zu vermeiden, bieten auch *Klein/Vossius*⁵⁴⁰ ein paar Hinweise für die Praxis des Verfassens eines eigenhändigen Testaments. Die Einhaltung dieser Regeln für den übergebenden Unternehmer empfiehlt sich aber für jede Testamentsform. Am wichtigsten ist eine klare und eindeutige Regelung, wer das Familienunternehmen nach dem Tod des Erblassers fortführen soll. Von einer selbst formulierten Verfügung über Vor- und Nacherben ist abzuraten: zum einen beschränkt eine solche Regelung den ersten Erben in seiner Handlungsfreiheit als Unternehmer und behindert den zweiten bis zum Tod des Vorerbens das Unternehmen alleinverantwortlich zu führen. Zum anderen empfiehlt sich für den Fall, dass eine solche letztwillige Verfügung dennoch gewünscht ist, die Beiziehung

⁵³⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 590 Rz 2 ff.

⁵³⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 590 Rz 7 ff.

⁵⁴⁰ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 67.

eines Experten, um eine für den individuellen Einzelfall passende Formulierung zu finden.

Zudem stellt sich die Frage, ob ein gewünschter Nacherbe, der zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung vielleicht noch sehr jung oder noch gar nicht vorhanden ist, überhaupt einmal fähig und willens sein wird, das Familienunternehmen weiterzuführen.

Zudem raten *Klein/Vossius*⁵⁴¹ dazu, eine klare Verfügung darüber zu treffen, wer wie viel des privaten Vermögens erhalten soll. Dabei soll va auf jene Familienmitglieder Bedacht genommen werden, die das Unternehmen nicht fortführen. Ihnen soll mit einer derartigen Verfügung mindestens ihr Pflichtteil zukommen.

In der letztwilligen Verfügung sollte der Erblasser auch auf die Berücksichtigung von Schenkungen und deren Anrechnungsfähigkeit Bedacht nehmen, um einen Ausgleich zwischen den Familienmitgliedern erzielen zu können.

Von willkürlichen Enterbungen ist ebenso abzuraten, wie von Vorgehensweisen, die die letztwillige Aufteilung des Vermögens vorrangig von Steuerspartricks abhängig machen. Ebenso wenig ratsam ist es, den Hinterbliebenen in der letztwilligen Verfügung einmal gehörig die Meinung zu sagen oder ihnen unzählige Bedingungen zur Erlangung der Erbschaft aufzuerlegen. Denn je knapper und klarer die Formulierung im Testament, desto geringer ist die Gefahr, dass es angefochten wird.⁵⁴²

Abschließend empfehlen *Klein/Vossius*⁵⁴³ bei der Formulierung der letztwilligen Verfügung eventuelle Langzeitfolgen im Auge zu behalten. Unzumutbare Auflagen an die Erben können zu Zwietracht in der Familie und langwierigen Rechtsstreitigkeiten führen. Schlägt sich das Traditionsbewusstsein des Erblassers in Auflagen nieder, können diese für seinen Nachfolger im Unternehmen zum Hindernis werden, wenn es gilt, auf eine veränderte Marktsituation angemessen zu reagieren.

2.3 Der Erbvertrag

Eine Art Sonderstellung bei den letztwilligen Verfügungen nimmt der Erbvertrag ein. Der Erbvertrag ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft zwischen Erblasser und Erben, wodurch dieser unwiderruflich zum Erben berufen wird. Ein Erbvertrag ist ein

⁵⁴¹ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 67.

⁵⁴² *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 67 f.

⁵⁴³ *Klein/Vossius*, Unternehmensnachfolge, 68.

Ehepakt und damit nur zwischen Eheleuten möglich. Der Vertragserbe hat den stärksten Berufungsgrund und geht allen anderen Erben vor. Erbverträge sind gem § 1254 ABGB einvernehmlich auflösbar.⁵⁴⁴ Eine Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe lässt den Erbvertrag idR erlöschen.⁵⁴⁵

Entweder kann ein Ehegatte den anderen zu seinem Erben einsetzen oder die Einsetzung erfolgt gegenseitig. Zusätzlich kann auch die Bedenkung Dritter eingefügt werden. Die Einsetzung Dritter ist indessen wie eine letztwillige Verfügung jederzeit einseitig widerrufbar.⁵⁴⁶

Als Gültigkeitsvoraussetzung bedarf es, neben der Geschäftsfähigkeit beider Vertragspartner, eines Notariatsakts unter Zuziehung eines weiteren Notars oder zweier Zeugen. Zudem müssen beide Ehegatten nach Maßgabe letztwilliger Verfügungen testierfähig und zum Erbanfall erbfähig sein. Bezüglich Willensbeschränkungen sind die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts maßgeblich.⁵⁴⁷

Eine besondere Inhaltsschranke kennt der Erbvertrag in § 1253 ABGB. Der Erbvertrag muss dem Erblasser mindestens ein „reines Viertel“ zur freien Verfügung über den Nachlass lassen. Die Vertragswirkung kann also maximal auf drei Viertel des Vermögens des Erblassers wirken. Dieses reine Viertel darf auch nicht durch Schulden oder Pflichtteilsansprüche belastet sein. Berechnet wird es, indem von den Nachlassaktiva alle Schulden und die Pflichtteilsansprüche abgezogen werden. Der Erblasser kann dann im Erbvertrag über drei Viertel dieser Restsumme verfügen. Über das vom Erbvertrag nicht erfasste reine Viertel kann der Erblasser frei verfügen und kann es theoretisch testamentarisch sogar dem Vertragserben zuwenden.⁵⁴⁸

Trotz Erbvertrag darf der Erblasser zu Lebzeiten gem § 1252 ABGB frei über sein Vermögen verfügen. Der Vertragserbe erhält also nur, was beim Tod des Erblassers von seinem Vermögen übrig ist.⁵⁴⁹

2.4 Erbverzicht

Der Erbverzicht stellt ein Instrumentarium dar, das im Rahmen eines geregelten Übergangs des Unternehmens den Nachfolger und sein Bestehen als Unternehmer absichern soll. Durch eine Abfindung oder ein Legat kann dafür gesorgt werden,

⁵⁴⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 522.

⁵⁴⁵ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 524.

⁵⁴⁶ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 522.

⁵⁴⁷ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 523.

⁵⁴⁸ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 523 f.

⁵⁴⁹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 524.

dass die übrigen Nachkommen des Erblassers, die nicht ins Unternehmen eintreten, ebenfalls versorgt werden.

Vom Erbverzicht zu Lebzeiten des Erblassers zu unterscheiden ist eine Erbsent-schlagung nach dem Erbanfall.⁵⁵⁰

Beim Erbverzicht des § 551 ABGB handelt es sich um die Entsagung eines künftigen Erbrechts durch einen formbedürftigen Vertrag zwischen dem potenziell Erb-berechtigten und dem Erblasser. Deswegen kann ein Erbverzicht nur zu Lebzeiten des Erblassers erfolgen. Er kann sich auf alle möglichen Berufungsgründe als Erbe beziehen; dh sowohl auf ein testamentarisches Erbrecht, als auch ein gesetzliches Erbrecht, sowie auf den Pflichtteilsanspruch oder auf ein Vermächtnis. Der Verzicht ist auch für bloß einen Teil des Erbrechts möglich. Im Fall des Verzichts auf ein letztwilliges Erbrecht, muss die betreffende letztwillige Verfügung schon bestehen. Konkreter Gegenstand des Verzichts ist die Anwartschaft auf ein Erbrecht.⁵⁵¹

Da es sich beim Erbverzicht um einen Vertrag handelt, ist seine Gültigkeit grundsätzlich nach den Regeln für Geschäfte unter Lebenden zu beurteilen. Ein Erbverzicht kann auch unter der Setzung von Bedingungen, sowie mit und ohne Abfindung des zukünftigen Erbrechts erfolgen.⁵⁵²

Durch einen Erbverzicht wird die Testierfreiheit des Erblassers vergrößert. Das Risiko der Vermehrung oder Verminderung des erblasserischen Vermögens wird hierbei von den Parteien in Kauf genommen. Der Erbverzicht enthält sohin auch ein aleatorisches Element; aus diesem Grund können Äquivalenzstörungen nur unter erschwerten Voraussetzungen geltend gemacht werden. Eine Anfechtung wegen eines Motivirrtums ist hingegen möglich.⁵⁵³ Die Aufhebung eines Erbverzichts muss wie seine Vereinbarung vertraglich erfolgen, was bedeutet, dass sie selbst unter den Voraussetzungen eines Schenkungswiderrufs nach §§ 947 ff ABGB nicht einseitig erfolgen kann.⁵⁵⁴

Trotz eines Erbverzichts kann entgegen des Wortlauts von § 538 ABGB eine spätere Bedenkung durch den Erblasser wirksam erfolgen.⁵⁵⁵ Verzichtet der Erbe auf sein Erbrecht nach dem Tod des Erblassers trotzdem, kann es sich dabei um eine

⁵⁵⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 8.

⁵⁵¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 1.

⁵⁵² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 2 f.

⁵⁵³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 3.

⁵⁵⁴ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 4.

⁵⁵⁵ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 5.

Erbsentschlagung iSd § 799 ABGB oder eine Erbschaftsveräußerung nach § 1278 ABGB handeln.⁵⁵⁶

Die Auslegung und damit verbunden die Reichweite des Erbverzichts bestimmt sich nach den Regeln der §§ 914 ff ABGB. Darunter fällt, ob der Verzicht nur bestimmte oder alle Berufungsgründe als Erbe betrifft oder ob nur der gesetzliche Erbteil oder auch der Pflichtteil davon erfasst sind. Im Zweifel gilt ein Verzicht als auf den Pflichtteil und nicht auf den gesetzlichen Erbteil abgegeben. Hat der Erbe für seinen Pflichtteilsverzicht eine Abfindung erhalten, wäre ihm diese auf seinen gesetzlichen Erbteil anzurechnen. Als weitere Zweifelsregel gilt, dass ein Erb- und Pflichtteilsverzicht nicht den Verzicht auf ein Vermächtnis inkludiert.⁵⁵⁷

ISd gesetzlichen Normierung des § 551 ABGB letzter Satz, dass der Verzicht auch auf die Nachkommen wirken soll, wenn nichts anderes vereinbart wurde, können die Deszendenten nur kraft eines Eintrittsrechtes erben. Auf eine davon unabhängige Berufung – etwa die Einsetzung eines Enkels zum Erben – wirkt sich der Verzicht nicht aus. Sind die Deszendenten vom Erbverzicht erfasst, erhalten sie auch dann nichts, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser verstirbt. Sind die Nachkommen vom Verzicht nicht erfasst, müssen sie sich im Zweifel eine vom Aszendenten empfangene Abfindung für den Erbverzicht anrechnen lassen.⁵⁵⁸

Der Verzicht auf ein Erbrecht ist auch zugunsten eines Dritten möglich, wenn dieser durch den Verzicht unmittelbar begünstigt wird, weil sich dadurch sein Erbrecht oder Pflichtteilsrecht von Gesetzes wegen vergrößert. Dem Verzicht kann auch eine Bedingung beigefügt werden, etwa, indem vereinbart wird, dass eine bestimmte Person die Erbschaft erlangt.⁵⁵⁹ Durch den Verzicht zugunsten einer bestimmten Person kann es erleichtert werden, diese zum Erben des Unternehmens zu machen und ihm die Fortführung und das Wohlbestehen als neuer Unternehmer zu ermöglichen. So können etwa die übrigen Nachkommen eines Unternehmers mit oder ohne Abfindung unter der Bedingung auf ihr Erbrecht verzichten, dass der als geeignet befundene Nachfolger das Unternehmen erbt.

Aber auch der umgekehrte Fall ist denkbar. Nämlich, dass der Nachfolger, der das Unternehmen bereits zu Lebzeiten des Erblassers erhalten hat, auf sein Erb- und Pflichtteilsrecht verzichtet, um seinen Geschwistern, die nicht in das Unternehmen

⁵⁵⁶ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 8.

⁵⁵⁷ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 9.

⁵⁵⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 10.

⁵⁵⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 551 Rz 11.

eingetreten sind, einen entsprechend größeren Teil des Nachlasses zukommen zu lassen.

2.5 Erbsentschlagung

Neben einem Erbverzicht zu Lebzeiten des Erblassers gibt es die Möglichkeit einer Erbsentschlagung nach dem Erbanfall. So kann einem potenziellen Nachfolger der Weg zur Erlangung des Unternehmens ermöglicht werden.

Die Erbsentschlagung ist eine negative Erbserklärung oder Ausschlagung der Erbschaft und damit das Pendant zur Erbserklärung. Die Erbserklärung ist eine gegenüber dem Abhandlungsgericht abgegebene, unwiderrufliche Erklärung, die Erbschaft anzunehmen. Die Erbsentschlagung wiederum ist die einseitige Erklärung gegenüber dem Abhandlungsgericht die Erbschaft nicht anzunehmen.⁵⁶⁰

Erbserklärungen sind frühestens nach dem Erbanfall, dh dem Tod des Erblassers, möglich. Mutmaßliche Erben werden vom Verlassenschaftsgericht zur Abgabe einer Erklärung unter Fristsetzung aufgefordert. Sowohl positive als auch negative Erbserklärungen können gegenüber dem Gericht mündlich und schriftlich abgegeben werden und bedürfen der Unterfertigung; bei mündlichen Erklärungen erfolgt die Unterfertigung am Protokoll. Eine Abgabe der Erklärung durch einen Vertreter ist zulässig. Wegen der Tragweite bedürfen unbedingte Erbserklärungen und Entschlagungen aber einer Spezialvollmacht (§ 1008 S 2 ABGB). Gesetzliche Vertreter brauchen zusätzlich die Genehmigung des Pflugschaftsgerichtes.⁵⁶¹

Eine positive Erbserklärung bedarf der Nennung des Berufungsgrundes (Titel) und der Erklärung, ob die Erbschaft bedingt oder unbedingt angetreten wird. Sie muss genau der Berufung entsprechen und kann sich nur auf die gesamte und nicht auf bloß einen Teil der angefallenen Erbschaft beziehen. Eine Erbserklärung kann sich gleichzeitig auf mehrere Titel beziehen, etwa auf eine testamentarische Berufung und auf den gesetzlichen Erbteil. Beruht die Berufung einer Person allerdings auf unterschiedlichen Titeln, kann der eine angenommen, der andere Berufungsgrund jedoch ausgeschlagen werden.⁵⁶²

Ändert sich der Titel der Berufung – etwa auf das Gesetz, wenn sich ein Testament als ursprünglicher Titel als ungültig herausstellt – ist auch eine Änderung der Erbserklärung möglich. Eine nachträgliche Änderung der in Anspruch genommenen

⁵⁶⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 1.

⁵⁶¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 2 ff.

⁵⁶² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 7 ff.

Quote ist möglich, wenn sich wegen der Ausschlagung eines Miterben Änderungen im Verlassenschaftsverfahren ergeben.⁵⁶³

Vor- und Nacherben können nur als solche ihre positive Erbserklärung abgeben, der Nacherbe kann sich allerdings gleich vorweg entschlagen.⁵⁶⁴

Das Verlassenschaftsgericht hat jede in der vorgeschriebenen Form abgegebene Erbserklärung ohne eine Prüfung der materiellen Berechtigung anzunehmen. Sohin hat es auch die positive Erbserklärung dessen anzunehmen, der sich vertraglich zu einer Erbsentschlagung verpflichtet hat. Es hat auch die Erbserklärung desjenigen anzunehmen, der eine auf das Gesetz gestützte Erbserklärung abgibt, weil er die Unechtheit oder Ungültigkeit des letzten Willens behauptet. Die Annahme verweigern darf das Gericht nur, wenn die Erbeneigenschaft vorweg völlig ausgeschlossen werden kann.⁵⁶⁵

Von der abgegebenen Erbserklärung hängt auch die Besorgung und Verwaltung der Verlassenschaft ab. Die Verwaltung des Nachlasses kann erst nach Abgabe einer positiven Erbserklärung übernommen werden.⁵⁶⁶

Da die Erbserklärung unwiderruflich ist, kann eine unbedingt abgegebene Erbserklärung nicht nachträglich in eine bedingte umgewandelt werden, selbst wenn diese sich auf einen anderen Titel beruft. Davon ausgenommen ist aber die bedingte Erbserklärung; sie kann in eine unbedingte (und damit weitreichendere) umgewandelt werden. Da es sich bei einer negativen Erbserklärung in Form einer Entschlagung um eine Verfügung handelt, die sich positiv zu Gunsten anderer auswirkt, deren Rechtsstellung durch einen Widerruf der Entschlagung negativ beeinträchtigt würde, ist auch sie unwiderruflich (§ 806 ABGB).⁵⁶⁷

Die Folge einer Erbsentschlagung ist, dass die Erbschaft dem Ausschlagenden als nicht angefallen gilt. Damit fällt das Erbrecht automatisch dem Nachberufenen an. Es wäre eine unzulässige Bedingung, wenn der Entschlagende die Erbschaft unter Setzung der Bedingung des Rechtserwerbs Dritter ausschlagen würde. Die Wirkung zugunsten Nachberufener tritt ohne Rücksicht auf deren Nennung in der Entschlagung ein. Erfolgt die Ausschlagung ausdrücklich zugunsten Dritter, handelt es sich nicht um eine Erbsentschlagung, sondern um eine Erbschaftsveräußerung. Sie entfaltet aber nur Gültigkeit, wenn der Erbschafts Kauf oder die Erbschaftsschenkung

⁵⁶³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 10; mwN.

⁵⁶⁴ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 11.

⁵⁶⁵ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 15 f.

⁵⁶⁶ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 22.

⁵⁶⁷ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 18 f.

die notwendigen Formvorschriften eines notariatsaktspflichtigen Vertrags zwischen Veräußerer und Erwerber erfüllen.⁵⁶⁸

Allgemein führt die Untätigkeit eines Erben, zB die Nichtteilnahme an einer Tag-satzung zur Verlassenschaftsabhandlung, nicht zur automatischen Annahme einer Ausschlagung; weigert sich ein Berufener allerdings absichtlich teilzunehmen, kann eine stillschweigende Entschlagung angenommen werden.⁵⁶⁹

Grundsätzlich erkennen Lehre und Rspr eine Entschlagung, wie auch eine positive Erbserklärung gem § 806 ABGB, als unwiderruflich an, dennoch lässt die Rspr in vielen Fällen trotz Ausschlagung eine nachträgliche positive Erbserklärung zu.⁵⁷⁰

Ob eine Ausschlagung nur für den Erklärenden oder auch auf seine Nachkommen wirkt, ist aus der Erklärung selbst zu ermitteln. Eine allgemeine Zweifelsregel gibt es nicht.⁵⁷¹

2.6 Anwachsung

Die Anwachsung, auch Akkreszenz oder Zuwachs gem § 563 ABGB ist die Erweiterung des Erbteils eines eingesetzten Erben um den Erbteil eines anderen Erben, der nicht zur Erbschaft gelangt. Der Grund, warum dieser nicht zur Erbschaft gelangt, ist gleichgültig und kann in einem Vortod, einer Erbunwürdigkeit, einem Erbverzicht oder einer Erbsentschlagung begründet liegen. Ein Zuwachs kann nur dann zustande kommen, wenn nicht ein Ersatzerbe oder Transmissar an die Erbschaft gelangt. Im Zweifel tritt eine Anwachsung nur zugunsten unbestimmt eingesetzter Erben ein, da angenommen wird, dass der Erblasser einen bestimmt zugewendeten Teil als Höchstteil versteht. Die Anwachsung tritt von selbst ein.⁵⁷²

Im Konkreten heißt dies, entschlagen sich die anderen Erben ihres Erbes und ist der gewünschte Unternehmensnachfolger als Erbe eingesetzt, kann dieser durch die Entschlagung der anderen Erben ungehindert einen ausreichend großen Teil des Nachlasses als Erbe für sich gewinnen, wodurch die Fortführung des Unternehmens nicht durch die Ansprüche von Miterben gefährdet wäre.

Auch hier ist wiederum die umgekehrte Variante möglich, dass der Unternehmensnachfolger sich im Ausgleich für das erhaltene Unternehmen der Erbschaft

⁵⁶⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 29 f.

⁵⁶⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 34; mwN.

⁵⁷⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 36; mwN.

⁵⁷¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 800 Rz 35.

⁵⁷² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 563 Rz 1 ff.

entschlägt oder vorweg auf sie verzichtet, um den anderen Erben mittels Anwachsung entsprechend mehr vom Nachlass zukommen zu lassen.

2.7 Unbeschränkte Erbenhaftung

Unabhängig von gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge treten kraft Universal-sukzession Erben in die Rechtsverhältnisse des Erblassers ein, ohne dass es eines weiteren Aktes der Vertragsübernahme oder ähnlichem bedarf. Laut § 40 UGB kommt es damit zu einer unbeschränkten Haftung für sämtliche unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten – dies auch ohne Firmenfortführung. Nach alter Rechtslage war es möglich durch einen Verzicht auf die Fortführung der Firma in Verbindung mit einer bedingten Erbantrittserklärung eine unbeschränkte Haftung von vorneherein zu vermeiden. Eine unbeschränkte Haftung lässt sich nunmehr nur durch eine gänzliche Unternehmenseinstellung binnen drei Monaten ab Einantwortung vermeiden (§ 40 Abs 2 UGB).⁵⁷³

Bei § 40 UGB handelt es sich um eine reine Haftungsregel. Eine Bezugnahme zum § 38 UGB und seinen Regelungen über den gesetzlichen Eintritt in unternehmensbezogene Rechtsverhältnisse kann deswegen entfallen, weil diese im Erbfall nicht notwendig ist.⁵⁷⁴

2.8 Erbschafts Kauf und Erbschaftsschenkung

Fehlt eine entsprechende Verfügung des Erblassers, wer das Familienunternehmen erhalten und weiterbetreiben soll, findet sich im Kreis der Familienmitglieder niemand, der das Unternehmen übernehmen kann oder möchte bzw wird vom Erblasser eine Person zum Erben eingesetzt, die das Unternehmen nicht fortführen kann oder will, besteht die Möglichkeit das Unternehmen mittels Erbschafts Kauf oder -schenkung an einen geeigneten Nachfolger zu übereignen. Gleichwohl können auch die Erben untereinander ihr Erbrecht verkaufen oder in Form eines Verzichts zugunsten eines anderen verschenken, um so das Familienunternehmen an den geeigneten Nachfolger zu übereignen.

o Erbschafts Kauf

Der Erbschafts Kauf ist die entgeltliche Veräußerung eines Erbrechts. Eine Veräußerung des Erbrechts kann zwischen Erbanfall und Einantwortung passieren,

⁵⁷³ Keinert, Das neue Unternehmensrecht, RZ 89 f; Krejci in Krejci/ Dehn, Das neue UGB, 73.

⁵⁷⁴ Krejci in Krejci/ Dehn, Das neue UGB, 73.

ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe die Erbschaft schon angetreten hat. Gegenstand des Erbschaftskaufs ist das bereits erworbene Erbrecht des Erben als Verkäufer, nicht jedoch der Nachlass oder einzelne Gegenstände daraus. Beim Erbschaftskauf handelt sich um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden; daher ist es unwesentlich, ob der Käufer erbfähig ist. Zweifelhafte Rechte sind selbst dann veräußerbar, wenn diese Gegenstand eines Erbrechtsstreites sind. Vorkaufsrechte, die sich auf eine im Nachlass befindliche Sache beziehen, sind vom Erbschaftskauf nicht betroffen und bleiben aufrecht.⁵⁷⁵

Nicht dem Recht des Erbschaftskaufs unterliegen Veräußerungen von Vermächtnisforderungen oder die Veräußerung von Pflichtteilsansprüchen.⁵⁷⁶

Ein Erbschaftskauf unterliegt zu seiner Gültigkeit der Formvorschrift eines Notariatsaktes oder eines gerichtlichen Protokolls; eine Protokollierung durch einen Notar im Abhandlungsverfahren als Gerichtskommissär ist dem gleichgestellt. Insbesondere gilt die Formpflicht für Erbschaftsschenkungen, für die Ausschlagung zugunsten eines Dritten, der nicht ohnehin berufen wäre, für die Veräußerung von Vor- und Nacherbrechten und für die Veräußerung des Anwartschaftsrechts des Ersatzerben. Ein allfälliger Formmangel kann durch die Einantwortung nicht geheilt werden.⁵⁷⁷

Der Erbschaftskäufer tritt vollständig in die Position des Erben ein und erlangt dessen Stellung so, als wäre er bereits im Zeitpunkt des Erbanfalles anstelle des Erben berufen gewesen. Aus diesem Grund kann er alles, was dem Verkäufer als Erben zugefallen wäre, beispielsweise die Akkreszenz eines erledigten Vermächtnisses, genießen. Da der Erbschaftskäufer im Abhandlungsverfahren an die Stelle des Erben tritt, übernimmt er das Verfahren in dem Stande, in dem es sich gerade befindet und bleibt deswegen etwa an Verwaltungshandlungen, die bereits für den Nachlass getroffen wurden, gebunden. Der Erbschaftskäufer kann eine abgegebene Erbserklärung des Verkäufers nicht widerrufen; gem § 806 ABGB kann er allerdings eine bedingte in eine unbedingte abändern, ohne dass dies Einfluss auf die Haftung des Verkäufers nimmt. Wurde zum Zeitpunkt des Erwerbs noch keine Erbserklärung abgegeben, gibt sie der Erbschaftskäufer ab.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 1 f.

⁵⁷⁶ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 1.

⁵⁷⁷ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 3.

⁵⁷⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 4, 6.

Der Erbschaftskäufer erwirbt keine anderen Rechte des Verkäufers als das Erbrecht. Dem Verkäufer bleiben sohin schuldrechtliche Forderungen gegen den Nachlass oder Vermächtnisse erhalten.⁵⁷⁹

Wie ein Erbe erlangt der Erbschaftskäufer das Eigentum durch Einantwortung, die an ihn persönlich erfolgt. Dadurch wird er zum Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers.⁵⁸⁰

Erbrechts- und Erbschaftsklagen sind nach Abschluss des Erbschaftskaufs an den Erwerber zu richten.⁵⁸¹

o **Erbschaftsschenkung**

Die Erbschaftsschenkung ist die unentgeltliche Veräußerung eines Erbrechts. Sie ist gesetzlich nicht gesondert geregelt und unterfällt daher den Regeln der §§ 1278 ff ABGB über den Erbschaftskauf. Zur Erbschaftsschenkung gehört auch die bereits erwähnte unentgeltliche Entschlagung zugunsten eines Dritten, der nicht ohnedies in diesem Fall berufen wäre. Damit der Dritte erwirbt, muss die Erklärung des Erben als Schenkung an ihn zu verstehen sein, die der Dritte als solche annimmt und für die die notwendigen Formvorschriften eingehalten werden. Gibt der Erbe eine negative Erbserklärung ab, erfüllt diese trotz der positiven Erklärung des Dritten die Voraussetzungen einer Erbschaftsschenkung nicht.⁵⁸²

Unter den gleichen Voraussetzungen wie jenen für eine normale Schenkung (§§ 947 ff ABGB) ist auch eine Erbschaftsschenkung widerruflich.⁵⁸³

Eine Erbrechtsveräußerung in Form von Schenkung oder Kauf kann auch an Personen erfolgen, die bei Entschlagung des Veräußerers unmittelbar berufen wären. Solange der Veräußerer noch keine Erbserklärung abgegeben hat, kann eine Ausschlagung des Erstberufenen für diesen wegen der Haftungsfolgen günstiger sein.⁵⁸⁴ Für Erbschaftsschenkungen wird nämlich nicht gehaftet, außer im Falle einer wissentlichen Veräußerung eines nicht bestehenden Erbrechts.⁵⁸⁵

Im Außenverhältnis haften Erbe und Erbschaftskäufer solidarisch. Je nach Erbserklärung ist die Haftung beschränkt oder unbeschränkt; wer von den beiden die Erklärung abgegeben hat, ist unerheblich. Befriedigt der Verkäufer Nachlass-

⁵⁷⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 4.

⁵⁸⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 5.

⁵⁸¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 6.

⁵⁸² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 8 f.

⁵⁸³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 10.

⁵⁸⁴ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1281 Rz 9.

⁵⁸⁵ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 1283 Rz 6.

gläubiger, hat er mangels anderer Vereinbarungen ein Rückgriffsrecht auf den Käufer der Erbschaft. Werden nur einzelne Nachlassstücke veräußert, sind die Haftungsregeln des § 1409 ABGB in Betracht zu ziehen.⁵⁸⁶

Wie bei einem Geschäft unter Lebenden greifen auch beim Erbschafts Kauf die Regeln und Rechtsfolgen der Gewährleistung und der Erbe hat für die Richtigkeit seines veräußerten Rechtes einzustehen; für das Vorhandensein einer bestimmten Sache oder eines bestimmten Wertes allerdings nur bei zugrunde liegen eines Inventars. Beim Erbschafts Kauf ohne vorherige Errichtung eines Inventars, dh „in Pausch und Bogen“, handelt es sich um einen Glücksvertrag. Der Käufer trägt das Risiko für die Beschaffenheit des Nachlasses. § 1283 ABGB ist jedoch dispositives Recht und kann abbedungen werden.⁵⁸⁷

Schuldner der Erbschaft haben vor Einantwortung an den Nachlass, danach an den Erbschaftskäufer zu leisten.⁵⁸⁸

2.9 Zusammenfassung: Erbfolge

Der Unternehmer kann sein Unternehmen nicht nur schon zu Lebzeiten an seinen Nachfolger übereignen, das Unternehmen kann, ebenso wie das andere Vermögen des Unternehmers, von Todes wegen auf den Nachfolger übergehen. Lässt sich der Unternehmer mit dem Unternehmensübergang jedoch bis zu seinem Ableben Zeit, kann das für den Fortbestand des Familienunternehmens Gefahren bergen. Zwar sorgt das „Prinzip Gießkanne“ der gesetzlichen Erbfolge für einen Vermögenserhalt im Familienkreis, es bringt aber auch das Risiko mit sich, dass das Unternehmen an mehrere Nachfolger mit sehr unterschiedlichen Interessen geht. Infolgedessen können nicht nur Unstimmigkeiten in der Familie entstehen, sondern auch der Fortbestand des Unternehmens gefährdet werden. Bessere Chancen zur Unternehmensperpetuierung bietet die gewillkürte Erbfolge. Der Unternehmer kann den geeigneten Nachfolger als Erbe oder Legatar zum Nachfolger im Familienunternehmen machen und andere Familienmitglieder gezielt bedenken, um im Gegenzug für das Unternehmen für einen Ausgleich zu sorgen. Zusätzlich bieten Instrumente wie Erbverzicht oder Erbschlagsungen die Möglichkeit, dem neuen Unternehmer einen sicheren Start ins Unternehmertum zu ermöglichen und ihn nicht mit Abfindungszahlungen an (andere) Erben zu belasten. Erbschafts Kauf und

⁵⁸⁶ Welser in Rummel, ABGB³, § 1282 Rz 1.

⁵⁸⁷ Welser in Rummel, ABGB³, § 1283 Rz 1 ff.

⁵⁸⁸ Welser in Rummel, ABGB³, § 1282 Rz 2.

Erbschaftsschenkung gestatten zudem eine „Umverteilung“ der Nachlassstücke, um allfällig fehlende oder für die Fortführung des Familienunternehmens unpassende Verfügungen des Erblassers zu korrigieren.

Je nach Abgabe der Erbserklärung ist die Haftung der Erben im Umfang unterschiedlich. Für denjenigen, der das Unternehmen im Zuge der Universal-sukzession übernimmt, greifen die unbeschränkten Haftungsregeln des § 40 UGB.

3. Noterben und Pflichtteilsrecht

Beim Pflichtteilsrecht handelt es sich um einen Kompromiss zwischen der Testierfreiheit des Erblassers und dem Prinzip der zwingenden Familienerbfolge. Mittels Pflichtteilsrecht soll den nahen Verwandten und dem Ehegatten des Erblassers ein Anteil am Wert des Nachlasses gesichert werden.⁵⁸⁹ Diesen Anteil kann der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten durch Geschäfte von Todes wegen zuwenden; ansonst entsteht für den Pflichtteilsberechtigten ein Pflichtteilsanspruch, der entweder auf den vollen Pflichtteil oder seine Ergänzung gerichtet ist. Beim Noterbrecht handelt es sich um kein echtes, vom Gesetz zwangsweise gewährtes Erbrecht, sondern lediglich um einen Anspruch auf Auszahlung des entsprechenden Wertes in Geld.⁵⁹⁰ Da der Pflichtteilsanspruch gleich mit dem Tod des Erblassers und nicht erst mit Geltendmachung entsteht, ist er sofort vererblich.⁵⁹¹

Zu den Pflichtteilsberechtigten gehören gem § 764 ABGB „Kinder“ im Sinne von Deszendenten, sowie „Eltern“ im Sinne von Aszendenten. Ehegatten sind sowohl neben Aszendenten, als auch neben Deszendenten pflichtteilsberechtigt, der Umfang ihres Pflichtteilsanspruchs ist allerdings je nach Konkurrenten unterschiedlich. Pflichtteilsberechtigt wird zudem nur, wer kraft gesetzlicher Erbfolge eintreten würde. Aus diesem Grund schließen Erbunfähigkeit, Erbunwürdigkeit oder Verzicht das Pflichtteilsrecht aus. IdR schließt ein lebendes Kind des Erblassers das Enkelkind vom Pflichtteil aus.⁵⁹² Kindeskindern gehören dann zu den Pflichtteilsberechtigten, wenn das Kind bei Errichtung des letzten Willens erbunfähig oder erbunwürdig ist oder ohne Wirkung für die Nachkommenschaft verzichtet hat.⁵⁹³ Ebenso pflichtteils-

⁵⁸⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, Vor § 762 Rz 1.

⁵⁹⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, Vor § 762 Rz 2 f.

⁵⁹¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, Vor § 762 Rz 4.

⁵⁹² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 764 Rz 2 f.

⁵⁹³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 777 Rz 1; mwN.

berechtigt sein können Wahlverwandte oder durch Legitimation verbundene Personen.⁵⁹⁴

Der Pflichtteil kann in jeder beliebigen Form hinterlassen werden. So kann ihn der Erblasser gem § 774 ABGB als Erbteil, Vermächtnis oder als Schenkung auf den Todesfall verfügen. Hat der Erblasser nicht über seinen gesamten Nachlass verfügt, kann der Pflichtteil auch durch den gesetzlichen Erbteil gedeckt werden. Außerdem kann der Erblasser den Pflichtteil ausdrücklich als solchen zuwenden. Einzige Bedingung ist, dass der Pflichtteil frei bleiben muss, dh, Beschränkungen, Belastungen (etwa in Form von Substitution), Bedingungen, Befristungen oder Auflagen sind unwirksam, wenn der Noterbe sich diese nicht freiwillig gefallen lässt. Lastet auf der letztwilligen Zuwendung als Pflichtteil ein Servitut oder eine Hypothek, wird die Verfügung nicht unwirksam, der Wert der Sache kann dadurch allerdings vermindert sein.⁵⁹⁵

Der Umfang des Pflichtteilsanspruches beträgt bei Nachkommen und dem Ehegatten des Erblassers gem §§ 765 f ABGB jeweils die Hälfte dessen, was diese als gesetzliche Erben aus dem Nachlass erhalten hätten; Vorfahren des Erblassers erhalten als Pflichtteil ein Drittel ihres gesetzlichen Erbteils.⁵⁹⁶

Personen, die einen Erbverzicht abgegeben haben, erbunwürdig sind oder rechtmäßig enterbt wurden oder sonst aus dem Erbrecht ausgeschlossen sind, werden bei der Pflichtteilsberechnung so behandelt, als wären sie nicht vorhanden (§ 767 Abs 1 ABGB). Hat jemand allerdings nur auf seinen Pflicht-, nicht aber auf seinen Erbteil verzichtet, ist er bei der Ausmessung der Pflichtteile zu berücksichtigen.⁵⁹⁷

Aus Sicht des Nachlasses sind Pflichtteilsberechtigte aufgrund der durch den Pflichtteilsanspruch entstandenen Verlassenschaftsverbindlichkeiten Nachlassgläubiger. Im Rang stehen Pflichtteilsberechtigte den Erbschaftsgläubigern nach, Vermächtnisnehmern gehen sie indessen vor. Wie bereits erwähnt, handelt es sich beim Pflichtteilsanspruch um einen Anspruch in Geld, der aber durch die Zuweisung von Verlassenschaftsstücken oder Forderungen an Zahlungen statt abgelöst werden kann.⁵⁹⁸ Erben werden die Pflichtteilsansprüche nicht immer in bar befriedigen können, weswegen sich die Notwendigkeit ergeben kann, Pflichtteilsberechtigte

⁵⁹⁴ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 764 Rz 4.

⁵⁹⁵ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 549.

⁵⁹⁶ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 547.

⁵⁹⁷ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 547.

⁵⁹⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 764 Rz 6 f.

durch die Übergabe von Nachlassstücken oder mittels einer Beteiligung am Nachlassvermögen, dh uU am Familienunternehmen, zu befriedigen.⁵⁹⁹

Auch sonst folgt der Pflichtteilsanspruch schuldrechtlichen Regeln. Der Erblasser kann, wie erwähnt, vorweg den Pflichtteilsanspruch durch Zuwendungen, beispielsweise in Form von Vermächtnissen, sicherstellen. Pflichtteilsberechtigte können auf ihr Recht ganz oder teilweise verzichten. Die Reichweite des Verzichts ist im Zweifel im Rechtsweg festzustellen – etwa, ob auch die Nachkommenschaft davon erfasst ist.⁶⁰⁰

Unabhängig von der Kenntnis der Berechtigung verjährt der Pflichtteilsanspruch binnen drei Jahren ab dem Tod des Erblassers bzw bei Vorhandensein einer letztwilligen Verfügung ab deren Kundmachung.⁶⁰¹

Im Verlassenschaftsverfahren ist die Beteiligung der Noterben beschränkt und dient nur der Wahrung ihrer Rechte. Werden Noterben vom Verfahren nicht verständigt, hat ihre Nichtbeziehung die Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge.⁶⁰² Durchsetzbar sind Pflichtteilsansprüche mittels Pflichtteilsklage. Zur Ermittlung der Höhe kann gem Art 42 EGZPO ein Offenbarungseid verlangt werden. Dieses Begehren ist vor Einantwortung gegen die Verlassenschaft, danach gegen Erben zu richten.⁶⁰³

Noterben besitzen keinen Einfluss auf die Verwaltung des Nachlasses und können somit auch nicht bei dessen Verwendung mitentscheiden. Damit haben sie etwa kein Widerspruchsrecht gegen die gerichtliche Bewilligung des Verkaufs von Liegenschaften unter dem Schätzwert. Erben müssen nicht im Interesse des Noterben wirtschaften.⁶⁰⁴

Entfällt ein Noterbe, vergrößert sich der Pflichtteil der übrigen, nicht aber, wenn dem Entfall ein Pflichtteilsverzicht eines Noterben zugrunde liegt. Ist der Anspruch eines Noterben schon durch Vorempfänge gedeckt, ist sein Anspruch bei der Berechnung der übrigen Pflichtteilsansprüche zu berücksichtigen, um nicht den Zweck der Anrechnung zu vereiteln, würde doch ansonst erst recht wieder kein Ausgleich unter den Erben erzielt.⁶⁰⁵ Die Pflichtteilsminderung eines Noterben

⁵⁹⁹ *Obronsky/Thomanez*, Die Behandlung von mit Kapitalvermögen abgefundenen Pflichtteilsrechten, SWK 1997, 470.

⁶⁰⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 764 Rz 6 f.

⁶⁰¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 764 Rz 9.

⁶⁰² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 764 Rz 11.

⁶⁰³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 764 Rz 14 ff; mwN.

⁶⁰⁴ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 786 Rz 6; mwN.

⁶⁰⁵ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 767 Rz 1 ff; mwN.

vergrößert nicht die Pflichtteile der übrigen, vielmehr kommt sie der Testierfreiheit des Erblassers zugute.⁶⁰⁶

3.1 Erfordernisse einer rechtmäßigen Enterbung

Die gänzliche oder teilweise Entziehung des Pflichtteils durch letztwillige Verfügung wird als Enterbung bezeichnet. Einerseits kann sie ausdrücklich erfolgen, andererseits kann sie bei Vorliegen von Enterbungsgründen auch stillschweigend durch Übergehung erfolgen. Die Enterbungsgründe der §§ 768 ff ABGB sind taxativ aufgezählt und müssen bei Errichtung des letzten Willens vorliegen. Erfolgt eine Enterbung unrechtmäßig, erhält der Noterbe zwar seinen Pflichtteil, nicht jedoch seinen Erbteil. Die irrtümliche Annahme eines Enterbungsgrundes kann mittels Irrtumsanfechtung bekämpft werden.⁶⁰⁷

Solche im Gesetz genannten Enterbungsgründe sind das Hilfloslassen des Erblassers im Fall eines Notstandes oder Zustands der Bedrängnis – etwa die Vernachlässigung oder Verweigerung des Beistandes im Fall einer lebensgefährlichen Erkrankung oder die Weigerung der Mitarbeit in der Landwirtschaft der alten oder kranken Wahl Eltern oder das Verlassen der Eltern, wenn das Adoptivkind gerade eine Stütze im Alter und in der Berufsausübung sein sollte. In allen Fällen sind jedoch ebenso die Interessen des Enterbten zu berücksichtigen.⁶⁰⁸ Auch eine gerichtliche Verurteilung oder eine gegen die öffentliche Sittlichkeit verstoßende Lebensart kann zur Enterbung berechtigen. Nach heutigem Maßstab verstoßen außereheliche Beziehungen nicht mehr gegen die öffentliche Sittlichkeit.⁶⁰⁹ Die Erbwürdigkeitsgründe gem §§ 540 ff ABGB sind zugleich Enterbungsgründe; sie werden erst durch Widerruf gem § 720 ABGB beseitigt und bedeuten damit auch eine Verzeihung iSd § 540 ABGB. Die Beweislast, dass der Erblasser ihm verziehen hat und ihm sein Pflichtteil somit zusteht, liegt beim Noterben.⁶¹⁰ Hingegen hat der Erbe die Enterbung und deren Rechtmäßigkeit einzuwenden und zu beweisen.⁶¹¹ Der Auslegung unterliegen jedoch Fälle, in denen bei Vorliegen eines Enterbungsgrundes dem Noterben weniger als der Pflichtteil zugewendet wurde. Dann gilt zu klären, ob es sich hierbei um eine teilweise Enterbung handelt, oder ob der Erblasser damit von

⁶⁰⁶ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 767 Rz 6.

⁶⁰⁷ *Welser in Rummel*, ABGB³, Vor § 768 Rz 1 ff.

⁶⁰⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 768 Rz 1 ff.

⁶⁰⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 768 Rz 4 ff.

⁶¹⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 770 Rz 1.

⁶¹¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 771 Rz 2; mwN.

einer Enterbung absehen wollte und sich bloß in der Höhe des Pflichtteilsanspruchs verschätzt hat, wodurch der Noterbe eine Pflichtteilsergänzung fordern könnte.⁶¹²

§ 773 ABGB kennt außerdem die Enterbung in guter Absicht (*exhereditio bona mente*). Diese ist nur bei einem verschuldeten oder verschwenderischen Noterben möglich und kann unter der Voraussetzung der Gefahr des Vermögensverlustes zu Lasten der Kinder des Noterben erfolgen. Es genügt die Wahrscheinlichkeit der Gefahr und dass der Umstand noch bei Erbanfall gegeben ist. IdR indiziert der bisherige Lebensstil die Besorgnis der Verschwendung. Anstelle des Enterbten treten seine Deszendenten.⁶¹³ Durch diese Art der Enterbung kann der Erblasser für einen Vermögenserhalt im Familienkreis sorgen und die Gefahr umgehen, dass Teile seines Nachlasses in weiterer Folge an die Gläubiger des Pflichtteilsberechtigten gehen.

Wie bei allen letztwilligen Verfügungen sollte der Erblasser die Konsequenzen seiner Verfügung auf das weitere Familienleben genau überdenken. In vielen Fällen wäre zum Erhalt der Familienbeziehungen die einvernehmliche Lösung in Form eines Pflichtteils- oder Erbverzichts zugunsten der Deszendenten empfehlenswerter als eine eigenmächtige Enterbung.

3.2 Pflichtteilsminderung

Die Pflichtteilsminderung iSd § 773a ABGB kommt nur dann in Frage, wenn eine für das gesetzliche Erbrecht und Pflichtteilsrecht typische Nahebeziehung fehlt. Die Herabsetzung auf die Hälfte des Pflichtteils ermöglicht dem Erblasser eine größere Testierfreiheit und ist sowohl in absteigender Linie – gegenüber Kindern des Erblassers – als auch in aufsteigender Linie – dh gegenüber den Eltern des Erblassers – möglich. Es versagt nur, wenn die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem Pflichtteilsberechtigten grundlos abgelehnt wird.⁶¹⁴ Eine Pflichtteilsreduktion tritt nicht von selbst ein, sie muss vom Erblasser ausdrücklich angeordnet werden. Ihr Umfang kann beliebig sein, darf jedoch nicht die Hälfte des Pflichtteils überschreiten. Sie bezieht sich sowohl auf den Nachlass- als auch auf den Schenkungspflichtteil.⁶¹⁵

Ein verminderter Pflichtteilsanspruch kann sich *va* für den Erben des Unternehmens positiv auswirken, indem er einen geringeren Anspruch zu befriedigen hat und die Forderung sich weniger stark auf den Unternehmensfortbestand auswirken könnte.

⁶¹² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 771 Rz 4; uHa SZ 38/194 = OGH 1 Ob 185/65.

⁶¹³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 773 Rz 1 ff, mwN.

⁶¹⁴ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 773a Rz 1 f, mwN.

⁶¹⁵ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 773a Rz 4.

Dennoch ist mit Pflichtteils minderungen die gleiche Vorsicht geboten, wie mit eigenmächtigen Enterbungen.

3.3 Übergehen gesetzlicher Erben im letzten Willen

Wird ein gesetzlicher Erbe im letzten Willen nicht erwähnt, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um eine bewusste Entziehung seines Erb- oder Pflichtteils handelt, oder ob der Erblasser ihn irrtümlich übergegangen hat. Grundsätzlich ist die Nichterwähnung im letzten Willen als eine Entziehung des Erbteils für den gesetzlichen Erben zu verstehen. Liegt ein Enterbungsgrund vor, ist die Übergehung auch als Entziehung des Pflichtteils für den Noterben zu werten. Die §§ 776 bis 779 ABGB kennen allerdings Vermutungen und Irrtumsregeln zugunsten übergangener Kinder.⁶¹⁶ Als stillschweigend übergegangen gilt ein Kind etwa dann nicht, wenn der Erblasser bloß ein Kodizill hinterlässt, weil dann für den restlichen Nachlass die gesetzliche Erbfolge eintritt.⁶¹⁷ Ebenso wird der restliche Nachlass nach den Regeln des gesetzlichen Erbrechts verteilt, wenn der Erblasser nicht über den gesamten Nachlass verfügt hat. Die freie Quote wird auf alle gesetzlichen Erben einschließlich des übergangenen Erben verteilt.⁶¹⁸ Wusste der Erblasser von der Existenz des Kindes und erwähnt es in seinem letzten Willen nicht, ist von absichtlicher Übergehung auszugehen und das Kind auf den Pflichtteil zu beschränken.⁶¹⁹

3.4 Pflichtteilsermittlung

Die Regeln für die Ermittlung der Pflichtteilshöhe finden sich in § 784 ABGB. Der Noterbe hat das Recht auf Inventarisierung, kann sich aber – als nicht pflegebefohlener Pflichtteilsberechtigter – mit einem eidesstattlichen Vermögensbekenntnis des Erben begnügen. Zur Pflichtteilsermittlung wird der Wert des Nachlasses geschätzt, indem alle Aktiven und Passiven verzeichnet und bewertet werden. Die Schätzung hat auf den Wert zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers abzustellen und nicht auf den Schätztag.⁶²⁰

Die Aktiven beinhalten alle frei vererblichen Vermögenswerte. Die wesentlichen Grundsätze bei deren Bewertung lauten, dass idR der Wert einer Sache vom

⁶¹⁶ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 776 Rz 1 ff.

⁶¹⁷ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 777 Rz 2.

⁶¹⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 777 Rz 8.

⁶¹⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 777 Rz 4.

⁶²⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 784 Rz 1 f, mwN.

Verkehrswert abhängig ist. Landwirtschaftlich genutzte Liegenschaften werden nach dem kapitalisierten Ertragswert bewertet, wobei auch auf den Grundsatz des „Wohl-Bestehen-Könnens“ geachtet wird. Anteilsrechte, etwa der Anteil an einem Haus, sind entsprechend niedriger zu bewerten als das Ganze. Zur Schätzung von Unternehmen ist ihr gemeiner Wert und nicht der Buchwert ausschlaggebend, ein vorhandener Goodwill hat ebenso in die Bewertung einzufließen.⁶²¹ Eine Inventarisierung eines Unternehmens oder von Unternehmensanteilen erfolgt anhand eines Rechnungsabschlusses bezogen auf den Todeszeitpunkt.⁶²²

Zu den Passiven gehören alle Lasten, die der Noterbe bei gesetzlicher Erbfolge tragen müsste, somit alle Erblasserschulden – dh, Verbindlichkeiten des Erblassers, die zu Lebzeiten entstanden sind – und all jene Verbindlichkeiten, die mit dem Tod des Erblassers entstehen (Erbfallsschulden und Erbgangsschulden), außer jene, die einer Anordnung des letzten Willens entspringen.⁶²³ Besonders hervorzuheben ist, dass zu den Erblasserschulden auch der Anspruch des Ehegatten auf Abgeltung der Mitwirkung im Erwerb und der Anspruch des Testamentserben aus einem Dienstverhältnis mit dem Erblasser gehören.⁶²⁴ Dienstbarkeiten, die auf Liegenschaften lasten, sind bei der Bewertung ebenfalls in Abzug zu bringen.⁶²⁵ Bei der Bewertung von solchen Belastungen ist auf die tatsächliche Dauer der Belastung abzustellen, dh, etwa auf den Zeitraum, in dem ein Fruchtgenussrecht geleistet wurde.⁶²⁶ Nicht zu den in Abzug zu bringenden Passiven gehören Vermächnisse, Vorausvermächnisse und Verpflichtungen aus einer Schenkung auf den Todesfall. Geht die gemeinsame Wohnung beim Tod des Erblassers an den überlebenden Ehegatten, um dessen Wohnbedürfnis zu sichern, wird bei der Pflichtteilsermittlung das Vindikationslegat des § 10 WEG nicht in die Bewertung miteinbezogen, da es aus dem Nachlass ausscheidet; wird aber im Falle des § 10 Abs 2 WEG ein Übernahmepreis vereinbart, stellt dieser einen Teil der Nachlassaktiva dar.⁶²⁷

Der Pflichtteil kann vom Erblasser auch gem § 774 ABGB in Form eines Erbteils oder Legats hinterlassen werden. Wenn diese den Pflichtteilsanspruch nicht zur Gänze decken, erhält der Pflichtteilsberechtigte einen Pflichtteilsergänzungsanspruch.⁶²⁸ Da der Pflichtteilsanspruch und sein Ausmaß mit dem Tod des

⁶²¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 784 Rz 4; uHa SZ 26/90 = 2 Ob 139/53; mwN.

⁶²² *Eccher in Schwimann*, ABGB III³, § 802 Rz 19; mwN.

⁶²³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 784 Rz 5.

⁶²⁴ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 784 Rz 6; uHa SZ 37/60 = OGH 5 Ob 98/64.

⁶²⁵ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 784 Rz 6; uHa NZ 1990, 153 = OGH 3 Ob 587/87.

⁶²⁶ *Payer*, SWK 2003, 1057.

⁶²⁷ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 784 Rz 8 f; mwN.

⁶²⁸ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 786 Rz 2.

Erblassers festzustellen sind, beeinflussen Wertänderungen des Nachlasses, die im Zeitraum bis zur endgültigen Zuteilung eintreten, den Pflichtteilsanspruch als solchen nicht.⁶²⁹

Erzielt der Empfänger durch seine Tätigkeit Wertsteigerungen der empfangenen Sachen, sind diese bei der Bewertung nicht in Anschlag zu bringen. Ebenso nicht in die Bewertung einfließen dürfen Früchte und Nutzen, die zwischen Empfang und Erbanfall liegen. Gleiches ist zu beachten, wenn die empfangene Sache beim Erbanfall untergegangen ist, sich verschlechtert hat oder bereits veräußert wurde – all dies geht zu Lasten des Empfängers und ist nicht Grundlage der Bewertung.⁶³⁰

Hat der Pflichtteilsberechtigte bereits Vorempfänge in der entsprechenden Höhe erhalten, erhält er keinen Anspruch auf Auszahlung seines Pflichtteilsanspruchs.⁶³¹

3.5 Schenkungsanrechnung

Um einer Vereitelung des Noterbrechts durch den Erblasser entgegenzuwirken, kennt § 785 ABGB die Schenkungsanrechnung. Dank dieser kann auch ein Ausgleich unter den Noterben erreicht werden, wenn einer von ihnen bereits Schenkungen vom Erblasser erhalten hat. Die Schenkungsanrechnung kommt aber nur zum Tragen, wenn eines der pflichtteilsberechtigten Kinder oder der Ehegatte sie verlangen. Aszendenten haben kein Recht die Schenkungsanrechnung zu verlangen. Die Schenkungsanrechnung ist auf dem Klagsweg durchsetzbar. Sie führt zur Berücksichtigung der Schenkungen zugunsten aller Noterben.⁶³²

Anrechnungsberechtigt ist nur, wer ein Noterbrecht hat. Nur solche Personen können von einer Anrechnung profitieren. So werden Enkel von der Anrechnungsberechtigung durch das lebende Kind des Erblassers ausgeschlossen. Ein Kind wiederum ist nur anrechnungsberechtigt, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt der Schenkung bereits ein pflichtteilsberechtigtes Kind hatte. Der Ehegatte kommt nur in den Genuss der Schenkungsanrechnung, wenn er zum Zeitpunkt der Schenkung selbst mit dem Erblasser verheiratet war. All diese Voraussetzungen gelten, egal, ob die Schenkung an einen Pflichtteilsberechtigten oder an einen Dritten erfolgt ist. Nur eine Schenkung unter Lebenden unterfällt der Schenkungsanrechnung des § 785 ABGB. Sie bildet die Berechnungsgrundlage ohne Rücksicht auf den

⁶²⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 786 Rz 4.

⁶³⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 794 Rz 9 ff, mwN.

⁶³¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 786 Rz 5.

⁶³² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 1 ff, mwN.

Schenkungsempfänger. Gleichgültig ist auch der Gegenstand der Schenkung; dh, es kommen auch Unternehmensanteile in Frage für eine Schenkungsanrechnung.⁶³³

Eine Schenkung auf den Todesfall ist kein Fall der Schenkungsanrechnung des § 785 ABGB, da sie in den Nachlass fällt und so bei der Ermittlung des Nachlasspflichtteils ohnehin mitzählt. Handelt es sich um eine gemischte Schenkung, ist nur der geschenkte Teil anzurechnen. Um das Ausmaß des unentgeltlichen Teils zu ermitteln, hat sich die Bewertung der Leistungen auf den Schenkungszeitpunkt zu beziehen, sodass unvorhersehbare Verwertungschancen nicht mit in Anschlag zu bringen sind. Auch Leibrentenverträge oder Unternehmensbeteiligungen können als gemischte Schenkungen konstruiert sein und damit von der Schenkungsanrechnung betroffen sein.⁶³⁴

Ausgenommen von der Anrechnung sind Schenkungen, die nur die Einkünfte und nicht das Stammvermögen des Erblassers geschmälert haben, wenn sie einem gemeinnützigen Zweck – etwa öffentlichen Institutionen wie Schulen oder Spitälern – dienen oder eine sittliche Pflicht betreffen. Eine solche sittliche Pflicht ist unter Berücksichtigung der konkreten Beziehung zwischen Geschenkgeber und Beschenktem zu beurteilen und wäre etwa bei Zuwendungen gegenüber dem Ehegatten gegeben, um dessen angemessene Versorgung zu sichern.⁶³⁵ Die Rspr⁶³⁶ lässt zu, dass auch nur ein Teil einer Schenkung aus sittlicher Pflicht erfolgt sein kann.

Bei der Anrechnung unberücksichtigt bleiben Schenkungen, die an nicht pflichtteilsberechtigte Personen gemacht wurden und vom Erbfall mehr als zwei Jahre zurückliegen.⁶³⁷

Was die Anrechnung von Schenkungen an pflichtteilsberechtigte Personen betrifft, und ob diese sich ihre Schenkung unbefristet anrechnen lassen müssen, sorgt in der Lehre für Uneinigkeit. Folgt man *Welser*⁶³⁸ ist nur anrechnungspflichtig, wer selbst anrechnungsberechtigt ist. Sohin gilt für Personen, die auf ihr Pflichtteilsrecht verzichtet haben, die gleiche Frist von zwei Jahren wie für „normale“ nicht pflichtteilsberechtigte Personen. Die Grenze dieser Anrechnungsfreiheit bildet allerdings der rechtsmissbräuchliche Verzicht auf den Pflichtteil, um einer

⁶³³ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 4 ff; mwN.

⁶³⁴ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 9 ff; mwN.

⁶³⁵ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 12 ff.

⁶³⁶ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 15; uHa SZ 70/231 = OGH 7 Ob 304/97z.

⁶³⁷ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 16.

⁶³⁸ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 17; mwN.

unbefristeten Anrechnung zu entgehen.⁶³⁹ Ein solcher Rechtsmissbrauch wäre dann anzunehmen, wenn ein Pflichtteilsberechtigter lange nach Erhalt der Schenkung auf seinen Pflichtteil verzichtet, um so der unbegrenzten Anrechnung und damit dem Ausgleich zwischen den Noterben zu entgehen.⁶⁴⁰

3.6 Berechnung der Pflichtteilerhöhung

Bei der Berechnung der Pflichtteilerhöhung wird angenommen, dass noch alle Schenkungen im Nachlass wären. Am zweckmäßigsten ist es, den gemeinen Pflichtteil separat vom Schenkungspflichtteil zu ermitteln. Zur Ermittlung des Schenkungspflichtteils werden alle Geschenke, auch jene an den Anrechnungsberechtigten, zusammengezählt. Danach werden die Pflichtteile der einzelnen Noterben bestimmt. Da sie ihre Vorfahren repräsentieren, haben sich pflichtteilsberechtigten Enkel Vorempfänger ihrer Vorfahren anrechnen zu lassen. Die Differenz zwischen erhöhtem Pflichtteil und Nachlasspflichtteil ist die Pflichtteilerhöhung, bzw. der Schenkungspflichtteil. Die Schenkung, die der Noterbe erhalten hat, ist für seinen Pflichtteilsanspruch nur vom Schenkungspflichtteil in Abzug zu bringen, nicht vom Nachlasspflichtteil.⁶⁴¹

Die Pflichtteilerhöhung ist ebenfalls aus dem Nachlass zu decken und geht zu Lasten des Erben. Nur wenn die Nachlassdeckung erschöpft ist, kann der Erbe die Herausgabe des Geschenkes verlangen, soweit es notwendig ist, Fehlbeträge zur Befriedigung der Pflichtteilsansprüche aufzubringen. Pflichtteilsberechtigten Beschenkte haften nur soweit, als sie infolge der Schenkung mehr als den ihnen bei Einrechnung der Schenkung gebührenden Pflichtteil erhalten würden.⁶⁴²

Die Durchsetzung der Pflichtteilergänzung gegen Erben oder den Nachlass ist im Streitigen Verfahren zu erwirken.⁶⁴³

3.7 Anrechnung von Vorempfängern und Vorschüssen

Die §§ 788 f ABGB bestimmen: Pflichtteilsberechtigten Nachkommen müssen sich Vorempfänger, die sie zu Lebzeiten des Erblassers von diesem erhalten haben,

⁶³⁹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 17; mwN.

⁶⁴⁰ OGH 4 Ob 519/95 = JBl 1995, 584.

⁶⁴¹ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 22; mwN.

⁶⁴² *Welser in Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 23 f.

⁶⁴³ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 26.

anrechnen lassen. Zuwendungen des Erblassers können als Vorschuss auf den Pflichtteil gestaltet sein; solche müssen sich alle Pflichtteilsberechtigten anrechnen lassen.⁶⁴⁴

Zu den Vorempfängen, die sich pflichtteilsberechtigten Nachkommen zu ihrem Pflichtteil anrechnen lassen müssen, gehören Heiratsgut, Ausstattung, das zum Antritt eines Amtes oder Gewerbes Gegebene und die Zahlung von Schulden großjähriger Kinder durch den Erblasser. Vorempfänge sind nicht nur auf den Pflichtteil, sondern auch bei der gesetzlichen Erbfolge auf den Erbteil anrechenbar.⁶⁴⁵ Erziehungs- und Ausbildungsaufwand gehören nicht zur Gruppe des zum Antritt eines Amtes oder Gewerbes Gegebenen, sondern stellen einen Teil des auf keinen Fall anrechenbaren Unterhalts dar.⁶⁴⁶

Zu den anrechenbaren Vorschüssen gehören alle Zuwendungen des Erblassers unter Lebenden, die ohne Rechtspflicht gegeben werden. Bei ihrer Hingabe wird die Verrechnung auf den Erb- oder Pflichtteil bedungen. Der Erblasser kann eine solche Anrechnung auf den Erb- oder Pflichtteil allerdings nicht alleine, sondern nur im Einvernehmen mit dem Verzichtenden verfügen.⁶⁴⁷ So kann im Gegenzug zur lebzeitigen Übergabe des Familienunternehmens an den Nachfolger vereinbart werden, dass sich dieser die Übergabe als Vorschuss auf seinen Erb- und Pflichtteil anrechnen lassen muss. In weiterer Konsequenz erhält der Unternehmensnachfolger vom Nachlass des Erblassers nur etwas, wenn seine Erbquote oder sein Pflichtteilsanspruch den Wert des als Vorschuss erhaltenen Unternehmens übersteigen würden.

Der Erblasser kann keine weiteren Anrechnungen anordnen. Hat ein Deszendent Vorempfänge erhalten, wirken sich diese auch auf seine Nachkommen aus, die sich diese anrechnen lassen müssen.⁶⁴⁸

Die Anrechnung von Schenkungen und Vorempfängen oder Vorschüssen ist deswegen zu trennen, weil der Nachlasspflichtteil unter Berücksichtigung von Vorempfängen und Vorschüssen unter Lebenden ermittelt wird und danach erst separat der Schenkungspflichtteil berechnet wird. Zusammen bilden Nachlasspflichtteil und Schenkungspflichtteil den erhöhten Pflichtteil.⁶⁴⁹ Die Anrechnung von

⁶⁴⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 553.

⁶⁴⁵ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 554.

⁶⁴⁶ *Welser* in *Rummel*, ABGB³, § 789 Rz 10.

⁶⁴⁷ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 554.

⁶⁴⁸ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 554.

⁶⁴⁹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 553.

Schenkungen nützt nur den Noterben, die von Vorempfängen kann auch Testamentserben nutzen. Zudem gibt es, anders als bei Schenkungen, bei Vorempfängen keine Möglichkeit der Rückerstattung.⁶⁵⁰

Die Anrechnung von Vorempfängen und Vorschüssen wird wie die Schenkungsanrechnung nach der Methode JB 114 des OGH ermittelt. Anrechnungspflichtige Werte werden dem Nachlass hinzugeschlagen, sodass fingiert wird, sie wären noch im Nachlass vorhanden. Daraus werden ziffernmäßig die einzelnen Pflichtteile aller Noterben ermittelt, dh, bei der Pflichtteilsermittlung ist einheitlich zugunsten und zu Lasten aller Noterben vorzugehen. Der anrechnungspflichtige Vorempfang wird dann beim entsprechenden Noterben von seinem Pflichtteil abgezogen.⁶⁵¹

Der Ausgleich zwischen den Noterben geschieht aus den Mitteln des Nachlasses und somit auf Kosten der Erben, da der Anrechnungspflichtige selbst nichts herausgeben muss. Reicht der Nachlass zur Deckung der übrigen Pflichtteile nicht aus, unterbleibt der Ausgleich.⁶⁵²

Der hA⁶⁵³ nach ist der Erlass der Anrechnung zum Nachteil der Testamentserben möglich, jedoch nicht zum Nachteil der übrigen Noterben, würden doch sonst deren Pflichtteile verkürzt. So wird auch im Fall eines Erlasses der Vorempfang zum Nachlass hinzugeschlagen, jedoch beim befreiten Vorempfänger nicht in Abzug gebracht, solange der Nachlass zur Deckung aller sonstigen Pflichtteile ausreicht.

Gibt es nur einen Noterben, ist diese Methode für ihn von Vorteil, da er weiterhin seinen vollen Anspruch behält. Auch wenn der reine Nachlass zur Deckung aller anderen Pflichtteile ausreicht, ist der Vorempfänger im Vorteil. Den Nachteil trägt allein der Testamentserbe, der entsprechend weniger erhält.⁶⁵⁴

3.8 Pflichtteilsansprüche und das Unternehmen

Aufgrund der Tatsache, dass das Hauptvermögen eines Unternehmers in den meisten Fällen in seinem Unternehmen steckt, werden letztwillige Verfügungen kaum so zu lösen sein, dass eventuelle Noterben befriedigt werden können, ohne dabei in der Lösung das Unternehmen als Teil des Nachlasses berücksichtigen zu

⁶⁵⁰ *Welser in Rummel*, ABGB³, § 785 Rz 28.

⁶⁵¹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 555.

⁶⁵² *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 555.

⁶⁵³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 555; uHa *Welser in Rummel*, ABGB³, §§ 788, 789 Rz 15.

⁶⁵⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 555.

müssen. Dabei stellen sich va zwei Probleme: eine Beteiligung des Noterben am Unternehmen wird idR unerwünscht sein, den Noterben „auszuzahlen“ kann sich der Erbe des Unternehmens aber nicht leisten, ohne dafür auf das Unternehmensvermögen zurückgreifen zu müssen. Kommt es zu keiner Einigung mit dem Noterben, wird sich der Erbe dazu gezwungen sehen, das Unternehmen zu verkaufen, um aus dem Erlös Pflichtteilsansprüche zu befriedigen oder aber das Unternehmen zu zerschlagen. Weder ein – den Preis drückender – Notverkauf, noch eine Zerschlagung des Unternehmens, die ebenfalls erhebliche Werte vernichten kann, können damit im Interesse der Beteiligten liegen. Davon abgesehen würden diese beiden Alternativen dazu führen, dass das Ziel der letztwilligen Verfügung – nämlich die Fortführung des Unternehmens durch den Erben – vereitelt würde.⁶⁵⁵

Zwar ist die Fortführung des Unternehmens an sich ein durchaus wichtiges Anliegen, etwa für die Arbeitnehmer oder den Wettbewerb am Markt, nicht zu vernachlässigen im Erbrecht ist allerdings die Position des Erben. Im Endergebnis sind damit auch die Fortführung des Unternehmens durch den Erben und sein Schutz gegenüber Pflichtteilsansprüchen, die diese Unternehmensperpetuierung vereiteln können, verbunden.⁶⁵⁶

Mitunter kann über die Fortführung des Unternehmens auch in Form eines Legats verfügt werden. Auch der Legatar soll nicht Gefahr laufen, das Unternehmen veräußern zu müssen, um Pflichtteilsansprüche zu befriedigen, sondern das Unternehmen weiterführen können.⁶⁵⁷

Mit dem Spannungsfeld zwischen Pflichtteilsansprüchen und der Unternehmensfortführung durch den Erben, das sich aus den rechtlichen Rahmenbedingungen ergibt, beschäftigte sich auch eine Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz von Univ.-Prof. *Krejci*.⁶⁵⁸ Sie konnte schon allein praktische Gründe dafür ausmachen, warum einem fortsetzungswilligen Erben die Fortführung des Unternehmens zu ermöglichen ist:

- Eine andere Lösung als die Fortführung durch den Erben würde einen Verkaufsdruck auslösen, der den Verkaufserlös gravierend mindern würde; unter der Bedingung, dass das Unternehmen überhaupt verkaufbar ist.
- Einen konkreten Käufer zu finden, nimmt erhebliche Zeit in Anspruch. Ein fortführungswilliger Erbe wird an der Suche nach einem Käufer kaum

⁶⁵⁵ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 1.

⁶⁵⁶ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 4.

⁶⁵⁷ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 5.

⁶⁵⁸ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 4 f.

Interesse haben und der Pflichtteilsberechtigte selbst wird idR nicht als ausreichend informierter Interessentensucher in Frage kommen.

- Eine lediglich vorübergehende Fortführung durch den Erben kann der Prosperität des Unternehmens erheblich schaden. (Anmerkung: die Ungewissheit über den Fortgang des Unternehmens kann etwa das Vertrauen der Kunden beeinflussen und diese in die Arme der Konkurrenz treiben; Bank- und Lieferkonditionen könnten aufgrund der Unsicherheit der Fortführung geändert werden).
- Die österreichische Wirtschaft basiert auf einer KMU-Struktur. Die Aufrechterhaltung von Familienunternehmen mittels der Fortführung durch den Erben hilft diese Marktstruktur aufrecht zu erhalten.

o Stundungsmodell

Die Arbeitsgruppe um Univ.-Prof. *Krejič*⁶⁵⁹ beschäftigte sich mit einer möglichen Beschränkung des Pflichtteilsrechts, um die Fortführung des Unternehmens durch den Erben nicht zu gefährden. Angedacht wurden dabei drei unterschiedliche Lösungsansätze. Zum einen die Möglichkeit Pflichtteilsansprüche nur soweit zuzubilligen, als keine Unternehmenswerte betroffen sind oder zum anderen die Höhe des Pflichtteilsanspruchs unangetastet zu lassen, seine Befriedigung aber in Form eines „Stundungsmodells“ zu modifizieren. Anleihen für die ausgearbeitete Lösung finden sich, aufgrund der funktionellen Parallelität zwischen landwirtschaftlichen Gütern und Unternehmen, im Anerbenrecht, als auch im Scheidungsrecht, das dem Schutz der Unternehmenserhaltung den Vorrang gegenüber einer scheidungsbedingten Vermögensaufteilung gibt.

Als dritte Möglichkeit – die Stundung des Pflichtteilsanspruchs durch eine *facultas alternativa* in Form einer (stillen) Beteiligung am Unternehmen – wurde von der Arbeitsgruppe wieder fallen gelassen. Neben einer heiklen juristischen Zuordnung⁶⁶⁰ bietet dieser Ansatz wohl vor allem durch das Zusammenwirken der Beteiligten Anlass zu Auseinandersetzungen und ist problematischer als etwa die (stille) Beteiligung eines anderen Erben am Unternehmen.

Die Arbeitsgruppe überlegte zudem eine weitere Einschränkung der Pflichtteilsansprüche, die darüber hinausgeht, die reine Unternehmensfortführung zu sichern; etwa die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz durch den Schutz von Haus oder Eigentumswohnung des Erben, wie dies im deutschen Recht mit § 2331a dBGB

⁶⁵⁹ *Krejič*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 5 f.

⁶⁶⁰ *Krejič*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 6.

möglich ist. Dort wird der Pflichtteil in allen Fällen eingeschränkt, in denen „die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände ungewöhnlich hart treffen“ würde. Darunter fallen beispielsweise das Aufgeben der Familienwohnung oder die Veräußerung von Wirtschaftsgütern. Der Meinung der Arbeitsgruppe folgend, ist das Schutzziel der Stundung von Pflichtteilsansprüchen auf jene Fälle zu erstrecken, in denen nicht bloß eine Veräußerung oder Zerschlagung des Unternehmens vonnöten wäre, um Pflichtteilsansprüche zu befriedigen, sondern auch dann, wenn die Lebensgrundlage in Form der Familienwohnung des unternehmensfortführenden Erben und seiner Angehörigen geopfert werden müsste.⁶⁶¹

Der Pflichtteilsanspruch, als Anspruch in Geld, bleibt im ausgearbeiteten Stundungsmodell der Arbeitsgruppe dem Grund und der Höhe nach aufrecht. Eine Stundung des Pflichtteilsanspruchs darf der Erbe jedoch in all jenen Fällen verlangen, in denen der Fortbetrieb des ererbten Unternehmens gefährdet wäre, der Erbe zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen dazu gezwungen wäre zum Nachlass gehörende Unternehmens- oder Gesellschaftsanteile zu veräußern und so den Einfluss auf die Unternehmensführung zu verlieren,⁶⁶² oder seine Familienwohnung zu veräußern, um die Ansprüche zu tilgen.

Entsprechend des Entwurfs der Arbeitsgruppe werden die Bedingungen für die Stundung vom Gericht auf Verlangen des Erben nach Billigkeit und auf den konkreten Einzelfall abgestimmt festgelegt. Die Ausgestaltung der Stundung richtet sich nach der Fortführbarkeit des Unternehmens durch den Erben unter der Voraussetzung, dass eine sofortige Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs aus dem sonstigen ererbten Nachlassvermögen nicht zumutbar ist. Aufgrund dieser Einzelfallbezogenheit kann es auch sein, dass nur ein Teil des Pflichtteilsanspruchs gestundet wird.⁶⁶³

Um die Höhe des Pflichtteilsanspruchs festzulegen, bedarf es ua der Bewertung des Unternehmens – falls nicht anders vereinbart – zum Stichtag des Erbanfalls. Hat der Erblasser mit dem Motiv den Noterben zu benachteiligen Vermögenswerte aus dem privaten Gebrauchsvermögen ins Unternehmen eingebracht, sind diese nicht im Unternehmenswert zu berücksichtigen, wenn die Einbringung innerhalb eines Zeitraums von zwei Jahren vor seinem Tod stattgefunden hat.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 7 f.

⁶⁶² *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 15.

⁶⁶³ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 16.

⁶⁶⁴ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 16.

Im Ausmaß der Zumutbarkeit für die Fortführung des Unternehmens hat das Gericht dann gleichmäßige, zumindest aber vierteljährliche Ratenzahlungen auf den gestundeten Pflichtteilsanspruch anzuordnen. Der gestundete Anteil ist angemessen zu verzinsen, Orientierung hierfür bietet etwa der gesetzliche Jahres-Zinssatz in der Höhe von 4 %. Ist dem Erben aus dem sonstigen ererbten Vermögen oder ohne die Fortführung des Unternehmens zu gefährden eine Sicherstellung des gestundeten Pflichtteils zumutbar, steht dem Noterben eine solche zu.⁶⁶⁵

Der noch aushaftende Pflichtteilsanspruch wird fällig, wenn der Stundungszweck durch Verfügungen des Erben über das Unternehmen wegfällt. Dies wäre beispielsweise, wenn das Unternehmen liquidiert wird oder unter Verlust seines Einflusses auf die Geschäftsführung an Dritte entgeltlich oder unentgeltlich veräußert wird. Gleiches soll für die Einbringung in eine Privatstiftung gelten, jedoch nicht für eine Umgründung, wenn der Einfluss des Erben auf die Geschäftsleitung erhalten bleibt. Auch die Weitergabe an erbberechtigte Angehörige zur Fortführung führt zu keinem Wegfall des Stundungszwecks.⁶⁶⁶

*Welser*⁶⁶⁷ findet am Entwurf der Arbeitsgruppe einige Punkte kritikwürdig und steht weniger auf Seiten des Unternehmertums, als auf Seiten des Pflichtteilsberechtigten, der nicht zur Unternehmensfortführung gelangt und Einschnitte hinnehmen muss. Zum einen betont *Welser*, dass Pflichtteilsberechtigte immer weniger erhalten würden, als sie den dispositiven Regeln des Gesetzes nach erhalten könnten, zum anderen streicht er heraus, dass zum Erhalt des Unternehmens der Noterbe oft noch gezwungen wäre, auf den letzten Rest dessen zu verzichten, was ihm aufgrund der familiären Bande zum Erblasser zustünde. In der Übertragung des Unternehmens auf einen Nachfolger sieht *Welser* dessen extreme Bevorzugung, die alle anderen Pflichtteilsberechtigten durch deren Beschränkung auf den Pflichtteil zu ihrem Nachteil hinzunehmen haben.

3.9 Zusammenfassung: Pflichtteilsrecht und Anrechnung

Das Pflichtteilsrecht schränkt die Testierfreiheit des Erblassers ein, gleichzeitig sorgt es aber für einen Vermögenserhalt im Familienkreis, da nur nahe Angehörige einen Pflichtteilsanspruch haben. Der Umfang des Pflichtteilsanspruchs ist zudem weit

⁶⁶⁵ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 16 f.

⁶⁶⁶ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 17.

⁶⁶⁷ *Welser*, Ein eigenes Pflichtteilsrecht für Unternehmer? Zum Gesetzesvorschlag einer Arbeitsgruppe, GesRZ, 2008, 261.

geringer als der gesetzliche Erbteil, nämlich jeweils die Hälfte oder ein Drittel der gesetzlichen Erbquote. Zusätzlich sorgt das Pflichtteilsrecht aber auch dafür, dass alle nahen Angehörigen des Erblassers etwas aus dem Nachlass erhalten und nicht nur etwa der Unternehmensnachfolger. Damit gewährleistet es einen Ausgleich zwischen den Angehörigen, der sich durch die Möglichkeit der Anrechnung von zu Lebzeiten des Erblassers gemachten Schenkungen oder Vorempfängen sogar rückwirkend niederschlägt.

Für das Familienunternehmen stellt das Pflichtteilsrecht insofern ein Risiko dar, als dass die Deckung der Pflichtteilsansprüche von nicht ins Unternehmen eintretenden Angehörigen den Erben, der das Familienunternehmen und damit wahrscheinlich auch einen Großteil des erblasserischen Vermögens erhält, in ernstliche Bedrängnis bringen kann. Sie können die wirtschaftliche Existenz des Erben und des Unternehmens gefährden oder im schlimmsten Fall sogar dazu führen, dass das Familienunternehmen verkauft, zersplittert oder liquidiert werden muss, um die Pflichtteilsansprüche zu befriedigen. Abhilfe dagegen schaffen nach aktueller Rechtslage nur ein ausreichend großes Vermögen neben dem Unternehmen oder Erb(Pflicht-)teilsverzichte.

4. Die Schenkung auf den Todesfall

Beim Schenkungsvertrag auf den Todesfall wird der Übergang des Eigentumsrechts am Zuwendungsobjekt auf den Zeitpunkt des Todes des Zuwenders hin befristet bzw überlebensbedingt aufgeschoben.⁶⁶⁸ Die Schenkung auf den Todesfall nach § 956 ABGB kann mittels eines form- und inhaltsgebundenen Schenkungsvertrages oder eines Vermächtnisses im Rahmen einer letztwilligen Verfügung getätigt werden. Ebenfalls möglich ist die Umdeutung einer formungültigen Todesfallsschenkung in ein Vermächtnis oder durch Novation in einen Übergabsvertrag.⁶⁶⁹ Auch ein auf den Todesfall eingeräumtes Aufgriffsrecht, wonach jemand berechtigt wird, aus dem Nachlass ein bestimmtes Objekt (entgeltlich) zu erwerben, ist nach den Grundsätzen des § 956 ABGB zu beurteilen.⁶⁷⁰

⁶⁶⁸ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 2; uHa SZ 57/91 = OGH 8 Ob 569/83.

⁶⁶⁹ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 1.

⁶⁷⁰ *Binder* in *Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 2.

Mögliche Zuwendungsobjekte einer Schenkung auf den Todesfall sind Einzel-, wie auch Gesamtsachen, sowie das gegenwärtige oder zukünftige Vermögen (begrenzt durch die Inhaltsschranke des § 944 ABGB).⁶⁷¹

Dh, nicht nur einzelne Sachen, die der geschenkegeberische Erblasser bis zu seinem Tod verwenden will, sie dann aber einer bestimmten Person zuwenden möchte und sie dieser schon zu Lebzeiten verspricht, können Gegenstand einer Schenkung auf den Todesfall sein, sondern auch Unternehmen. Ist das Familienunternehmen Inhalt einer Schenkung auf den Todesfall stellt sich allerdings das Problem, dass das Unternehmen bis zum Tod des Geschenkgebers bei diesem verbleibt und dem Zuwendungsempfänger als Neu-Unternehmer oftmals keine Zeit bleibt, sich in die Strukturen des Unternehmens und seine Führung einzuarbeiten.

Eine Schenkung auf den Todesfall kann aber durchaus erfolgreich für das Familienunternehmen sein, wenn der Geschenkgeber schon zu Lebzeiten dem Zuwendungsempfänger ermöglicht, sich in seine zukünftige Rolle als Unternehmer einzuleben und durch die Mitarbeit im Unternehmen dessen Strukturen und Mitarbeiter kennen zu lernen, um nach seinem Tod einen möglichst nahtlosen Übergang zu gestalten.

Offen bleibt indessen, wie bei jedem Unternehmensübergang von Todes wegen, wie der Unternehmer seinen Rückzug aus dem Unternehmen und den damit verbundenen Ruhestand gestalten will, da das Unternehmen de facto bis zu seinem Tod in seinem Eigentum bleibt. Der Geschenkgeber kann aber den Zuwendungsempfänger als Geschäftsführer anstellen, um sich seinen Ruhestand zu ermöglichen, er selbst bleibt nur mehr in der Eigentümerfunktion Unternehmer, das operative Geschäft führt bereits der Zuwendungsempfänger. So hat der Unternehmer auch die Möglichkeit seinen Unterhalt aus dem Unternehmen zu lukrieren.

Sollte neben einer Schenkung auf den Todesfall auch ein Erbvertrag existieren, entscheidet die zeitliche Priorität der Errichtung, da die von der Todesfallsschenkungen erfassten Objekte keinesfalls mehr Inhalt eines nachfolgenden Erbvertrags werden können. Umgekehrt geht die Tendenz mittlerweile dahin, einem früheren Erbvertrag den Vorrang gegen eine spätere Todesfallsschenkungen zu geben.⁶⁷²

Ein Leibrentenvertrag stellt ebenfalls auf den Ablebenszeitpunkt des Zuwenders ab. Berührungspunkte mit einer Todesfallsschenkungen ergeben sich jedoch nur insofern, als der Leibrentenvertrag den Charakter einer „gemischten Schenkungen“ trägt und nur

⁶⁷¹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 3.

⁶⁷² *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 5.

hinsichtlich der Formvorschriften des § 943 ABGB, da der Vertrag bereits zu Lebzeiten des Zuwenders in Vollzug gesetzt wurde.⁶⁷³

Von der Schenkung auf den Todesfall klar abzugrenzen ist die Schenkung unter auf den Todesfall bezogener Auflage. Sie wird bereits unter Lebenden vollzogen, ist jedoch mit einer Auflage verknüpft, die zum Ablebenszeitpunkt des Schenkers wirkt. Beispielsweise kann sich der Geschenkgeber den Fruchtgenuss an einer zugewendeten Liegenschaft bis zu seinem Tod vorbehalten, um seinen Unterhalt zu sichern. Auch eine der Schenkung beigefügte Verwendungsbestimmung, wonach das Zuwendungsobjekt nach dem Tod des Zuwendungsempfängers einem Dritten (= Substituten) zu überlassen ist, macht sie zu keiner Schenkung auf den Todesfall, da nicht auf den Tod des Geschenkgebers abgestellt wird.⁶⁷⁴

o **Formgebote**

Über das Schenkungsversprechen einer Schenkung auf den Todesfall ist gem § 1 Abs 1 lit d NZwG ein Notariatsakt aufzunehmen. Im Schenkungsversprechen enthalten sein müssen die Schenkungsannahme durch den Zuwendungsempfänger, sowie der ausdrückliche Verzicht auf einen freien Widerruf durch den Zuwender. Das Schenkungsversprechen und der Widerrufsverzicht müssen nicht unitas actus vorgenommen werden, solange zwischen den beiden Urkunden ein deutlicher Zusammenhang erkennbar ist. Hingegen ist eine nachträgliche Herabsetzung oder Objektherausnahme aus der Todesfallsschenkung formfrei zulässig.⁶⁷⁵

Liegt eine „gemischte Schenkung“ auf den Todesfall vor, unterliegt nur der unentgeltliche Teil der Notariatsaktspflicht. In der Rspr gibt es hierzu noch keine klar herausgearbeitete Linie, der OGH hat jedoch angedeutet, auf das Überwiegende abstellen zu wollen.⁶⁷⁶

Als problematisch zu sehen ist die Ansicht der hL,⁶⁷⁷ dass ein – als Schenkung auf den Todesfall zu qualifizierender – Schulderlass auf den Todesfall auch formfrei wirksam wird. Hier kommt es zu großer Rechtsunsicherheit, da der Schenker nicht mehr befragt werden kann.

Auch wenn das Zuwendungsobjekt im Rahmen des Schenkungsversprechens oder zumindest noch zu Lebzeiten des Zuwenders zur Verwahrung oder gar zur Nutzung

⁶⁷³ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 8.

⁶⁷⁴ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 13; mwN.

⁶⁷⁵ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 14; mwN.

⁶⁷⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 15; mwN.

⁶⁷⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 16; mwN.

an den Zuwendungsempfänger übergeben wurde, bedarf es zum unentgeltlichen Eigentumsübergang beim Todesfall des Schenkers der Aufnahme eines Notariatsakts über das Schenkungsversprechen, dessen Annahme und Widerrufsverzicht bzw der Errichtung eines gültigen Vermächtnisses.⁶⁷⁸

Formunwirksam und daher keine gültige Schenkung auf den Todesfall ist die bloße physische Übertragung einer Liegenschaft in den Besitz; selbst wenn darüber eine verbücherungsfähige Urkunde ohne Widerrufsverzicht errichtet wurde, die eine grundbücherliche Eigentumseinverleibung erst nach dem Tod des Zuwenders ermöglichen soll.⁶⁷⁹ Wurde hingegen ein formgültiges Legat errichtet, bedarf es bei bereits übergebenen Sachen nach dem Tod des Erblassers zum Besitz- und Eigentumserwerb keiner neuerlichen Übertragung.⁶⁸⁰

Die Todesfallsschenkung kann sich auf gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen beziehen und fällt daher wie die Schenkung unter Lebenden in den Schutzbereich des § 944 S 2, weil der Schenker ab dem Zeitpunkt des Schenkungsversprechens nicht mehr über das Schenkungsobjekt verfügen darf.⁶⁸¹

Das Zuwendungsobjekt muss im Zeitpunkt des Schenkungsversprechens so bezeichnenbar sein, dass es erkennbar ist, Umfang und Ausmaß hingegen müssen nicht bestimmt festgelegt werden. Dadurch ergibt sich in Zusammenspiel mit einem beschränkten Widerrufsvorbehalt die Möglichkeit einer „Schenkungs auf den Überrest“. Dem Zuwender wird es gestattet, sich für den Fall des Eintretens bestimmter, klar formulierter Umstände das Recht vorzubehalten, etwa eine zu überlassende Liegenschaft zu belasten oder ein zu überlassendes Bankguthaben zu dezimieren. Die im Schenkungsvertrag angegebenen Schranken dürfen dabei nicht überschritten werden. Ist der Widerruf sachlich und betragsmäßig beschränkt, unterläuft dies nicht dem gesetzlich geforderten Widerrufsverzicht, da die Veräußerungs- und Belastungsbefugnis eben nur in klar begrenztem Umfang ausgeübt werden kann.⁶⁸²

Der Widerrufsverzicht dient dazu, den Zuwender zu veranlassen, auf ein Recht zur Verfügung über das Schenkungsobjekt abzusehen. In diesem Sinne ist auch ein Veräußerungs- und Belastungsverbot des Schenkers als rechtswirksamer Widerrufs-

⁶⁷⁸ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 18; mwN.

⁶⁷⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 19; mwN.

⁶⁸⁰ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 20; mwN.

⁶⁸¹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 24.

⁶⁸² *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 25; mwN.

verzicht gültig.⁶⁸³ Unzulässig, weil de facto ein Widerrufsvorbehalt, wäre die Vereinbarung, das vorbehaltene Recht des Schenkers, die versprochene Liegenschaft, veräußern zu können oder ein übergebenes Sparbuch bei Genesung oder Rückkehr zurückzufordern. Selbst wenn der Widerrufsverzicht auch nur punktuell durchlöchert ist, ist die Möglichkeit eines Geschenktzugs sachlich in keiner Weise eingeschränkt und könnte damit in völliger Willkür zur einseitigen Aufhebung der Todesfallsschenkung genützt werden.⁶⁸⁴ Gleichfalls als unzulässig zu werten ist die Vereinbarung einer Potestativbedingung, deren Erfüllung im Belieben des Geschenkgebers liegt.⁶⁸⁵ Möglich ist aber eine Todesfallsschenkung in Verbindung mit einer Fristsetzung. Die Festlegung eines Endtermins ist neutral und damit nicht mit einem beliebigen Widerrufsrecht gleichzusetzen. Gleichsam wirksam ist die Setzung eines aufschiebenden Anfangstermins; etwa um dem in den Beruf eintretenden Beschenkten eine Starthilfe zu gewähren.⁶⁸⁶ Gleiches wäre wohl auch für die Todesfallsschenkung eines Unternehmens möglich, wobei aber ohne weitere Regelung offen bliebe, was mit dem Familienunternehmen geschehen soll, wenn der Zuwender früher stirbt. Besteht keine zusätzliche Anordnung, würde das Unternehmen zum Gegenstand der Erbfolge.

Das Fehlen eines Widerrufsverzichts oder die Beisetzung einer unzulässigen Willkürbedingung macht den gesamten Schenkungsvertrag ungültig.⁶⁸⁷ Diese Rechtsfolge lässt sich aus § 698 iVm §§ 897 ff ABGB herleiten, wonach unmögliche und unerlaubte Resolutivbedingungen ein Rechtsgeschäft vernichten. Somit fällt das Zuwendungsobjekt bei einem unzureichenden Widerrufsverzicht den Nachlasserbem zu.⁶⁸⁸

Ab einem gegebenen Schenkungsversprechen können zu Lasten des Beschenkten keine anderen Verfügungen über die vom Versprechen erfassten Objekte mehr getroffen werden, dh, Objekte einer Todesfallsschenkung werden von nachfolgenden letztwilligen Verfügungen nicht mehr erfasst, da über sie bereits anderweitig bindend verfügt wurde.⁶⁸⁹

⁶⁸³ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 26; mwN.

⁶⁸⁴ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 27; mwN.

⁶⁸⁵ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 28; mwN.

⁶⁸⁶ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 29.

⁶⁸⁷ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 32; mwN.

⁶⁸⁸ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 32.

⁶⁸⁹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 31.

Die durch eine Schenkung auf den Todesfall herbeigeführte Beschränkung des Eigentumsrechts des Zuwenders ist aufgrund fehlender (grundbuchs-)rechtlicher Bestimmungen nicht verbücherungsfähig; bereits erfolgte Eintragungen behalten allerdings ihre Wirkung. Bei nahen Angehörigen iSd § 364c ABGB ist eine Eintragung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots für die verschenkte Liegenschaft möglich.⁶⁹⁰

o **Durchsetzung**

Ob die Nachlassaktiva des Zuwenders durch die von einer Todesfallsschenkungen erfassten Objekte erhöht werden, ist strittig. Die ältere Rspr⁶⁹¹ verneinte dies und sah den Zuwendungsempfänger als Erblässgläubiger, der sein Schenkungsobjekt außerhalb des Abhandlungsverfahrens erhält. Die jüngere Rspr⁶⁹² rechnet die auf den Todesfall verschenkten Objekte jedenfalls zu den Nachlassaktiva und behandelt die Todesfallsschenkungen wie ein Vermächtnis, das auch den Pflichtteilsansprüchen nachgeht.

Hat der auf den Todesfall Beschenkte das Objekt bereits zu Lebzeiten zur Verwahrung, Verwaltung oder Nutzung übertragen erhalten, wird er durch die vorweggenommene *traditio brevi manu* im Ablebenszeitpunkt des Zuwenders Eigentümer. In allen anderen Fällen bedarf es eines förmlichen Übertragungsverfahrens.⁶⁹³

5. Erbrecht und Gesellschaftsrecht

Da ein Unternehmen nicht nur in Form eines Einzelunternehmens geführt werden kann, das im Zuge der erbrechtlichen Universalsukzession als Sondervermögen auf den Erben übergeht, sondern auch als Gesellschaft, an der der Erblasser Gesellschaftsanteile hält, muss Vorsorge dafür getroffen werden, was mit dem Unternehmen im Todesfall eines Gesellschafters passieren soll. Der Erblasser als Gesellschafter führt das Unternehmen aufgrund seines gesellschaftsrechtlichen Einflusses. Sind die gesellschaftsvertraglichen Voraussetzungen gegeben, können

⁶⁹⁰ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 34; mwN.

⁶⁹¹ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 36; uHa SZ 27/105 = OGH 3 Ob 244/54; SZ 44/137 = OGH 1 Ob 198/71.

⁶⁹² *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 36; uHa NZ 1986, 210 = OGH 1 Ob 726/85; SZ 69/108 = OGH 4 Ob 2029/96b.

⁶⁹³ *Binder in Schwimann*, ABGB IV³, § 956 Rz 37.

Gesellschaftsanteile vererbt werden.⁶⁹⁴ Generell ist darauf zu verweisen, dass bei einem Widerspruch zwischen letztwilliger Verfügung mit dem Gesellschaftsvertrag der Gesellschaftsvertrag Vorrang genießt.⁶⁹⁵

5.1 Erbgemeinschaft

Ein Unternehmen kann im Zuge der Nachlassabhandlung nicht nur auf einen einzelnen Nachfolger, sondern uU auf eine Erbgemeinschaft übergehen. Probleme entstehen dann, wenn die Erben sich über eine Fortführung nicht einig werden; dann muss das Unternehmen verkauft oder – findet sich kein Käufer – schlimmstenfalls sogar liquidiert werden. Einzelne fortführungswillige Erben haben diesfalls das Nachsehen.⁶⁹⁶ Der Übergang auf mehrere Erben kann für die Unternehmensfortführung die Gründung einer Gesellschaft notwendig machen.

Rechtsgemeinschaften allgemein umfassen iSd § 825 S 1 ABGB die Fälle, in denen mehreren Personen das Eigentum oder ein anderes Recht ungeteilt zukommt.⁶⁹⁷ Für die Erbgemeinschaft nach § 550 ABGB als schlichte Rechtsgemeinschaft gibt es hinsichtlich der Verwaltung und Vertretung des Nachlasses vor der Einantwortung besondere Regelungen.⁶⁹⁸ So hat bei Streitigkeiten das Verlassenschaftsgericht zu entscheiden; seine Entscheidungen sind im Interesse aller Erben zu treffen. Die Zustimmung widersprechender Erben kann das Verlassenschaftsgericht nicht ersetzen, jedoch bleibt die Möglichkeit der Einsetzung eines Verwalters für bestimmte Maßnahmen.⁶⁹⁹

Wird das Unternehmen von den Miterben fortgeführt, ist zu unterscheiden: bis zur Einantwortung sind die Miterben als Rechtsgemeinschaft lediglich dazu berechtigt die Verwaltungssachen des Nachlasses wahrzunehmen. Nach der Einantwortung entsteht aufgrund des Erwerbs- und Unternehmenszwecks zumindest im Außenverhältnis zu den Gläubigern durch einen vermuteten konkludenten Vertragschluss eine GesbR oder eine OG.⁷⁰⁰ Der Unterschied zwischen der schlichten Rechtsgemeinschaft und einer GesbR liegt darin, dass erste auf ein bloßes Haben und Verwalten ausgerichtet ist, während letztere auf das gemeinsame Wirken und das

⁶⁹⁴ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 6.

⁶⁹⁵ *Müller/Seyer/Necas*, JEV 2008, 14.

⁶⁹⁶ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 2.

⁶⁹⁷ *Eggmeier/Gruber/Sprobar* in *Schwimmann*, ABGB III³, § 825 Rz 2.

⁶⁹⁸ *Eggmeier/Gruber/Sprobar* in *Schwimmann*, ABGB III³, § 825 Rz 2.

⁶⁹⁹ *Eggmeier/Gruber/Sprobar* in *Schwimmann*, ABGB III³, § 825 Rz 2.

⁷⁰⁰ *Eggmeier/Gruber/Sprobar* in *Schwimmann*, ABGB III³, § 825 Rz 2.

Erzielen eines gemeinschaftlichen Nutzens ausgerichtet ist.⁷⁰¹ Die Erbengemeinschaft kann sich auch darauf einigen, eine andere Rechtsform als die der GesbR für das ererbte Unternehmen zu wählen.⁷⁰²

Wird ein Unternehmen ererbt, besteht keine Pflicht dieses weiterhin zu betreiben. Sind nicht alle Erben fortsetzungswillig, werden jene, die das Unternehmen nicht fortführen wollen, ihren Erbteil fordern. Reicht die Nachlassaktiva neben dem Unternehmen nicht aus, um diese Ansprüche zu befriedigen, wird das Unternehmen zur Disposition stehen. Es muss entweder verkauft oder zerschlagen werden. Sowohl Pflichtteilsansprüche, als auch die Ansprüche von Miterben auf ihren Erbteil können den Fortbestand des Unternehmens gefährden, da das Unternehmen nur dann fortgeführt werden kann, wenn nach GesbR-Recht die Mehrheit bzw nach OG-/KG-Recht alle Gesellschafter der Fortführung zustimmen.⁷⁰³

Auch an dieser Problematik zeigt sich deutlich, dass es ratsam ist, den Übergang des Unternehmens vorab und längerfristig zu planen und wenn möglich nur an einen Nachfolger zu übergeben, um Auseinandersetzungen, die das Familienunternehmen ernsthaft gefährden könnten, zu vermeiden. Der Erbengemeinschaft bleibt immerhin die Möglichkeit einer Erbteilung. Durch die Erbteilung wird die Erbengemeinschaft aufgehoben. Eine Erbteilung kann von jedem Miterben vor oder nach der Einantwortung verlangt werden, wird aber erst mit der Einantwortung dinglich wirksam. Ein Erbteilungsübereinkommen kann gerichtlich oder außergerichtlich und nur mit Einstimmigkeit vorgenommen werden. Die Miterben können auch von einer vom Erblasser verfügten Teilungsanordnung oder einem Teilungsverbot absehen, wenn darüber Einvernehmlichkeit herrscht.⁷⁰⁴

5.2 Personengesellschaften

Viele Familiengesellschaften sind als Personengesellschaften konzipiert. Der Tod eines Unternehmers oder Gesellschafters hat für das Unternehmen je nach Rechtspersönlichkeit des Unternehmens unterschiedliche Auswirkungen. So wird eine OG durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, wenn der Gesellschaftsvertrag keine andere Regelung enthält. Auch für eine KG bedeutet es ohne Andersregelung das Ende, wenn ein Komplementär – nicht jedoch ein Kommanditist – stirbt. Bei einer fehlenden Regelung im Gesellschaftsvertrag werden

⁷⁰¹ *Eggmeier/Gruber/Sprobar* in *Schwimmann*, ABGB III³, § 825 Rz 6.

⁷⁰² *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 7.

⁷⁰³ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 7.

⁷⁰⁴ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 580.

die Erben eines Kommanditisten je nach ihrer Erbquote selbst Kommanditisten der Gesellschaft. Durch den Tod des Geschäftsinhabers erfolgt eine Auflösung der stillen Gesellschaft. Die Geschäftsanteile eines stillen Gesellschafters hingegen sind vererblich, da die stille Gesellschaft keineswegs als höchstpersönlich zu qualifizieren wäre. Auch die Mitgliedschaft an einer AG ist grundsätzlich vererblich, ebenso wie die Geschäftsanteile einer GmbH. Nach erfolgter Einantwortung sind die Erben mit ihrer Erbquote in das Anteilsbuch als Gesellschafter einzutragen.⁷⁰⁵

Wurde im Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines Gesellschafters nicht der Übergang seiner Anteile auf einen bestimmten Nachfolger oder Aufgriffsrechte vereinbart, gibt es für Personengesellschaften die Möglichkeit, dass mittels Fortsetzungsklausel die verbleibenden Gesellschafter einstimmig beschließen, die Gesellschaft fortzusetzen. Dies wirkt für den verstorbenen Gesellschafter wie eine Ausschließungsklausel, weswegen nicht der Geschäftsanteil oder die Mitgliedschaft an der Gesellschaft in den Nachlass fällt, sondern der Abfindungsanspruch. Dessen Berechnungsmethode wird regelmäßig im Gesellschaftsvertrag festgehalten. Im HGB war die Fortsetzungsklausel in § 138 HGB geregelt, das UGB kennt diese ausdrückliche Regelung nicht mehr.⁷⁰⁶

Eine weitere Gestaltungsmöglichkeit hinsichtlich der Nachfolge in OG-Anteilen besteht darin, dass die Gesellschaft mit dem Erben nur auf bestimmte Zeit oder mit ihm als Kommanditist fortgesetzt wird.

Der Erbe kann binnen drei Monaten seinen Verbleib in einer Gesellschaft mit einer Nachfolgeklausel nach § 139 UGB davon abhängig machen, dass ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird; stimmen die Gesellschafter einstimmig zu, wird der Erbe Kommanditist und die bisherige OG zu einer KG, lehnen sie den Antrag ab, kann der Erbe gem § 139 Abs 2 UGB binnen drei Monaten sein Ausscheiden aus der Gesellschaft erklären. Die Auseinandersetzung richtet sich dann nach §§ 137 f UGB. Hat der Erbe bereits die Stellung eines Komplementärs, steht ihm dieses Wahlrecht für den geerbten Anteil nicht zu. Mittels einer qualifizierten Nachfolgeklausel im Vertrag ist es auch möglich, dass die Gesellschaft nur von einem oder mehreren bestimmten Erben unter Ausschluss der übrigen fortgesetzt werden kann. Den

⁷⁰⁵ *Eccher* in *Schwimmann*, ABGB III³, § 531 Rz 40ff; *Nowotny*, UGB – Was bringt es Neues für die Personengesellschaften?, RdW 2007/159, 142.

⁷⁰⁶ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 48.

übrigen Erben steht prinzipiell ein Wertausgleich zu, dessen testamentarischer Ausschluss zwar möglich, aber durch das Pflichtteilsrecht begrenzt ist.⁷⁰⁷

Ebenfalls möglich ist eine Regelung im Vertrag über die Übertragung von Gesellschaftsanteilen in Form einer Eintrittsklausel, die es (bestimmten) Erben, Mitgesellschaftern oder Dritten ermöglicht, in die Gesellschaft einzutreten. Anders als bei Vererbungs-(Nachfolge-)Klauseln werden die Begünstigten in diesem Fall nicht automatisch, sondern aufgrund einer Eintrittserklärung binnen angemessener Frist Gesellschafter. Den Erben steht in diesem Fall kein Abfindungsanspruch zu.⁷⁰⁸

Mit dem Eintritt entsteht eine neue Mitgliedschaft. Der neu eintretende Gesellschafter hat aufgrund dessen grundsätzlich bei seinem Eintritt eine Einlage zu leisten; vielfach ist eine gesellschaftsrechtliche Eintrittsklausel mit einer letztwilligen Verfügung verbunden, die dem Eintrittsberechtigten im Fall des Eintritts ein Auseinandersetzungsguthaben zukommen lässt.⁷⁰⁹

Zur Haftung des Nachfolgeberechtigten ist zu vermerken, dass dieser, wenn er binnen der Dreimonatsfrist ausscheidet oder Kommanditist wird, nur für die bis dahin entstandenen Gesellschaftsverbindlichkeiten nach Maßgabe seiner Erbantrittserklärung haftet. Dh, hat der Erbe eine bedingte Erbantrittserklärung nach § 802 ABGB abgegeben, haftet er zwar persönlich mit seinem Privatvermögen für Gesellschaftsschulden, jedoch nur bis zum Wert der ihm zugekommenen Verlassenschaft. Bleibt der Erbe nach Ablauf der Dreimonatsfrist Komplementär, haftet er gem § 130 UGB iVm § 128 UGB unbeschränkt mit seinem Privatvermögen für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten.⁷¹⁰

Bleibt nach dem Tod eines Gesellschaftern dessen Verlassenschaft Gesellschafter, ist diese im Firmenbuch als Gesellschafterin einzutragen. Sind für die Verlassenschaft Rechtshandlungen vorzunehmen und keine vertretungsbefugten Personen – etwa ein Nachlassverwalter – vorhanden, ist ein Vertreter für die Verlassenschaft zu bestellen und ins Firmenbuch einzutragen.⁷¹¹

Vereinbarungen, wonach eine gemeinschaftliche Sache, wie etwa ein Unternehmen, in das Alleineigentum des letztüberlebenden Teilhabers fallen soll, sind als ent-

⁷⁰⁷ *Eccher in Schwimann*, ABGB III³, § 531 Rz 49 f; mwN.

⁷⁰⁸ *Eccher in Schwimann*, ABGB III³, § 531 Rz 51.

⁷⁰⁹ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 50.

⁷¹⁰ *Schummer*, Personengesellschaften⁶, 50.

⁷¹¹ *Eccher in Schwimann*, ABGB III³, § 531 Rz 52 f.

geltliche Glücksverträge (§ 1269 ABGB) zu qualifizieren und fallen nicht unter die Todesfallsschenkung mit ihren besonderen Formgeboten.⁷¹²

5.3 Kapitalgesellschaften

Probleme bei der Nachfolge von Todes wegen ergeben sich im Zusammenhang mit Kapitalgesellschaften vor allem wieder beim Vorhandensein mehrerer erbberechtigter Nachkommen: Nach der Grundregel des § 79 Abs 1 GmbHG können GmbH-Anteile von Todes wegen auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung geteilt werden, Abs 2 erlaubt jedoch eine gegenteilige Regelung, um die Gesellschaftsanteile unteilbar zu stellen und so eine Zersplitterung der Anteile zu verhindern. Dadurch werden mehrere Erben Miteigentümer eines Anteils über den sie gem § 80 GmbHG nur gemeinschaftlich und mittels eines gemeinsamen Vertreters verfügen können. Im Innenverhältnis sind hierfür die Regeln der Miteigentumsgemeinschaft bzw der GesbR anzuwenden. Im Gesellschaftsvertrag kann allerdings von der Notwendigkeit einer gemeinsamen Vertretung abgegangen werden, sodass die am Anteil Mitberechtigten unterschiedlich abstimmen können. Möglich ist auch, dass trotz Teilung des Anteils weiterhin nur eine gemeinsame Ausübung durch einen gemeinsamen Vertreter möglich ist.⁷¹³

Werden die Geschäftsanteile auf mehrere Erben aufgeteilt, kann sich für den als Nachfolger und Geschäftsführer im Unternehmen verbleibenden Erben eine unsichere Situation ergeben, da er jederzeit von den Mitgesellschaftern abberufen werden kann.⁷¹⁴

Es ist nicht möglich Anteile an Kapitalgesellschaften am Nachlass vorbeizusteuern, um sie unmittelbar einer gesellschaftsrechtlichen Regelung zuzuführen. Demnach fallen Gesellschaftsanteile immer erst in den Nachlass und damit auch in die Nachlassverwaltung. Eine Verfügung zugunsten Dritter ist aber vorweg in Form eines Vermächtnisses durchaus möglich. Als weitere Lösung bietet sich eine gesellschaftsvertragliche Regelung an, die im Todesfall des Gesellschafters bestimmte Personen berechtigt, dessen Anteil aufzugreifen. Dadurch werden die Mitgesellschafter vor einseitigen oder geheimen Änderungen geschützt, die durch ein

⁷¹² *Binder in Schwimann*, ABGB III³, § 956 Rz 11.

⁷¹³ *Nowotny/Schwarzinger*, Die Gestaltung der Unternehmensnachfolge bei Kapitalgesellschaften anhand von Fallbeispielen, in *Bertl* (Hrsg), Unternehmensnachfolge durch Erben und Vererben, 129.

⁷¹⁴ *Nowotny/Schwarzinger in Bertl*, 129.

Legat möglich wären.⁷¹⁵ Durch die Vereinbarung von Aufgriffsrechten im Gesellschaftsvertrag kann eine Nachfolgeregelung mit dinglicher Wirkung – dh eine Veräußerungssperre im Verhältnis zu Dritten – vorgezeichnet werden. Durch die große Flexibilität des GmbH-Rechts sind der vertraglichen Ausgestaltung bei der Nachfolgeregelung kaum Grenzen gesetzt.⁷¹⁶

Ein Aufgriffsrecht ist das Erben oder Dritten zustehende Recht den gesamten Nachlass oder Teile daraus gegen Zahlung eines Übernahmepreises zu erwerben. Aufgriffsrechte entstehen durch letztwillige Verfügungen, Erbverträge oder Verträge zwischen Miterben. In der inhaltlichen Gestaltung sind die Parteien bzw der Erblasser frei. Das einem Miterben eingeräumte Aufgriffsrecht kann auch als Erbteilungsanordnung gesehen werden.⁷¹⁷

Anders als bei Einzelunternehmen oder Personengesellschaften ist bei Kapitalgesellschaften aufgrund der Gläubigerschutzvorschriften eine Abschichtung weichender Erben nicht durch eine Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen heraus möglich.⁷¹⁸ Deswegen ist es wichtig, vorab nicht bloß Überlegungen bezüglich der Regelung der Nachfolge im Unternehmen, sondern auch hinsichtlich anderer Erb- und Pflichtteilsberechtigter als den Unternehmensnachfolger zu tätigen. Wie schon erwähnt, könnte sich der Erbe zur Befriedigung der Ansprüche von Noterben gezwungen sehen, auf das Unternehmensvermögen greifen zu müssen und gegebenenfalls Gesellschaftsanteile zu verkaufen oder das Unternehmen zu liquidieren, weil das restliche Nachlassvermögen zu deren Befriedigung nicht ausreicht. Diesbezüglich sind für die Befriedigung der Pflichtteilsansprüche Überlegungen anzustellen, wenn Gesellschaftsanteile dem Erben nicht nur als Vermögensanlage dienen, sondern ihm gesellschaftsvertraglich das Recht zur Unternehmensführung ermöglichen würden.⁷¹⁹

Die Grundregel des § 79 Abs 1 GmbHG lautet, dass GmbH-Anteile im Fall einer Übertragung von Todes wegen (auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung) teilbar sind. § 79 Abs 2 GmbHG macht jedoch eine gegenteilige Regelung möglich:⁷²⁰ Einer Zersplitterung von GmbH-Anteilen kann vorgebeugt werden, indem diese für den Todesfall unteilbar gestellt werden. § 80 GmbHG zufolge ist dann im Außenverhältnis – je nach vertraglicher Anordnung – nur mehr ein gemeinsames Handeln

⁷¹⁵ *Nowotny/Schwarzinger*, in *Bertl*, 121 f.

⁷¹⁶ *Nowotny/Schwarzinger*, in *Bertl*, 122.

⁷¹⁷ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 580.

⁷¹⁸ *Nowotny/Schwarzinger*, in *Bertl*, 122.

⁷¹⁹ *Krejci*, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, 6 f.

⁷²⁰ *Nowotny/Schwarzinger*, in *Bertl*, 125 f.

der Erben oder ein Handeln durch einen gemeinsamen Vertreter möglich.⁷²¹ Im Innenverhältnis gelten die Regeln der Miteigentumsgemeinschaft oder der GesbR. Von der gemeinsamen Rechtsausübung kann abgegangen werden, sodass alle am Anteil Mitbeteiligten unterschiedlich abstimmen können. Ebenfalls möglich ist die Anordnung, dass trotz Teilung der Anteile die Ausübung nur durch einen gemeinsamen Vertreter möglich ist.⁷²²

Ab der Eintragung eines Erben als Aktionär im Aktienbuch bzw als GmbH-Gesellschafter im Firmenbuch trifft ihn die gesellschaftsrechtliche Haftung. Bei mittelständischen GmbH kann eine persönliche Haftung von Gesellschaftern aus Bürgschaften oder Schuldbeitritten zu finden sein; der Rechtsnachfolger hat nach Maßgabe der Erbserklärung dafür einzustehen.⁷²³

o **Nachfolge über Anteile an einer Kapitalgesellschaft durch testamentarische Anordnung**

Die Gesellschaftsanteile des Erblassers fallen wie sein übriges Vermögen in den Nachlass. Zur besseren Regelung der Nachfolge ins Familienunternehmen kann eine Zuweisung von Geschäftsanteilen an bestimmte Erben abweichend von der gesetzlichen Erbquote passieren. Hierzu gibt es zwei Möglichkeiten:

- a) Letztwillig wird eine Teilungsanordnung verfügt, woraus sich die Aufteilung des Anteils unter den Erben ergibt. Im Zweifel ist diese Teilungsanordnung als Hineinvermächtnis zu verstehen und damit der Gesellschaftsanteil auf die Erbquote anzurechnen. Gegenteiliges bedarf einer letztwilligen Verfügung. Zu beachten bleibt, dass es nicht zu einer die Pflichtteilsansprüche beeinflussenden Vermögensverschiebung kommen darf.⁷²⁴
- b) Obwohl eine unmittelbare Nachfolgeregelung im Gesellschaftsvertrag nicht möglich ist, kann darin eine Regelung aufgenommen werden, die nur bestimmten Personen ein Aufgriffsrecht für die Gesellschaftsanteile zugeht. Das sorgt auch für eine Absicherung der Mitgesellschafter dagegen, dass zu viele oder ungeeignete Nachfolger in die Gesellschaft eintreten. Es kann außerdem vorgesehen werden, dass für bestimmte Personen Aufgriffs-

⁷²¹ Nowotny/Schwarzinger, in Bertl, 123.

⁷²² Nowotny/Schwarzinger, in Bertl, 126; uHa SZ 27/230 = OGH 3 Ob 570/54.

⁷²³ Nowotny/Schwarzinger, in Bertl, 127.

⁷²⁴ Nowotny/Schwarzinger in Bertl, 132.

rechte bestehen, falls ein bestimmter Nachkomme nicht als Nachfolger in die Gesellschaft eintritt.⁷²⁵

o **Nachfolge über Anteile einer Kapitalgesellschaft mittels Kodizill**

Ebenso können Gesellschaftsanteile des Familienunternehmens Gegenstand eines Legats sein. Wie bei allen Legaten ist auch bei einem zugewandten Gesellschaftsanteil zu beachten, ob er auf den Erbteil anzurechnen ist oder nicht; wobei auch Teilanrechnungen möglich sind. Ihre Grenze finden derartige Regelungen wiederum in den Pflichtteilsansprüchen anderer. Übersteigt der GmbH-Anteil den Anteil des Nachlassvermögens, aus dem die Pflichtteilsansprüche gedeckt werden müssen, würde in diese eingegriffen.⁷²⁶

Ob ein Legat auf die Erbquote eines Erben anzurechnen ist oder nicht, verfügt im Idealfall der Unternehmer im Rahmen seiner letztwilligen Anordnung. So können spätere Unstimmigkeiten und Schwierigkeiten bei der Nachlassverteilung vermieden werden.

*Nowotny/Schwarzinger*⁷²⁷ analysieren folgende Probleme, die sich bei der Rechtsnachfolge in Kapitalgesellschaften ergeben können:

- die gesellschaftsvertragliche Regelung stimmt mit der erbrechtlichen Nachfolge nicht überein;
- während der Zeit bis zur Einantwortung kommt es zu Eingriffen durch die den Nachlass verwaltenden Erben;
- Aufgriffsrechte mit entsprechend niedrigerem Aufgriffspreis führen zu einer Verkürzung der Pflichtteilsansprüche;

Zudem ist auf eine Sicherung des Einflusses von im Unternehmen nicht mitarbeitenden Erben gegenüber dort tätig bleibenden Mitgesellschaftern zu achten; etwa in Form der Einrichtung eines Aufsichtsrates für die Zeit der Zugehörigkeit von Minderjährigen.

Eine solche Interessenssicherung könnte ebenfalls durch die Einrichtung eines freiwilligen Beirates geschaffen werden.⁷²⁸

⁷²⁵ *Nowotny/Schwarzinger* in *Bertl*, 132.

⁷²⁶ *Nowotny/Schwarzinger* in *Bertl*, 133.

⁷²⁷ *Nowotny/Schwarzinger*, in *Bertl*, 124.

⁷²⁸ *Schnitzhofer*, Der Beirat – das freiwillige Kontrollorgan im Familienunternehmen, Aufsichtsrat aktuell 3/2005, 4.

5.4 Zusammenfassung: Erbrecht und Gesellschaftsrecht

Einerseits können Gesellschaften durch die Generationenfolge im Familienunternehmen entstehen, wenn mehrere Nachfolger das Unternehmen (vorläufig) gemeinsam weiter betreiben, andererseits können Gesellschaftsanteile von der Erbfolge betroffen sein. Ist Letzteres der Fall, steht einer Fortsetzung des Unternehmens mit dem Nachfolger zwar prinzipiell nichts entgegen, dennoch ist darauf zu achten, dass entsprechende Verfügungen nicht im Widerspruch zum – idF stärkeren – Gesellschaftsvertrag stehen. Etwa, weil von den Gesellschaftern vereinbart wurde, dass für die Anteile keine Eintrittsrechte bestehen sollen, es keine Fortsetzung der Gesellschaft geben soll oder Aufgriffsrechte jemand anderem als dem Erben zukommen sollen. Zudem ist darauf zu achten, dass es durch niedrige Aufgriffspreise nicht zu einer Verkürzung der Pflichtteilsansprüche anderer kommt.

6. Zusammenfassung: Unternehmensnachfolge von Todes wegen

Die Unternehmensnachfolge von Todes wegen kann entweder durch die gesetzliche Erbfolge oder durch eine letztwillige Verfügung geschehen. Zusätzlich nimmt auch noch das Pflichtteilsrecht Einfluss auf die tatsächliche Ausgestaltung der Vermögensnachfolge des erblasserischen Unternehmers. Nicht zu vernachlässigen sind zudem gesellschaftsrechtliche und -vertragliche Schranken, die letztwilligen Verfügungen entgegenstehen können und die Testierfreiheit beschränken.

Die Unternehmensnachfolge der gesetzlichen Erbfolge zu überlassen, bringt in allen Lebensphasen des Unternehmers das Risiko mit sich, dass zu viele Erben mit zu unterschiedlichen Interessen Unternehmensnachfolger werden oder das ein Familienunternehmen an einen zu unerfahrenen oder ungeeigneten Nachfolger übergeht, wodurch sein Fortbestand gefährdet wird. Will der Unternehmer die Nachfolgeregelung von Todes wegen treffen, etwa, weil er selbst noch sehr jung ist und durch die letztwillige Verfügung nur für einen Notfall vorsorgt, bietet die Unternehmensnachfolge im Rahmen der gewillkürten Erbfolge bessere und gezieltere Gestaltungsmöglichkeiten für die Generationenfolge im Familienunternehmen.

Nimmt der Unternehmer die Nachfolge ins Unternehmen im Zuge einer vorweggenommenen Erbfolge schon zu Lebzeiten vor, empfiehlt sich für eine umfassende Lösung die Vereinbarung von Erb(Pflichtteils-)verzichten. Dadurch kann die Verteilung des Vermögens unter den Familienmitgliedern zum einen gerecht gestaltet

werden, zum anderen gefährden dann etwaige Ansprüche von Pflichtteilsberechtigten nicht den Unternehmensnachfolger und die Fortführung des Familienunternehmens durch ihn.

D CONCLUSIO

Wie die vorliegende Arbeit zeigt, gibt es viele Möglichkeiten die Generationenfolge im Familienunternehmen durchzuführen und das Unternehmen vom Übergeber an den Übernehmer zu übereignen. Dabei spielen unzählige Faktoren eine Rolle. Die Besonderheit am Konstrukt Familienunternehmen stellt sicherlich die enge Verwobenheit der Systeme Familie und Unternehmen dar. Das Unternehmen bietet nicht nur die primäre Einnahmequelle für die Unternehmerfamilie, es ist auch mit einem hohen emotionalen Engagement der einzelnen Familienmitglieder beladen, die es entweder aufgebaut haben, damit aufgewachsen oder in es hineingewachsen sind.

Trotz der großen Vielfalt an Lösungen und der vom einzelnen Unternehmen und der Unternehmerfamilie abhängigen, individuellen Spannweite, ist va die rechtzeitige Vorsorge und Planung der Unternehmensnachfolge essentiell. Während ein jüngerer Unternehmer hauptsächlich für Notfälle vorsorgt und das Familienunternehmen mangels eines geeigneten Nachfolgers im richtigen Alter notfalls zwischenzeitig mittels Fremdmanagement geführt werden müsste, wird ein älterer Unternehmer in die Planung des Unternehmensübergangs seinen Ruhestand einbeziehen. Allen Altersgruppen gemeinsam wird der Wunsch sein, dass das Familienunternehmen weiter bestehen bleibt und von der Unternehmerfamilie weiterbetrieben werden kann.

Im Rahmen der Übergabepfung ist nicht nur auf die Rechtzeitigkeit der Vorbereitungen zu achten, es lohnt sich auch eine genaue Prüfung der Übergabetauglichkeit des Unternehmens vorzunehmen und die Marktposition des Familienunternehmens zu analysieren. Schließlich soll das Unternehmen die Basis für das Einkommen einer neuen Generation der Familie bilden. Gleichzeitig muss der neue Unternehmer in vielen Fällen nicht nur für seine eigene Familie Erträge aus dem Unternehmen erwirtschaften, er muss vielleicht auch Leistungen an den Übergeber erbringen, indem er ihm den Kaufpreis, eine Leibrente oder einen Fruchtgenuss leisten muss.

Der übergebende Unternehmer sollte in die Planung der Unternehmensnachfolge auch seinen Ruhestand einbeziehen. Einerseits muss er sich überlegen, aus welchen Mitteln er den Unterhalt für sich und seine unterhaltspflichtigen Familienmitglieder bestreiten will, andererseits ist es ratsam, sich Gedanken darüber zu machen, ob und inwiefern er im Familienunternehmen nach der Übergabe noch mitwirken will, ohne dabei seinem Nachfolger die neue Führungsrolle streitig zu machen. Zudem sollte

sich der Unternehmer bei der Frage des Unterhalts nicht allein auf Leistungen aus dem Unternehmen verlassen, da das Restrisiko eines Scheiterns des neuen Unternehmers gegeben ist.

Die konkrete Lösung für den Unternehmensübergang auf die nächste Unternehmergeneration der Familie ist je nach Rechtsform, Nachfolgerzahl und den individuellen Wünschen und Bedürfnissen der Unternehmerfamilie zu erarbeiten. Ob das Familienunternehmen im Rahmen einer Schenkung zu Lebzeiten des Übergebers übertragen wird, ob eine gemischte Schenkung vorgenommen wird und der Übernehmer nur einen Teil des Werts des Unternehmens bezahlt oder ob der Übergeber das Familienunternehmen an seinen Nachfolger verkauft oder mittels Leibrente übergibt, ist von deren individuellen Notwendigkeiten und Anliegen abhängig. Bei allen lebzeitigen Rechtsgeschäften hat der Unternehmer stets deren Auswirkungen auf die restliche Familie und seine letztwilligen Verfügungen zu bedenken. Erhält eines von mehreren Kindern das Unternehmen, sollten diejenigen, die nicht ins Familienunternehmen eintreten, einen Ausgleich dafür erhalten. Dieser Ausgleich kann in Form einer Schenkung oder durch eine letztwillige Zuwendung erfolgen. Zusätzlich stellen Erb(Pflichtteils-)Verzichte nützliche Instrumente dar, um letztwillig einen Ausgleich der Zuwendungen an die Kinder zu erzeugen. Der Übergeber kann etwa für eine Unternehmensschenkung oder einen Freundschafts-kauf als Bedingung den Erbverzicht des Übernehmers beifügen, sodass bei der Vermögensaufteilung von Todes wegen vorrangig seine anderen Kinder zum Zug kommen.

Bei der Ausgestaltung der Vermögensnachfolge sollte der Unternehmer nicht nur an seine Kinder, sondern auch an die Versorgung seines Ehepartners denken und gegebenenfalls für diesen eine Vorsorge für die Zeit nach seiner Unternehmertätigkeit und seinem Ableben schaffen.

Der Unternehmensübergang von Todes wegen ist sicherlich nicht der Königsweg der Nachfolgeplanung, kann aber im Fall eines überraschenden Ablebens oder eines nicht übergabewilligen Unternehmers von Bedeutung werden. Ein nicht letztwillig verfügbarer Übergang und damit die gesetzliche Erbfolge birgt die größte Gefahr für das Familienunternehmen. Geht das Unternehmen mangels anderer Vermögenswerte des Erblassers an mehrere Nachfolger über und sind deren Interessen konträr, führt dies nicht nur zu Unstimmigkeiten innerhalb der Familie, es kann sehr schnell

auch zur Gefahr für den Fortbestand des Familienunternehmens werden, weil es entweder verkauft werden muss, um die Erbansprüche zu decken, oder weil durch Interessenskonflikte die operative Geschäftstätigkeit in den Hintergrund tritt und das Unternehmen deswegen in die Krise gerät.

Auch Pflichtteilsansprüche können sich zu einer Gefahr für den Fortbestand des Unternehmens auswachsen, wenn der Übernehmer sich nicht in der Lage sieht, diese zu decken, ohne das Familienunternehmen oder seine private Existenz in Bedrängnis zu bringen.

Ist der Übergang des Familienunternehmens in Form einer letztwilligen Zuwendung geplant, ist darauf zu achten, dass nicht andere Vereinbarungen dem entgegenstehen. Einer letztwilligen Verfügung widersprechen könnten etwa gesellschaftsvertragliche Regelungen, Vorkaufs- oder Aufgriffsrechte.

Wünscht der Übergeber dennoch einen Eigentumsübergang des Unternehmens erst mit seinem Tod, muss er trotz allem seinen Nachfolger an die Rolle als Unternehmer heranführen und kann diesen bei seinem Ableben nicht „ins kalte Wasser springen lassen.“ Für den Nachfolger bietet eine mit Notariatsakt abgesicherte Schenkung auf den Todesfall bestimmt mehr Anreiz sich auf das Unternehmertum vorzubereiten als eine jederzeit widerrufbare letztwillige Verfügung des Unternehmers.

Eine Vorbereitungsphase auf den Generationenwechsel im Eigentum des Familienunternehmens bietet die Vereinbarung einer Unternehmenspacht. Stellt sich der Nachfolger als geeignet heraus das Familienunternehmen weiterzuführen, kann der Übergeber das Unternehmen guten Gewissens an ihn schenken oder verkaufen. Überzeugt den Übergeber die Leistung des Pächters als Leiter des Familienunternehmens nicht, hat er immer noch die Möglichkeit einen anderen Nachfolger zu suchen, der das Familienunternehmen weiter betreibt.

Aber auch idF ist nicht nur auf eine rechtzeitige Planung zu achten, sondern auch auf die Berücksichtigung der Interessen aller Familienmitglieder. Im Endergebnis soll es zu einer für alle tragbaren Aufteilung des Vermögens kommen, der Nachfolger sollte von allen Familienmitgliedern respektiert und mit der Übernahme seiner neuen Rolle im Einklang sein, sodass der Fortbestand des Familienunternehmens gesichert ist und es bei Zeiten für den nächsten Generationenwechsel bereit ist.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

| | |
|------------|---|
| ABGB | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch |
| Abs | Absatz |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AktG | Aktiengesetz 1965 |
| AnerbenG | Anerbengesetz |
| AnfO | Anfechtungsordnung |
| ASVG | Allgemeines Sozialversicherungsgesetz |
| BAO | Bundesabgabenordnung |
| bzw | beziehungsweise |
| dBGB | deutsches Bürgerliches Gesetzbuch |
| dh | das heißt |
| EGZPO | Zivilprozessordnung Einführungsgesetz |
| EO | Exekutionsordnung |
| EPU | Einpersonenunternehmen |
| evt | eventuell |
| f | folgende |
| ff | fortfolgende |
| FN | Fußnote |
| gem | gemäß |
| GesbR | Gesellschaft bürgerlichen Rechts |
| GesRZ | Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht |
| GewO | Gewerbeordnung 1994 |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | GmbH-Gesetz |
| GrESt | Grunderwerbssteuer |
| H | Heft |
| hA | herrschende Ansicht |
| hL | herrschende Lehre |
| HaRÄG 2005 | Handelsrechtsänderungsgesetz 2005 |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| idF | in diesem Fall |
| idR | in der Regel |

| | |
|---------|--|
| IO | Insolvenzordnung |
| iSd | im Sinne des |
| iVm | in Verbindung mit |
| JBl | Juristische Blätter |
| JEV | Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge |
| KESt | Kapitalertragssteuer |
| KG | Kommanditgesellschaft |
| KMU | kleine und mittlere Unternehmen |
| KO | Konkursordnung |
| KSchG | Konsumentenschutzgesetz |
| lit | litera |
| Lit | Literatur |
| lt | laut |
| MietSlg | mietrechtliche Sammlung |
| mwN | mit weiteren Nachweisen |
| MRG | Mietrechtsgesetz |
| NAktG | Notariatsaktsgesetz |
| NeuFöG | Neugründungsförderungsgesetz |
| NZ | Notariatszeitung |
| OEG | Offene Erwerbsgesellschaft |
| OG | Offene Gesellschaft |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| OHG | Offene Handelsgesellschaft |
| PatentG | Patentgesetz |
| RdW | Recht der Wirtschaft |
| Rspr | Rechtssprechung |
| Rz | Randziffer |
| S | Satz |
| SE | Societas Europaea |
| SWK | Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht |
| SZ | Sammlung Zivilsachen |
| ua | unter anderem |
| UGB | Unternehmensgesetzbuch |
| uHa | unter Hinweis auf |

| | |
|-----------|--|
| UmGrStG | Umgründungssteuergesetz |
| URÄG 2008 | Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 |
| UrhG | Urheberrechtsgesetz |
| uU | unter Umständen |
| va | vor allem |
| VWT | Vereinigung Österreichischer Wirtschaftstreuhandler |
| Z | Ziffer |
| zB | zum Beispiel |
| ZPO | Zivilprozessordnung |

ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS

OGH 28.02.1923, 1 Ob 140/23, SZ 5/42
OGH 08.04.1953, 2 Ob 139/53, SZ 26/90
OGH 14.04.1954, 3 Ob 244/54, SZ 27/105
OGH 15.09.1954, 3 Ob 570/54, SZ 570/54
OGH 16.04.1964, 5 Ob 98/64, SZ 37/60
OGH 11.11.1965, 1 Ob 185/65, SZ 38/194
OGH 16.09.1971, 1 Ob 198/71, SZ 44/137
OGH 14.03.1979, 1 Ob 505/79, SZ 52/36
OGH 20.12.1983, 5 Ob 572/83
OGH 10.05.1984, 8 Ob 569/83, SZ 57/91
OGH 15.01.1986, 1 Ob 726/85, NZ 1986, 210
OGH 10.12.1986, 3 Ob 598/86, SZ 59/219
OGH 18.05.1988, 3 Ob 587/87, NZ 1990, 153
OGH 14.07.1988, 6 Ob 632/88, MietSlg 40.698
OHG 21.01.1992, 6 Ob 18/91, RdW 1992, 173
OGH 23.01.1992, 6 Ob 18/91, RdW1992, 173
OGH 25.05. 1994, 7 Ob 514/94, NZ 1994, 231
OGH 07.03.1995, 4 Ob 519/95, JBl 1995, 584
OGH 30.04.1996, 4 Ob 2029/96b, SZ 69/108
OGH 09.07.1997, 3 Ob 2329/96p
OGH 29.10.1997, 7 Ob 304/97z, SZ 70/231
OGH 01.12.1999, 9 Ob 254/99i, JBl 2000, 593
OGH 13.09.2001, 8 Ob 51/01k, JBl 2002, 256

LITERATURVERZEICHNIS

- BACHL, ROBERT, Einführung in die Unternehmensbewertung, Wien: Lexis Nexis-Verlag ARD Orac, 2009.
- BARTA, HEINZ, Zivilrecht online, <http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/index.html> (20.02.2010).
- BEISER, REINHOLD, Gesellschaften bürgerlichen Rechts und der Zwang zum Rechtsformwechsel ab 1.1.2010 in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 33 – 38.
- BINDER, ANITA, Unternehmensnachfolge im Familienunternehmen in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 2007, 765 – 769.
- CHALUPSKY, ERNST, Gestaltungsvarianten und Bestimmungsgrößen des Verkaufes/Kaufes von Unternehmen in BERTL, ROMUALD/MANDL, DIETER/RUPPE, HANS GEORG, Kauf und Verkauf von Unternehmen. Wien: 1993.
- CZERNICH, DIETMAR/GUGGENBERGER, BERND/SCHWARZ, MANFRED (Hrsg), Handbuch des österreichischen Familienunternehmens, Wien: Lexis Nexis-Verlag ARD Orac, 2005.
- DEHN, WILMA, Die Pacht: Kein Unternehmenserwerb nach § 38 UGB in Zak, Zivilrecht aktuell, Wien: Lexis Nexis-Verlag ARD Orac, 2008, 106 – 108.
- DEHN, WILMA/KREJCI, HEINZ (Hrsg), Das neue UGB, Wien: Linde, 2007.
- FASSELT, THEO, Nachfolge im Familienunternehmen. Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 1992.
- FRITZ, CHRISTIAN, Die richtige Beratung bei der Nachfolgeregelung in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 2006, 891 – 895.
- FRITZ, CHRISTIAN, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Risiken einer Unternehmensnachfolge durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 2005, 1223 – 1230.
- GRUBER, JOHANNES PETER, Gründung einer Privatstiftung – Auswirkungen auf den Pflichtteil in Aufsichtsrat aktuell, Fachinformation für die

- verantwortungsvolle Kontrolle und Beratung von Unternehmen und Stiftungen 1/2008, 27.
- HASENZAGL, RUPERT/STOCKER, FERRY (Hrsg), Unternehmensnachfolge – Herausforderungen, Chancen und Erfolgsfaktoren – Wiener Neustädter Managementgespräche, Wien, Graz: NWV Neuer Wissenschaftsverlag, 2006.
- KAILER, NORBERT/WEISS, GEROLD, Beratungspotentiale zur Sicherung und Organisation der Unternehmensnachfolge in Familienbetrieben – Analyse zur Situation oberösterreichischer Familienunternehmen in VWT, Vereinigung Österreichischer Wirtschaftstrehänder, 2005, H 4, 32.
- KALSS, SUSANNE/OELKERS, JANINE, Versuch einer Kategorisierung der Familienunternehmen als Grundlage für die Analyse ihrer spezifischen Anforderungen an eine rechtliche Ordnung, JEV, Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Wien, Graz: NWV Neuer Wissenschaftsverlag, 2007, 56.
- KEINERT, HEINZ, Das neue Unternehmensrecht, Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2006.
- KLEIN, HARALD/VOSSIUS, OLIVER, Unternehmensnachfolge – Junior fördern – Senior absichern. Wien: Wirtschaftsverlag Ueberreuter, 1999.
- KREJCI, HEINZ (Hrsg), Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht – auf Grundlage der Diskussionsergebnisse einer Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen, Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2006.
- KREJCI, HEINZ, Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007.
- KREJCI, HEINZ, Unternehmensrecht, Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008.
- LACHMAIR, SIEGFRIED, Checkliste zur Übergabe/Nachfolge, SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 2006, 715 – 716.
- LATTNER, CHRISTA, Verordnung des BMF und des BMJ betreffend Übertragung von Klein- und Mittelbetrieben – Die wesentlichen Tatbestandsmerkmale einer begünstigten Betriebsübertragung in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 2003, 34 – 36.

- MADER, PETER, Kapitalgesellschaften, Wien: Lexis Nexis-Verlag ARD Orac, 2006.
- MÜLLER, KATHARINA/SAURER, RENÉ, Die Abschaffung der Erbschafts- und Schenkungssteuer und die Folgen für die Vermögensweitergabe, JEV Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Wien, Graz: NWV Neuer Wissenschaftsverlag, 2008, 58 – 63.
- MÜLLER, KATHARINA/SEYER, MAXIMILIAN, Die Macht der Familie – Warum fehlender familiärer Interessenausgleich trotz steuerlicher und rechtlicher Optimierung die erfolgreiche Unternehmensübergabe gefährden kann in JEV, Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Wien, Graz: NWV Neuer Wissenschaftsverlag, 2007, 21 – 27.
- MÜLLER, KATHARINA/SEYER, MAXIMILIAN/NECAS, CORNELIUS, Checklist zur Unternehmensweitergabe (Teil II) – Worauf Übergeber und Übernehmer achten sollten in JEV, Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge, Wien, Graz: NWV Neuer Wissenschaftsverlag, 2008, 14 – 22.
- MURSCHITZ, KATHARINA, Die Übergangsbestimmungen für die Personengesellschaften in eclex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht, Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2006, 760 – 762.
- NOWOTNY, CHRISTIAN, UGB – Was bringt es Neues für die Personengesellschaften? in RdW, Recht der Wirtschaft, Stuttgart: Boorberg, 2007/150, 142 – 145.
- NOWOTNY, CHRISTIAN/SCHWARZINGER, WALTER, Die Gestaltung der Unternehmensnachfolge bei Kapitalgesellschaften anhand von Fallbeispielen in BERTL, ROMUALD (Hrsg), Unternehmensnachfolge durch Erben und Vererben. Wien: Lexis Nexis-Verlag ARD Orac, 1996.
- OBROWSKY, LOUIS/THOMANETZ, WALTER, Die Behandlung von mit Kapitalvermögen abgefundenen Pflichtteilsrechten – Kritik an diesbezüglichen Aussagen des Endbesteuerungserlasses in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde 1997, 470 – 477.
- PAYER, ANDREAS, Gestaltungsmöglichkeiten bei der Betriebsübergabe in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 2003, 1057 – 1062.
- PERNT, EVA, Ab 2010 gibt es mehr Einnahmen-Ausgaben-Rechner – Anhebung der Bilanzierungsgrenze für Umsatzerlöse auf 700.000 Euro in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 2010, 47 – 49.

- PÖSSINGER, ANNEMARIE, Begünstigung für die Übertragung von Betrieben und Teilbetrieben durch das NeuFöG in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 2004, 123 – 129.
- RECHBERGER, CLEMENS, UGB: Gravierende Änderungen beim Unternehmensübergang in RdW, Recht der Wirtschaft, Stuttgart: Boorberg, 2007/87, 71 – 75.
- REICH-ROHRWIG, JOHANNES/SCHNEIDER, VINCENT, Wesentliche Neuerungen im Recht der Personengesellschaften nach dem UGB in ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht, Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2006, 389 – 393.
- RUMMEL, PETER (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien: Manz Online-Bibliothek, 2002.
- SCHNITZHOFFER, WALTER, Der Beirat – das freiwillige Kontrollorgan im Familienunternehmen in Aufsichtsrat aktuell, Fachinformation für die verantwortungsvolle Kontrolle und Beratung von Unternehmen und Stiftungen 3/2005, 4 – 5.
- SCHUMMER, GERHARD, Personengesellschaften, Wien: LexisNexis-Verlag ARD Orac, 2006.
- SCHWIMANN, MICHAEL (Hrsg), Praixiskommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien: Lexis Nexis-Verlag ARD Orac, 2006.
- STEINER, JOHANNES WOLFGANG, Die GesBR nach Inkrafttreten des UGB in RdW, Recht der Wirtschaft, Stuttgart: Boorberg, 2007/293, 262.
- WELSER, RUDOLF, Ein eigenes Pflichtteilsrecht für Unternehmer? Zum Gesetzesvorschlag einer Arbeitsgruppe in GesRZ, Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Wien: Linde, 2008, 261.
- WELSER, RUDOLF, Grundriss des Bürgerlichen Rechts II, 13. Auflage, Wien: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2007.
- WOLF, ERICH, Unentgeltliche Betriebsübertragungen im Familienverband zukünftig ohne Steuerbelastung in SWK, Steuer- und Wirtschaftskartei, Zeitschrift für Steuerrecht, Sozialrecht, Wirtschaftsrecht, Wien: Linde, 2007, 1126 – 1131.

ZIMMEL, CHRISTOPH/SPÄGLER, HEINRICH, Governance Kodex für Familienunternehmen in Aufsichtsrat aktuell, Fachinformation für die verantwortungsvolle Kontrolle und Beratung von Unternehmen und Stiftungen, Wien: Linde, 6/2006, 20 – 25.

CURRICULUM VITAE

Name: Mag. Anita M. H. REITER, BA
Geburtsdatum: 11. Februar 1983 in Wels

Schulbildung

Sep. 1997 – Juni 2002 Handelsakademie des Stiftes Lambach
Schwerpunktbildung: Marketing und internationale
Geschäftstätigkeit

Hochschulstudium

Rechtswissenschaften

WS 2002/03 – WS 2003/04 1. Abschnitt Rechtswissenschaften, Universität Wien
WS 2003/04 – WS 2005/06 2. Abschnitt Rechtswissenschaften, Universität Wien
SS 2006 – WS 2006/07 3. Abschnitt Rechtswissenschaften, Universität Wien

WS 2007/08 – WS 2010/11 Doktorat Rechtswissenschaften, Universität Wien
Dissertation: „Die familiäre Unternehmensnachfolge“

Schwerpunktbildungen:

- WFK Legal Gender Studies
- WFK Internationales Privatwirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung

Soziologie

WS 2005/06 – SS 2006 1. Abschnitt Diplomstudium Soziologie,
Universität Wien

WS 2006/07 – WS 2007/08 2. Abschnitt Diplomstudium Soziologie,
Universität Wien

SS 2007 (Erasmus) Arts and Culture (Media Culture),
Universiteit Maastricht, NL
Unterrichtssprache: Englisch
Bachelorpaper: „Brand Hacking – Cultural Hacking“

SS 2008 Wechsel in den neuen Bachelor-Studienplan
SS 2008 – WS 2008/09 Bachelor-Studium Soziologie, Universität Wien

China Know How: Modern China Studies for Scientists and Economists

August/September 2009 Summer School des Eurasia Pacific Uninet an der
Peking University, Beijing und an der Fudan University,
Shanghai;
Unterrichtssprache: Englisch

ABSTRACT

Die Arbeit „Die familiäre Unternehmensnachfolge“ beleuchtet die unterschiedlichen Möglichkeiten der Nachfolge in ein Familienunternehmen. Die enge Verflechtung von Unternehmen und Familie kann bei der Nachfolge ins Familienunternehmen zu Spannungen und Konflikten führen, die den Fortbestand des Unternehmens ebenso gefährden können, wie das weitere friedvolle Zusammenleben der einzelnen Mitglieder der Unternehmerfamilie.

Als Möglichkeiten der Unternehmensnachfolge unter Lebenden werden Schenkung, gemischte Schenkung und Kauf, sowie alternative Formen wie Leibrente oder (vorläufige) Pacht diskutiert. Sich durch die lebzeitige Nachfolge ergebende problematische Konsequenzen für die Vermögensaufteilung nach Ableben des Übergebers und die Rolle von Erb(Pflichtteils-)Verzichten werden ausführlich erörtert. Anschließend wird der Unternehmensübergang von Todes wegen besprochen, sowie die Gefahren der gesetzlichen Erbfolge für den Fortbestand des Familienunternehmens, inklusive der Auswirkungen des Pflichtteilsrechts. Die Arbeit zeigt deutlich, dass der Übergang des Familienunternehmens auf die nächste Generation einer eingehenden, umfassenden und langfristigen Planung bedarf, in die alle Akteure einbezogen werden müssen, um den Fortbestand des Unternehmens, die Absicherung der Existenz der Familienmitglieder und die Wahrung der Interessen aller Beteiligten zu gewährleisten.