



DDr. Katharina Müller, TEP

ist Partnerin der Kanzlei Müller Partner Rechtsanwälte GmbH. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt im Bereich Privatstiftungsrecht, Erbrecht und Vermögensweitergabe.



Univ.- Professor Dr. Ewald Aschauer

ist Professor an der Wirtschaftsuniversität Wien, Abteilung für Unternehmensrechnung und Revision. Er ist Autor zahlreicher Publikationen und eingetragener Sachverständiger im Bereich Rechnungswesen, Corporate Governance und Unternehmensbewertung.

## *Aktuelle Bewertungsfragen im Pflichtteilsrecht bei der Gestaltung der Unternehmensnachfolge*

- ⋮ **Die liquiditätsschonende Deckung der Pflichtteilsansprüche ist eine zentrale Aufgabe bei der Gestaltung**
- ⋮ **von Unternehmensnachfolgeprozessen und ein wesentlicher Erfolgsfaktor für deren Gelingen. Seit der**
- ⋮ **Erbrechtsreform 2016 (ErbRÄG 2015) besteht hier größerer Gestaltungsspielraum. Dabei treten Bewer-**
- ⋮ **tungsfragen immer mehr in den Mittelpunkt. Bei der Ausgestaltung konkreter Regelungen bedarf es daher**
- ⋮ **eines sorgfältigen Zusammenwirkens von Juristen und Bewertungsexperten.**

### 1. Einleitung

Der Pflichtteil ist nach § 756 ABGB ein Anteil am Wert des Vermögens des Verstorbenen und gemäß § 761 ABGB grundsätzlich in Geld zu leisten. § 761 ABGB normiert, dass der Pflichtteil durch eine Zuwendung des Verstorbenen **auf den Todesfall** sowie durch Schenkungen **unter Lebenden** geleistet werden kann. Nur wenn der Wert der Zuwendungen den Pflichtteilsanspruch nicht deckt, ist die Differenz in Geld zu leisten. § 787 ABGB stellt weiters klar, dass der Pflichtteil auch zur Gänze durch eine Schenkung unter Lebenden erfüllt werden kann.

Gemäß § 762 ABGB hindert eine der Schenkung oder Zuwendung anhaftende Belastung die Pflichtteilsdeckung nicht, ein dadurch verminderter Nutzen fließt ausschließlich in die Bewertung ein.

Was bedeutet das für die Praxis? Grundsätzlich ergibt sich daraus, dass der Pflichtteil nicht nur durch Zahlung eines Geldbetrages oder Überlassung eines liquiden (oder liquidierbaren) Vermögenswertes gedeckt werden kann, sondern auch durch Übertragung vermögenswerter Rechte. Daher ist es möglich, die Pflichtteilsansprüche durch die Einräumung von

Rechten jeglicher Art, auch an Unternehmen oder in Privatstiftungen zu erfüllen. Die Möglichkeiten reichen von Unterbeteiligungen, Fruchtgenussrechten, Genussrechten bis zu (vor allem bei einer GmbH) beim Stimmrecht abgestuften Anteilsformen.<sup>1</sup>

§ 762 ABGB (wonach eine Bedingung oder Belastung nicht pflichtteilsschädlich ist) iVm §§ 780 f ABGB eröffnet auch neue Möglichkeiten zur Abdeckung von Pflichtteilsansprüchen unter Verwendung einer Privatstiftung. Klargestellt ist nämlich nun, dass die Einräumung einer Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung, der der Verstorbene Vermögen gewidmet hat, zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist.<sup>2</sup> Dasselbe muss für die Einräumung einer Letztbegünstigtenstellung gelten.<sup>3</sup> Auch die Einräumung einer Stifterstellung kann als Zuwendung im Sinne der § 780 f ABGB gewertet werden.<sup>4</sup>

Auch Gestaltungen mit Nacherbschaften, etwa zur Überbrückung der Minderjährigkeit der möglichen Unternehmensnachfolger, ist möglich und hindert die Eignung einer Zuwendung zur Pflichtteilsdeckung bei sorgfältiger Gestaltung nicht.

Die Verwertbarkeit der eingeräumten vermögensrechtlichen/gesellschaftsrechtlichen Stellung hat aber

1 Siehe etwa *Schauer*, Pflichtteilsrecht, einschließlich der Gestaltung der Pflichtteilsdeckung, in *Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Erbrecht NEU (2015) 64

2 Siehe auch die Materialien zu § 761 Abs 1 ABGB, wonach die Deckung des Pflichtteils auch durch die zu Lebzeiten des Verstorbenen erfolgte Einräumung einer Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung abgegolten werden kann; ErlRV 688 Blg-NR 25. GP 33.

3 Vgl. *Arnold*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht, Änderungen durch das ErbRÄG 2015 und die EU-ErbVO, GesRZ 2015, 346 (351); *Müller/Melzer*, Pflichtteilsrecht und Letztbegünstigtenstellung, JEV 2017, 7.

4 *Klampff*, Die Einräumung einer Stifterstellung als Schenkung unter Lebenden im Pflichtteilsrecht, GesRZ 2018, 69.

5 Vgl. *Norwojny*, Der Unternehmer und sein Tod, RdW 2017/15.



Einfluss auf die Bewertung der Zuwendung und die Frage, ob der Pflichtteilsanspruch (zur Gänze) gedeckt ist.<sup>5</sup>

Bewertungsfragen haben daher bei der Gestaltung von Konzepten, die eine liquiditätsschonende Deckung der Pflichtteile, etwa zur Sicherung des Unternehmenserhalts anstreben, zentrale Bedeutung. Dieser Aspekt steht im Mittelpunkt der nachstehenden Ausführungen.

## 2. Rechtliche Grundlagen

### 2.1 Pflichtteilsrechtliche Grundlagen

§ 762 ABGB ist die zentrale Norm für die Gestaltung der Pflichtteilsdeckung durch die Einräumung von vermögenswerten Rechten:

*Haften einer Zuwendung oder Schenkung im Sinn der §§ 780 und 781 Bedingungen oder Belastungen an, die der Verwertung des zugewendeten Vermögens entgegenstehen, so hindert dies nicht deren Eignung zur Pflichtteilsdeckung; ein dadurch fehlender oder verminderter Nutzen ist aber bei der Bewertung der Zuwendung oder Schenkung zu berücksichtigen.*

Nach § 762 ABGB sind grundsätzlich auch belastete oder unter einer Bedingung stehende Zuwendungen (§§ 780, 781 ABGB) zur Pflichtteilsdeckung geeignet. Solche Belastungen sind bei der Ermittlung des Wertes der Zuwendung zu berücksichtigen (§ 762 ABGB). Die Materialien sagen dazu explizit: *„Haften einer Zuwendung auf den Todesfall oder Schenkung Bedingungen oder Belastungen an, die der Verwertung des zugewendeten Vermögens entgegenstehen, so hindert dies nicht deren Eignung zur Pflichtteilsdeckung. Bedingungen und Belastungen, also Auflagen, Befristungen, Vermächtnisse, Belastungs- und Veräußerungsverbote und Anordnungen der Testamentsvollstreckung oder einer Nacherbschaft, können vom Pflichtteilsberechtigten daher nicht angefochten werden. Ein dadurch fehlender oder verminderter Nutzen für den Belasteten ist aber bei der Bewertung der Zuwendung nach § 780 Abs. 2 zu berücksichtigen.“*<sup>6</sup>

Der Pflichtteilsberechtigte kann solche Belastungen demnach weder anfechten, noch darf er die Zuwendung im Verlassenschaftsverfahren vorbehaltlich seines Geldpflichtteils ausschlagen (§ 808 Abs 2). Ausschlaggebend ist nicht die sofortige Verfügbarkeit (Liquidität) der Zuwendung, sondern ihr Wert zum

Bewertungszeitpunkt. Nur wenn der ermittelte Wert in Folge der Berücksichtigung von Bedingungen und Belastungen kleiner ist als der Pflichtteilsanspruch (§ 759 ABGB), kann der Pflichtteilsberechtigte die Pflichtteilsergänzung in Geld fordern (§ 763 ABGB).<sup>7</sup>

§ 780 Abs 1 ABGB regelt weiters explizit, dass sich der Pflichtteilsberechtigte alles, was er als Erbteil oder Vermächtnis erhält, auf den Pflichtteil anrechnen lassen muss. Dies gilt explizit auch für jene Zuwendungen, die der Pflichtteilsberechtigte als Begünstigter einer vom Verstorbenen errichteten Privatstiftung oder vergleichbaren Vermögensmasse erhält.

Der Pflichtteil kann zudem nicht nur durch eine Zuwendung auf den Todesfall iSd § 780 ABGB, sondern auch durch eine Schenkung unter Lebenden iSd § 781 ABGB abgedeckt werden.

§ 762 ABGB steht in einem Spannungsverhältnis zur Stundungsregelung des § 766 Abs 1 ABGB.<sup>8</sup> Einerseits ordnet § 762 ABGB an, dass eine Zuwendung, der Bedingungen oder Belastungen anhaften, geeignet ist, den Pflichtteil zu decken. Andererseits sieht § 766 Abs 1 ABGB vor, dass der letztwillig Verfügende den Pflichtteil auf höchstens fünf Jahre stunden kann und er auch die Deckung des Pflichtteils durch eine Zuwendung nur höchstens auf diesen Zeitraum erstrecken kann.<sup>9</sup> Man könnte zu dem Schluss kommen, dass die 5-Jahres Grenze auch im Rahmen des § 762 ABGB beachtlich ist.<sup>10</sup>

In der Literatur divergieren die Meinungen zum Verhältnis der beiden Normen. Nach *Barth* und *Pesendorfer* ist die Zuwendung nach § 762 ABGB im Zeitpunkt des Todes des Verstorbenen zu bewerten. Ergebe sich danach, dass der Pflichtteil nach Ablauf von fünf Jahren nicht zur Gänze erfüllt ist, so stehe ein Ergänzungsanspruch zu, den der Pflichtteilsberechtigte aber erst am Ende dieses Zeitraums verlangen könne. Gegen diesen Aufschub des Ergänzungsanspruchs könne sich der Pflichtteilsberechtigte im Wege der Billigkeitskontrolle nach § 766 ABGB wehren.<sup>11</sup> *Umlauf* vertritt eine ähnliche Ansicht, die dem Pflichtteilsberechtigten ein Wahlrecht zugesteht, wonach er am Ende des Fünfjahreszeitraums entweder die sofortige Leistung des gesamten noch offenen Pflichtteils in Geld verlangen oder sich für die ursprüngliche Zuwendungsart entscheiden könne (zB Fortsetzung des Fruchtgenussrechtes statt Pflichtteilsergänzung).<sup>12</sup>

6 ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 2, 32.

7 Vgl *Nemeth* in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 45 (2018) § 762 ABGB Rz 2.

8 Vgl *Giller*, Die Gestaltbarkeit der Pflichtteilsdeckung nach dem ErbRÄG 2015-eine erste Annäherung, JEV 2016, 58.

9 Vgl *Tschugguel*, Pflichtteilsdeckung neu - Zur Auflösung eines (scheinbaren) Normenwiderspruchs, Zugleich eine Besprechung der E 2 Ob 167/16x, EF-Z 2017, 111.

10 Vgl *Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2017) § 9 Pflichtteilsrecht (2017) 274 Rz 122; *Bittner/Hawel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 766 Rz 4 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

11 *Barth* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 181.

12 *Umlauf*, Erbrechtsreform 2015: Antinomie zwischen den Regelungen der Pflichtteilsdeckung und der Pflichtteilsstundung in FS Echer (2017) 1196 ff.

Nach *Binder/Giller* kommt § 762 ABGB gegenüber § 766 ABGB der Vorrang zu. § 766 ABGB sei auf die Stundung des Geldpflichtteilsanspruchs (und das gleichzuhaltende Ratenvermächtnis) zu reduzieren. Im Ergebnis spricht die teleologische Auslegung dafür, § 762 ABGB gegenüber § 766 ABGB den Vorrang zu geben, sodass eine sukzessive Pflichtteilsdeckung, über fünf Jahre hinaus, zulässig ist.<sup>13</sup>

§ 766 ABGB behält jedoch in jenen Fällen Bedeutung, in welchen der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten auf den gesetzlichen Geldpflichtteilsanspruch verweist und letztwillig die Fälligkeit hinausschiebt, dies ist für höchstens fünf Jahre möglich.<sup>14</sup> Ein restlicher Anwendungsbereich verbleibt § 766 Abs 1 Satz 2 ABGB zudem, wenn man dieser Bestimmung Zuwendungen unterstellt, denen im Stundungszeitraum kein Wert zugeordnet werden kann oder deren Wert etwa wegen besonderer Unsicherheit der Zuwendung mit Null anzusetzen ist, sodass gesagt werden könnte, dass dem Pflichtteilsberechtigten eine (werthaltige) Zuwendung erst zu einem späteren Zeitpunkt zukommt.<sup>15</sup>

## 2.2 Privatstiftung und Pflichtteilsrecht

Folgt man der Auffassung, dass § 762 ABGB Vorrang gegenüber § 766 ABGB genießt, kann der Pflichtteil dauerhaft durch Einräumung einer Rechtsposition gedeckt werden, selbst wenn daraus anfangs nur geringe oder keine Zuwendungen entspringen, sodass auch die Einräumung einer Begünstigten-, Letztbegünstigten oder Stifterstellung in einer Privatstiftung zur Pflichtteilsdeckung geeignet ist.<sup>16</sup> Dem entsprechend ordnet nun auch § 780 Abs 1 ABGB an, dass sich der Pflichtteilsberechtigten alles anrechnen lassen muss, was er als Begünstigter von einer Privatstiftung oder einer vergleichbaren Vermögensmasse erhält. Für Schenkungen zu Lebzeiten ist auf § 781 Abs 2 Zi 5 ABGB zu verweisen, wo ausdrücklich auch auf die Einräumung einer Begünstigtenstellung in einer Privatstiftung Bezug genommen wird.

Maßgeblich für die Tauglichkeit einer Rechtsposition in der Privatstiftung zur Pflichtteilsdeckung ist,

dass die Auswahl des Pflichtteilsberechtigten als Begünstigten vom Erblasser getroffen wird. Die Auswahl des Begünstigten ist nach einhelliger Ansicht dann dem Erblasser zuzuordnen, wenn er den Begünstigten, in der Stiftungserklärung oder der Stiftungszusatzurkunde selbst bestimmt oder wenn er auf die Auswahl des Begünstigten oder auf die Zuwendung an diesen sonst Einfluss hat. Dies etwa durch ein Vorschlagsrecht gegenüber dem entscheidungsbefugten Organ oder durch die Möglichkeit der Ernennung bzw. Abberufung der entscheidungsbefugten Organwalter.<sup>17</sup>

Gemäß § 5 PSG ist derjenige Begünstigter, der in der Stiftungserklärung als solcher bezeichnet ist. Je nach Ausgestaltung der zukommenden Rechte, lassen sich die Begünstigten in unterschiedliche Gruppen einteilen. So haben sich in der Praxis folgende Typen von Begünstigten etabliert: „Begünstigte mit klagbarem Anspruch“, „aktuell Begünstigte“ „potentiell Begünstigte“.<sup>18</sup>

Bei potentiell Begünstigten hängt die tatsächliche Begünstigung vom Eintritt weiterer Umstände (Vorversterben des aktuell Begünstigten) ab.<sup>19</sup> Wobei wiederum zu unterscheiden ist, ob der potentiell Begünstigte mit Eintritt des Umstandes einen klagbaren Anspruch auf die Zuwendung erhält, oder ob die Zuwendung von einer Ermessensentscheidung des Stiftungsvorstandes abhängt.

Aktuell Begünstigten ist zwar die Begünstigtenstellung durch die Stiftungserklärung zuerkannt, sie verfügen aber über keinen klagbaren Anspruch auf Begünstigung, außer die Klagbarkeit ergibt sich aus den Regelungen der Stiftungserklärung.<sup>20</sup> Ein allfälliger Ermessensspielraum des Stiftungsvorstandes bei Beschlussfassung über Zuwendungen ergibt sich aus den konkreten Regelungen der Stiftungserklärung zu den Zuwendungen (so kann etwa Höhe und Fälligkeit konkret geregelt sein oder auch der Anlassfall für eine Zuwendung).

Ob grundsätzlich ein klagbarer Anspruch auf Zuwendung zur Tauglichkeit der Begünstigtenstellung als pflichtteilsdeckend notwendig ist, ist seit dem ErbRÄG 2015 fraglich, da § 781 Abs 2 Z 4 ABGB

13 Vgl *Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch: Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 9 Pflichtteilsrecht 274 Rz 125; *Schauer*, Das neue Erbrecht – Grundlegende Wertungen und ausgewählte Einzelfragen, ÖJZ 2017 (53), 55; *Tschuguel*, EF-Z 2017, 111; *Verweijen*, Fruchtgenussrechte als Mittel der Pflichtteilsdeckung, JEV 2020, 145 (149)

14 Vgl *Giller*, Die Gestaltbarkeit der Pflichtteilsdeckung nach dem ErbRÄG 2015 – eine erste Annäherung, JEV 2016, 85.

15 *Bittner/Harwel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 766 (Stand 1.10.2018, rdb.at)

16 Vgl *Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch: Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 9 Pflichtteilsrecht 280

Rz 130; *Arnold*, GesRZ 2015, 351; *Müller/Melzer*, JEV 2017, 7; *Klampff*, GesRZ 2018, 69.

17 Vgl *Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch: Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 9 Pflichtteilsrecht 282 Rz 133.

18 Vgl *Kalss*, Grenzen der Einflussnahme von Begünstigten in der Privatstiftung, JEV 2008, 48 (49).

19 Vgl *Kalss/Zollner*, Die gesetzlichen Rechte der Begünstigten, GesRZ 2008, 125 (126).

20 Vgl *Kalss/Zollner*, GesRZ 2008, 126.



normiert: „*Hinzuzurechnen sind alle Ausschüttungen, die der Pflichtteilsberechtigte als Begünstigter bis zum Erbfall tatsächlich erhalten hat und solche, die er nach dem Erbfall erhalten wird.*“ Davon sind nicht nur klagbare Ansprüche erfasst. Ob eine eingeräumte Begünstigtenstellung nur dann bewertbar ist, wenn ein klagbarer Anspruch des Begünstigten besteht,<sup>21</sup> ist daher zu bezweifeln. Die Möglichkeit der Durchsetzung ist aber als wesentlicher Faktor bei der Bewertung einer Rechtsposition zu berücksichtigen.

Sobald die Stiftung als Rechtsträger entstanden ist, ist sie vom Stifter vollständig getrennt.<sup>22</sup> Für den Stifter besteht jedoch die Möglichkeit sich Einflussmöglichkeiten, etwa in Form eines Änderungs- oder Widerrufsrechts vorzubehalten und somit auch nach Entstehung der Stiftung in das Stiftungsgeschehen einzugreifen.<sup>23</sup> Die Einräumung eines Widerrufs- oder Änderungsrechts, allenfalls auch sonstiger Einflussrechte ist daher bei Ermittlung des Werts einer Rechtsstellung in der Privatstiftung zu berücksichtigen.

### 3. Grundlagen der Bewertung von Zuwendungen

Nach der nun geltenden Rechtslage ist davon auszugehen, dass grundsätzlich jede Zuwendung zunächst als Pflichtteilsdeckung geeignet ist, allerdings Bewertungsfragen verstärkt zu berücksichtigen sind. Bei vermögenswerten Rechten an Unternehmen(santeilen) treten daher Fragen der Unternehmensbewertung in den Fokus.

In der Betriebswirtschaft ermittelt sich der Wert eines Unternehmens oder eines Vermögenswerts auf Basis des zukünftigen (finanziellen) Nutzens, der zu einem bestimmten Zeitpunkt erwartbar ist.<sup>24</sup> In erster Linie geht es also um die zukünftigen Cashflows, die entweder aus der laufenden Nutzung eines Vermögenswertes oder durch die Liquidation eines Vermögenswertes generierbar sind (*Liquidationswert*<sup>25</sup>). Ob der Wert sich aus der Nutzungsmöglichkeit oder aus dem Liquidationswert ergibt, hängt vom Bewertungsobjekt ab (so wird bei Vermögenswerten, wie Gold, Kunstwerken oder sogar Bitcoins idR kein laufender Ertrag erwirtschaftet und somit ist der Liquidationswert zum Marktwert entscheidend), den rechtlichen Möglichkeiten (so kann bei einem Fruchtgenussrecht, das auf Lebenszeit besteht und nicht übertragbar ist, nur der

Nutzungswert für den bestimmten Zeitraum bewertet werden) und der subjektiven Absicht (so liegt etwa die Veräußerung bei einer freien Entscheidungsmöglichkeit im Ermessen des Bewertungssubjekts – bei einer Entscheidung ausschließlich auf betriebswirtschaftlicher Logik wird wohl der jeweils höhere Wert aus der Fortführung oder der Liquidation zum Ansatz kommen). Vor diesem Hintergrund sind für die Bewertung aus betriebswirtschaftlicher Sicht mehrere Aspekte von grundlegender Bedeutung. Erstens, die Festlegung des Bewertungsobjekts, zweitens, die Festlegung des Bewertungsobjektes (aus wessen Blickwinkel ist die Bewertung vorzunehmen), da die damit einhergehenden Möglichkeiten, Risikoabwägungen und Erwartungen wertentscheidend sind. Bei den rechtlichen Bewertungsanlässen sind hier insbesondere die normativen Vorgaben im Spannungsbogen der betriebswirtschaftlichen Werts subjektivität (der Wert ist nur für ein Bewertungssubjekt ermittelbar) und der rechtlichen Objektivierungszielsetzung (der Wert soll möglichst für den gesamten Verkehr gelten) beachtlich.

Drittens ist der Bewertungsstichtag, zu dem eine konkrete Erwartungssituation in Bezug auf das Bewertungsobjekt sowie auf das Umfeld und die Marktsituation, in der das Bewertungsobjekt eingebettet ist, für den Unternehmenswert entscheidend. Zum Bewertungsstichtag gibt es klare rechtliche Regelungen, die bei der Bewertung beachtlich sind. Die Bewertung der Zuwendungen von Todes wegen hat auf den Todestag des Erblassers zu erfolgen, Schenkungen unter Lebenden werden auf den Zeitpunkt, zu dem sie „wirklich gemacht“ wurden, mit Indexanpassung (VPI) auf den Todestag, bewertet. Wird der Wert des zugewendeten Eigentums durch Rechte Dritter vermindert oder nur ein Nutzungsrecht verschafft (zB bei Anordnung einer Nacherbschaft), sind die Rechte zunächst wie sonst auch zu bewerten.<sup>26</sup> Bei betagten Rechten erfolgt die Bewertung durch Abzinsung. Bei auf Lebensdauer eingeräumten Rechten bzw bei Anordnung einer Nacherbschaft nach Ableben des Vorerben ist die Lebenserwartung des Berechtigten bzw des Vorerben nach versicherungsmathematischen Grundsätzen zu berücksichtigen.

*Giller/Binder* weisen darauf hin, dass zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten eine bloße Orientierung an versiche-

21 Vgl *Giller*, Die Gestaltbarkeit der Pflichtteilsdeckung nach dem ErbRÄG 2015 – eine erste Annäherung, JEV 2016, 58.

22 Vgl *Arnold*, Privatstiftungsgesetz – Kommentar<sup>3</sup> (2013) § 3 Rz 56 f.

23 Vgl RS0115134.

24 Zum Folgenden siehe bspw. *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung (2011).

25 Der Liquidationswert wird gemeinhin sowohl als Verkaufs- oder Zerschlagungswert bezeichnet. Es gilt das Konzept der bestmöglichen Verwertung oder Liquidation. Vgl. WP Handbuch (2008), Rz. 385 u 437.

26 Vgl *Nemeth* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 45 (2018) § 762 ABGB Rz 4.

runingsmathematischen Parametern und zu erwartenden Wertzuflüssen bei Bewertung der Belastungen, vor allem bei rentenähnlichen Gestaltungen, zu kurz greift und insbesondere auch Umstände wie die Bonität des Schuldners, die Ausfallwahrscheinlichkeit, die Inflationswahrscheinlichkeit, Zinsentwicklung und Verwertbarkeit sowie Eintritts-/Ausfallwahrscheinlichkeit noch unbestimmter Zuflüsse zu berücksichtigen sind.<sup>27</sup>

Nochmals herauszustreichen ist, dass jeder Wert subjektorientiert und zukunftsgerichtet ist und damit immer ein Ermessensspielraum bei der Bewertung gegeben ist. Gleichzeitig ist darauf hinzuweisen, dass alle Bewertungsverfahren mit Annahmen operieren, die über die Realität des Einzelfalls zum Teil hinausgehende, aber notwendige Vereinfachungen darstellen, um überhaupt eine Aussage treffen zu können.<sup>28</sup> Während man bei der Umsetzung des rechtlichen Bewertungsanlasses daher oftmals geneigt ist, jedes Detail des Einzelfalles einfließen zu lassen, sind aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Bewertungsverfahren immer mit Vereinfachungen verbunden.

Hauptverfahren der Unternehmensbewertung ist die Kapitalwertmethode. Die Kapitalwertmethode ermittelt den Unternehmenswert durch eine Kapitalisierung der zukünftigen Cashflows mit einem risikoadäquaten Kapitalisierungszinssatz. Der Kapitalisierungszinssatz trägt dem Risiko (gemeint ist positive, wie negative Abweichung vom Erwartungswert) Rechnung und steigt bei zunehmendem Risiko. Im einfachsten Fall wird angenommen, dass die Cashflows unendlich, in gleichbleibender Höhe fließen – dieser Fall wird als ewige Rente bezeichnet. In diesem einfachen Fall der ewigen Rente bedarf es einer Prognose der nachhaltigen Cashflows und einer Ermittlung des risikoadäquaten Zinssatzes. Während es zur Ermittlung des Kapitalisierungszinssatz – trotz aller theoretischen Prämissen und Herausforderungen in der Praxis – eine theoriegeleitete Vorgehensweise gibt, ist die Ableitung von Erwartungswerten auf Basis einer Prognose vorzunehmen, die mit hohem Ermessen verbunden ist. Die Erwartungswertermittlung kann nur durch eine materielle und formelle Plausibilisierung überprüft werden. Im Rahmen der materiellen Plausibilitätsprüfung werden Vergangenheitswerte in Bezug zu den Markterwartungen gesetzt und hin-

sichtlich der Vertretbarkeit der jeweiligen Zusammenhänge überprüft. Ist mit keinen nachhaltig gleichbleibenden Cashflows zu rechnen, muss eine detailliertere Planung die erwarteten zukünftigen Entwicklungen darstellen. Nachdem die Prognosequalität mit zunehmenden Perioden abnimmt, wird für die Planung in den ersten Perioden zumeist eine detaillierte Planung erstellt (Detailplanungszeitraum), in weiterer Folge werden gröbere Prämissen für die Planung angenommen (Grobplanungszeitraum) und anschließend eine nachhaltige Zuflusssituation angenommen (ewige Rente). Diese Planungsunterteilung ist dabei kein Selbstzweck, sondern folgt der Informationslage bei der Bewertung. Ist beispielsweise im Vergleich zu den vergangenen Perioden von gleichbleibenden Zuflüssen auszugehen, so kann die detaillierte Planung entfallen und unmittelbar eine ewige Rente angesetzt werden. Klar ist, dass der größte Wertanteil der ewigen Rente entspringt und hier auch der Fokus der kritischen Kontrolle des Bewerter liegen muss. Die Planbarkeit von Unternehmen hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Unternehmenswert. Der Risikozuschlag im Zinssatz trägt insbesondere der Streuung der Cashflows und der konkreten Situation des Unternehmens Rechnung.

Wie die Bewertung von Zuwendungen (und die allenfalls dahinterstehende Unternehmensbewertung) also konkret zu erfolgen hat, ist mit vielen Fragen verbunden. Gerade die Einräumung einer Rechtsstellung an einem Unternehmen(-santeil) durch Unterbeteiligung, Fruchtgenuss oder ähnliche Rechte führt zur konkreten Frage der Bemessung von Abschlägen, etwa weil die Veräußerungs-(bzw Liquidations-)möglichkeit stark eingeschränkt ist, oder Beschränkungen bei den Einflussrechten bestehen.<sup>29</sup> Dies betrifft etwa bereits die Frage, ob bei der Bewertung von Anteilen an einer Gesellschaft der Anteilswert direkt oder indirekt durch die Wertermittlung des Gesellschaftsvermögens und dann Umlegung auf die Anteilsquote zu ermitteln ist<sup>30</sup> oder auch die Frage der Einflussrechte eines Begünstigten auf Zuwendungen.

Im Folgenden sollen drei in der Praxis wesentliche Faktoren für die Bewertung in Grundzügen beschrieben werden:<sup>31</sup> (i) Die Methode der Anteilsbewertung, (ii) der Einfluss von Kontrolle und (iii) der Einfluss einer eingeschränkten Veräußerbarkeit (Fungibilität).

27 Vgl *Binder/Giller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch: Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 9 Pflichtteilsrecht Rz 128.

28 Vgl *Hering*, Unternehmensbewertung<sup>2</sup> (2006).

29 Vgl *Hügel/Aschauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 227 (266 ff).

30 Vgl *Hügel/Aschauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch 274 f, die sich für die indirekte (abgeleitete) Anteilsbewertung aussprechen, wenn nicht durch besondere Einschränkungen der Veräußerbarkeit oder der Einflussmöglichkeiten Abschläge vorzunehmen sind.

31 Hierzu bereits auch *Hügel/Aschauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch 274 f.



Diese drei Aspekte stehen dabei jeweils auch in einem gewissen Zusammenhang.

#### *Ad (i) Anteilsbewertung*

Zur Anteilsbewertungsmethode ist aus betriebswirtschaftlicher Sicht festzustellen, dass die Vorgehensweise durch das konkrete Bewertungsobjekt bzw. den rechtlichen Bewertungsanlass vorgegeben sein sollte. Ist das Ziel beispielsweise eine Gleichbehandlung ungeachtet der Anteilshöhe zu erreichen, so wird man betriebswirtschaftlich dieser Logik durch die Anwendung einer indirekten Anteilsbewertungsmethodik folgen. Bei der indirekten Anteilsbewertung wird der Gesamtunternehmenswert (wie er sich für einen hypothetischen Alleineigentümer darstellen würde) ermittelt und in einem weiteren Schritt der Gesamtunternehmenswert mit dem Beteiligungsanteil multipliziert, um dadurch (indirekt) den Anteilswert zu ermitteln. Bei der direkten Anteilsbewertung erfolgt die Ermittlung der erwarteten Cashflows aus Sicht des Anteilseigners. Muss der Anteilseigner aus gewissen Umständen heraus (beispielsweise aufgrund einer reinen Minderheitsstellung ohne Kontrollmöglichkeit) davon ausgehen, dass Zahlungsflüsse nicht vollumfänglich oder niemals zufließen werden, so würde das den Wert aus Sicht des Anteilseigners (Bewertungsobjekts) entsprechend reduzieren oder wertlos machen. Ein Beispiel wäre, dass durch ständige Thesaurierungspolitik zwar der Unternehmenswert steigt, durch eine Unmöglichkeit der Veräußerung des Anteilsrechts aber niemals ein Cashflow aus der Liquidation generiert werden könnte. Da in dieser Situation weder aus der Fortführung noch aus der Liquidation Cashflows zu erwarten sind, wäre der Wert des Anteils aus Sicht des Anteilseigners null. Somit stellt sich schon auf Ebene der Anteilsbewertung auch die Frage nach dem Wert von Kontrolle.

#### *Ad (ii) Wert von Kontrolle*

Werden im Zuge der Vererbung Unternehmensanteile ungleich auf Pflichtteilsberechtigte verteilt, sodass deren Einflussrechte nicht dasselbe Ausmaß haben, so ist die geringere Einflussmöglichkeit auf die Unternehmensführung bei der Bewertung des Vermögenswertes zu berücksichtigen. Die Bewertung auf den Todestag bzw. auf den Zeitpunkt der Schenkung bezieht sich auf den Wert des Unternehmens oder Geschäftsanteils zu

diesem Zeitpunkt, der auf den Todestag zu valorisieren ist. Spätere Gewinne bzw. Verluste haben keinen Einfluss auf die Pflichtteilshöhe.<sup>32</sup>

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ergibt sich der Wert von Kontrolle je nachdem, ob eine Unternehmensfortführung oder eine Liquidation geplant ist, unterschiedlich. Im Fall der Unternehmensfortführung ist die Kontrollmöglichkeit nur dann werthaltig, wenn durch die Kontrolle auch ein höherer Cashflow erreicht werden kann. Führt die Kontrollmöglichkeit zu keinem höheren Cashflow, dann ist Kontrolle und die damit einhergehende Kostenbelastung betriebswirtschaftlich wertmindernd bzw. nicht wünschenswert. Der Wert von Kontrolle setzt daher eine suboptimale Unternehmensführung voraus, die durch die Ausübung der Kontrolle auch zu einer finanziellen Verbesserung der Zahlungsposition führt (und sei dies indem in der Vergangenheit Risiken eingegangen wurden, die den Erwartungswert belasten).

Ein weiterer Punkt, der im Fall der Unternehmensfortführung beachtlich ist, ist der Einfluss auf die Ausschüttungspolitik und damit die Durchsetzung der Konsumpräferenzen (auf diesen Umstand wurde in der bisherigen Literatur noch kaum eingegangen<sup>33</sup>). Die Ausschüttungen aus dem Unternehmen sind für den Zahlungsstrom des Anteilseigners von besonderer Bedeutung. In dem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass erwirtschaftete Überschüsse, die im Unternehmen reinvestiert werden und sich (zumindest erwartungsgemäß) im Unternehmen mit dem Kapitalisierungszinssatz verzinsen, den Wert des Unternehmens über die Zeitdauer ansteigen lassen und damit den Wert im Bewertungszeitpunkt nicht verändern (das Wertwachstum über die Zeitdauer entspricht dem Kapitalisierungszinssatz und damit der Diskontierung). Im Kapitalwertmodell werden restriktive Prämissen gesetzt, wonach die individuelle Konsumpräferenz des Bewertungsobjekts keine Rolle spielt.<sup>34</sup> Es gibt einen einheitlichen Zinssatz, zu dem unbeschränkt Geld aufgenommen und angelegt werden kann. Dadurch ist im Kapitalwertmodell die Konsumpräferenz kein relevanter Faktor mehr – der Konsum kann durch Geldanlage oder Geldaufnahme zum Marktzinssatz jederzeit verwirklicht werden und es kommt somit nur zu einer Verschiebung der Zahlungsflüsse.

In der Praxis greift die vereinfachte Sichtweise des Kapitalwertmodells und die Ausblendung der Konsumpräferenz in manchen Fallkonstellationen zu kurz. Mittels eines vollständigen Finanzplans könnte man

<sup>32</sup> Vgl. *Eccher*, Die österreichische Erbrechtsreform, § 762 ABGB.

<sup>33</sup> Dieser Aspekt wird von *Aschauer/Hügel*, in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch 274 f., aufgegriffen.

<sup>34</sup> Zum Folgenden siehe bspw. *Aschauer/Purtscher*, Einführung in die Unternehmensbewertung (2011) 99 ff.

die Ausschüttungspräferenzen besser bewerten und möglicherweise realistischere Annahmen hinsichtlich der Vorfinanzierung oder Geldanlage in das Bewertungskalkül aufnehmen. Fraglich ist, ob der rechtliche Bewertungsanlass jedoch dieses Maß an Subjektivität bei der Bewertung überhaupt berücksichtigen möchte oder, ob die in der Betriebswirtschaft gesetzten Annahmen für die Verkehrswertermittlung in diesem Punkt ausreichend sind. Anders stellt sich die Situation natürlich dar, wenn Ausschüttungen dazu führen, dass der Wert eines Unternehmensanteils, der erst zu einem späteren Zeitpunkt auf das Bewertungsobjekt übertragen wird, geschmälert wird. In diesem Fall muss die (erwartungsgemäße) Reduktion des Cashflowstroms (durch Ausschüttung sonstige, zwischenzeitlich Beteiligte) in die Basisbewertung des Anteils einfließen.

Neben der Unternehmensfortführung ist die Kontrolle vor allem im Liquidationsszenario iS einer Veräußerung relevant. Insbesondere für potentielle Übernehmer sind Anteilsrechte nur dann relevant, wenn sie damit auch Kontrollmöglichkeiten vermitteln, da nur dann potentielle Synergieeffekte, die bei der Übernahme erwartet werden, generiert werden können. Als Eigner von (übertragbaren) Kontrollrechten besteht somit die Möglichkeit, an zukünftigen Synergieeffekten zu partizipieren, indem man von einem potentiellen Übernehmer einen höheren Wert erhält. Der Übernehmer wird gewillt sein, zumindest einen Teil der Synergieeffekte für die Erlangung der Kontrolle abzugeben.

#### *Ad (iii) Fungibilität*

Wie bereits oben ausgeführt, ist aus Sicht des Anteilseigners der erwartbare Cashflow für den Wert relevant, der sich entweder aus der Fortführung oder der Veräußerung (Liquidation) eines Bewertungsobjekts ergibt. Ein rationales Bewertungsobjekt wird darüber hinaus den höheren der beiden Werte (Fortführungswert versus Liquidationswert<sup>35</sup>) wählen. Das führt dazu, dass beispielsweise der höhere Wert aus der Unternehmensfortführung idR ungeachtet des Verkaufswerts angesetzt wird (ein Unternehmen mit Fortführungswert 100 wird sowohl mit 100 bewertet, wenn der Verkaufswert (a) 90 oder (b) 10 beträgt – solcherart strategische Optionen fließen zumindest im Kapitalwertmodell nicht in die Wertberechnung ein) und ein geringerer Verkaufswert keine Relevanz für den Unternehmenswert hat. Fehlende Fungibilität führt nämlich

dazu, dass dem Bewertungsobjekt die Verkaufsalternative nicht (oder nur eingeschränkt) zur Verfügung steht und der Wert des Unternehmensanteils sich dann ausschließlich auf Basis der zukünftigen erwartbaren Cashflows aus der Fortführung bemisst.

Von praktischem Interesse ist daher, ob zumindest einige dieser Zweifelsfragen durch eine Regelung in der letztwilligen Verfügung geklärt oder zumindest Ermessensspielräume eingeengt werden können, etwa durch Wahl eines gängigen Bewertungsverfahrens oder Vorgabe konkreter Bewertungsgrundsätze. UE ist *Nowotny* hier zu folgen, der die Grenze in der einseitigen, nicht äquivalenten Wertverschiebung zulasten von Pflichtteilsberechtigten sieht.<sup>36</sup>

## 4. Praxisbeispiele auf Grundlage eines konkreten Sachverhalts in diversen Varianten

### 4.1 Ausgangslage:

A ist Eigentümer einer Unternehmensgruppe, an deren Spitze eine Holding (GmbH) in seinem persönlichen Eigentum steht. Dieses Unternehmen stellt den wesentlichen Vermögenswert dar. Im Privateigentum befinden sich einige Liegenschaften und Wertpapiere etc. A hat zwei Kinder und eine Ehegattin, es liegen keine Pflichtteilsverzichtvereinbarungen vor. A möchte eine Nachfolgeplanung erarbeiten, die die Pflichtteilsproblematik berücksichtigt, die Aufteilung des Unternehmens vermeidet und die Weitergabe des Unternehmens an die Kinder sicherstellt.

### 4.2 Variante A: minderjährige Kinder

Bei minderjährigen Kindern sollte in Hinblick auf die Mitwirkungsrechte des PflEGschaftsgerichts eine Gesellschaft der Kinder unbedingt vermieden werden.

Minderjährige werden in der Regel von ihren obersorgeberechtigten Eltern vertreten. Handelt es sich jedoch um Angelegenheiten, welche nicht zum ordentlichen Wirtschaftsbetrieb gehören, bedarf es gem § 167 Abs 3 ABGB zusätzlich der Zustimmung des PflEGschaftsgerichtes. Sowohl die Abgabe einer Erbantrittserklärung als auch der erbrechtliche Erwerb eines Unternehmens bedürfen daher der gerichtlichen Zustimmung. Selbst wenn der Erbe nur eine bedingte Erbantrittserklärung abgibt, haftet er gem § 40 Abs 1 UGB für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten

35 Wie oben beschrieben, ist im Rahmen des Liquidationswerts der höhere Nutzen aus der Veräußerung oder Zerschlagung zu ermitteln (siehe Fn. 28).

36 *Nowotny*, RdW 2017/15



unbeschränkt, dh mit dem gesamten Vermögen und nicht beschränkt mit den übernommenen Unternehmensaktiva. Die Haftung nach dem UGB tritt neben die Erbenhaftung nach materiellem Erbrecht, sodass aufgrund dieser umfassenden Haftung die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung auch bei Abgabe einer bedingten Erbantrittserklärung notwendig ist.<sup>37</sup>

Auch für die Stimmrechtsausübung bzw. die Ausübung sonstiger Gesellschafterrechte ist, sofern es sich um Maßnahmen des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes handelt, die Zustimmung des Pflegschaftsgerichtes erforderlich. Für die Zuordnung zum außerordentlichen Wirtschaftsbereich ist das Gewicht der rechtlichen und wirtschaftlichen Gefährlichkeit maßgeblich.<sup>38</sup>

In der Praxis wird aufgrund der rechtlichen Schwierigkeiten häufig von der Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft abgesehen und versucht, das gewünschte Ergebnis auf anderem Weg zu erreichen.

Es ist also eine Gestaltung anzustreben, die die Zeit bis zur Volljährigkeit der Erben überbrückt. Im hier angeführten Beispielfall wird dies durch eine Gestaltung umgesetzt, wonach, die minderjährigen Kinder zu Nacherben und die Ehegattin (und Mutter) zur Vorerbin, allenfalls unter Auflagen, bestimmt wird. So kann die Mutter etwa zur Vorerbin mit eingeschränktem Recht auf Gewinnausschüttung bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Kinder (=Nacherbfall) eingesetzt werden; bei Eintritt des Nacherbfalls sind die Gesellschaftsanteile auf die Kinder als Nacherben zu übertragen. Der Nacherbfall kann auch für Teile der Gesellschaftsanteile unterschiedlich geregelt werden (Pflichtteilsanspruch der Ehegattin ist abzudecken).

Weiters empfiehlt es sich in diesem Fall, die Stundung der Pflichtteile der minderjährigen Kinder testamentarisch anzuordnen.

#### 4.3 Variante B: Kinder sind volljährig und sollen sofort Erben sein

Aufgrund ihrer Volljährigkeit können die Kinder unmittelbar als Erben eingesetzt werden. Der Pflichtteilsanspruch der Ehegattin wird über ein Fruchtgenussrecht an einem Teil der Gesellschaftsanteile gedeckt. Die Bedingungen des Fruchtgenussrechts werden über eine testamentarische Auflage vorgegeben.

#### 4.4 Variante C: Nachfolgeplanung mit einer Privatstiftung

Ein wesentliches Ziel von A ist es, dass das Familienunternehmen generationenübergreifend im Familienbesitz bleibt und familienfremde Beteiligungen vermieden werden.

Ein solches Ziel kann nach wie vor am besten über eine Stiftungslösung verwirklicht werden. Eine Privatstiftung ist besser als jede gesellschaftsrechtliche oder syndikatsvertragliche Regelung dazu geeignet, Vermögen generationenübergreifend zusammenzuhalten und weiterzugeben.

Im Unterschied zur Stiftung auf den Todesfall können die Nachfolger (im Idealfall über eine Stiftergesellschaft) Mitstifter und Inhaber von Stifterrechten sein. Über die Möglichkeit der (zeitlich abgestuften) Ausübung dieser Rechte, bleibt die Privatstiftung flexibel und kann an geänderte familiäre oder wirtschaftliche Rahmenbedingungen angepasst werden. Freilich steht es A als Hauptstifter auch frei, diese Rechte der Nachfolger inhaltlich entsprechend einzuschränken.

Die Pflichtteilsdeckung erfolgt über die Einräumung von Stifterrechten durch eine Stifter-GmbH, an der die künftig Begünstigten zu beteiligen sind, und die Einräumung einer qualifizierten Begünstigtenstellung (definierter Anspruch mit konkreten Zuwendungsbeiträgen und Fälligkeiten; darüber hinaus Zuwendungen in Abhängigkeit von Jahresüberschuss möglich). Auch der Pflichtteilsanspruch der Ehegattin wird über eine qualifizierte Begünstigtenstellung abgedeckt.

### 5. Gestaltungsvarianten der Pflichtteilsdeckung und deren monetäre Bewertung

#### 5.1 Bewertung einer Vorerbschaft

Bei einem Erbfall ist nach geltender Rechtslage nicht nur die Belastung des dem Vorerben gebührenden Pflichtteils mit einer Nacherbschaft, sondern auch das Einsetzen eines Pflichtteilsberechtigten als Nacherbe nach § 762 grundsätzlich wirksam, ein dadurch fehlender oder verminderter Nutzen für den Pflichtteilsberechtigten ist nur bei der Bewertung zu berücksichtigen.<sup>39</sup>

Der Vorerbe wird mit der Einantwortung Eigentümer des Nachlasses. Sein Recht ist aber idR zeitlich

37 Vgl. Beck, P-Gericht und A-Verfahren - Die Rolle des Pflegschaftsgerichts im Verlassenschaftsverfahren, EF-Z 2011, 31.

38 Vgl. Zimmer, Minderjährige Gesellschafter - Ausübung des Stimmrechts und pflegschaftsgerichtliche Genehmigung, JEV 2013, 74.

39 Gruber/Sprobar-Heimlich/Scheuba in Gruber/Kalss/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 19 Instrumente zur Sicherung des Erblasserwillens Rz 18



durch Eintritt des Substitutionsfalles (Tod des Vorerben) beschränkt. Inhaltlich unterliegt sein Eigentum ebenfalls einer Beschränkung, sodass seine Position im Wesentlichen der eines Fruchtnießers gleicht.<sup>40</sup> Der Vorerbe darf den Nachlass unter Schonung der Substanz voll nutzen und sich den Ertrag (natürliche und Zivilfrüchte) aus dem Nachlass aneignen.<sup>41</sup> Dem Vorerben gebühren zwischen Einantwortung und Nacherbfall die Nutzungen und Früchte, dh der ordnungsgemäße Ertrag, unbeschränkt.<sup>42</sup>

Dem Nacherben steht zunächst ein veräußerliches, pfändbares, vererbliches Anwartschaftsrecht zu, das die Rechtsstellung des Vorerben nicht nur schuldrechtlich, sondern mit absoluter Wirkung beschränkt.<sup>43</sup>

Durch die Nacherbschaft ist die Substanz des Vermögens gebunden, sodass diese einem Veräußerungs- und Belastungsverbot gleichzusetzen ist. Ohne Zustimmung des Nacherben ist eine Verfügung des Vorerben über das Nachlassvermögen nur zulässig, um Schäden an der Verlassenschaft zu vermeiden, Verlassenschaftsverbindlichkeiten zu begleichen oder wenn die Verfügung im Rahmen der ordentlichen Verwaltung erfolgt. Bezieht sich die Nacherbschaft auf ein Unternehmen oder Geschäftsanteile, so betrifft das Veräußerungsverbot das Unternehmen an sich, nicht jedoch das Umlaufvermögen.<sup>44</sup>

Erlangt der Vorerbe aus einer solchen Verfügung Geld oder andere Sachen, so wird dieses Surrogat im Zweifel Teil der von der Nacherbschaft erfassten Verlassenschaft (§ 613 Abs 3 ABGB).<sup>45</sup> Der Vorerbe kann im Rahmen seines Nutzungsrechts ohne Zustimmung des Nacherben zwar zB längerfristige Bestandverträge abschließen, in welche der Nacherbe eintreten muss und die dieser auch nur unter den allgemeinen Voraussetzungen auflösen kann, jedoch kann der Vorerbe dingliche Belastungen, wie zB die Verbücherung eines Bestandrechts, ohne Zustimmung des Nacherben nicht herbeiführen.<sup>46</sup> Der Vorerbe darf auch keine Veränderungen vornehmen, die das Wesen des Substitutionsgutes umgestalten, also insbesondere nicht dessen wirtschaftliche Zweckbestimmung oder die Bewirtschaftungsart ändern: Er darf zB das Waldgrundstück, das Substitutionsgut ist, zwar forstmäßig schlägern, nicht aber roden, um es künftig für die Schottergewinnung zu nutzen.<sup>47</sup>

Handelt es sich beim Nachlassvermögen um Geschäftsanteile, stehen dem Vorerben grundsätzlich alle Gesellschafterrechte zu. Für außerordentliche Verwaltungsmaßnahmen bedarf es jedoch der Mitwirkung des Nacherben, sodass Vor- und Nacherbe in solchen Fällen das Stimmrecht nur gemeinsam ausüben können. Ist die außerordentliche Verwaltungsmaßnahme notwendig und verweigert der Nacherbe seine Zustimmung, so kann der Vorerbe ihn auf Zustimmung klagen.<sup>48</sup>

Für den Vorerben bestehen folglich starke Einschränkungen in Bezug auf die Veräußerbarkeit und auch in Bezug auf die Kontrolle. Dementsprechend kommen die Grundsätze der betriebswirtschaftlichen Bewertung zur Anwendung, wie sie oben zur eingeschränkten Veräußerbarkeit (Fungibilität) und zur eingeschränkten Kontrollmöglichkeit beschrieben wurden. Gleichfalls anknüpfend an die oben beschriebenen Grundlagen der Bewertung ergibt sich der Wert des Vorerbens durch den Nutzenzufluss aus dem Bewertungsobjekt für den Zeitraum der Vorerbschaft. Ist die Vorerbschaft zu keinem bestimmten Zeitpunkt zu Ende, weil diese beispielsweise auf die Lebenszeit angelegt ist, wäre mit versicherungsmathematischen Methoden die geschätzte Lebenserwartung als Zeitraum anzusetzen. Für die Bewertung der Vorerbschaft, aufgrund der eingeschränkten Veräußerbarkeit bzw. Liquidation, gilt auch der oben beschriebene Umstand, dass der Wert sich hauptsächlich aufgrund der zufließenden Cashflows aus der Unternehmensfortführung generiert. Je länger der Zeitraum der Vorerbschaft erwartungsgemäß ist, desto höher ist auch der Wert der Vorerbschaft. Zu beachten ist, dass gemäß dem Kapitalwertmodell, das den Zeitwert des Geldes berücksichtigt, weit in der Zukunft liegende Cashflows einen geringeren Wert aufweisen. Je höher der Zinssatz ist, desto stärker werden die zukünftigen Cashflows diskontiert und dieser Effekt verstärkt sich auch noch. Dies führt dazu, dass der dem Vorerben zukommende Wert – in Abhängigkeit des Zinssatzes – im Vergleich zum Nacherben, der seinen finanziellen Nutzen erst in einem späteren Zeitraum lukrieren kann, verhältnismäßig höher ist. Das folgende Beispiel soll diesen Zusammenhang veranschaulichen: Es wird davon ausgegangen, dass sich aus dem Bewertungsobjekt eine

40 Vgl EFSIlg 108.037.

41 Vgl *Nemeth* in *Schwimmann/Neumayr*, ABGB: Taschenkommentar<sup>5</sup> (2020) § 613 Rz 3 ff.

42 Vgl *Kletečka/Holzinger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 613 Rz 30 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

43 Vgl *Apathy/Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar ABGB, § 613 ABGB; 3 Ob 75/07m SZ 2007/122

44 Vgl *Nemeth* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB: Praxiskommentar<sup>5</sup>, (2018) § 613 Rz 6.

45 Vgl 8 Ob 139/07k.

46 Vgl 5 Ob 182/00a.

47 Vgl 1 Ob 502/88.

48 Vgl *Schauer*, Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personengesellschaften (1999), 458.



ewige Rente mit einer jährlichen Zahlung von 10 ergibt und dies dem Vorerben in einem Zeitraum bis zu einem bestimmten Zeitpunkt T zukommt. Es zeigt

sich, dass bei einem Kapitalisierungszinssatz von 5% bzw 10% dem Vorerben ein Anteil am Kapitalwert der ewigen Rente von 21,65% bis zu 94,27% zukommt.

<b>Kapitalisierungszinssatz 5 %</b>			
Zeitraum T	Kapitalwert bis T	Kapitalwert ab T	Gesamt
30	76,86%	23,14%	100,00%
25	70,47%	29,53%	100,00%
20	62,31%	37,69%	100,00%
15	51,90%	48,10%	100,00%
10	38,61%	61,39%	100,00%
5	21,65%	78,35%	100,00%
0	0,00%	100,00%	100,00%

  

<b>Kapitalisierungszinssatz 10 %</b>			
Zeitraum T	Kapitalwert bis T	Kapitalwert ab T	Gesamt
30	94,27%	5,73%	100,00%
25	90,77%	9,23%	100,00%
20	85,14%	14,86%	100,00%
15	76,06%	23,94%	100,00%
10	61,45%	38,55%	100,00%
5	37,91%	62,09%	100,00%
0	0,00%	100,00%	100,00%

Das obige Beispiel geht dabei von einer wichtigen Prämisse aus, nämlich dass alle im Zeitraum der Vorerbschaft erwirtschafteten Überschüsse auch dem Vorerben zufließen und dem Bewertungsobjekt entzogen werden. Ist dies nicht der Fall, weil die Überschüsse reinvestiert werden und sich durch geeignete Investitionen innerhalb des Bewertungsobjekts verzinsen, so steigt mit der Zeitdauer auch (erwartungsgemäß) der Wert des Bewertungsobjekts und die Relation zwischen Wert der Vorerbschaft und Wert der Nacherbschaft würde sich dementsprechend verschieben. Möchte man diese Grundlagen der Bewertung schon bei der testamentarischen Regelung vorwegnehmen, heißt das, dass Ausschüttungsregelungen und Reinvestitionsverpflichtungen aufgenommen werden müssen. Weiters ist eine wichtige Einsicht für die praktische Ausgestaltung von Vorerbskonstruktionen, dass der Wert sich nur aus diesem Zeitraum generiert, in dem ein (direkter) Nutzenzufluss gegeben ist, auch wenn dies praktisch im Ergebnis möglicherweise zu

gleichen Fallverläufen führt. Möchte ein Erbe ohnedies auf denselben Nacherben vererben, so führt die Regelung der Vorerbschaft zu einer geänderten Bewertung auf Ebene des Vorerbens und damit einer geänderten Pflichtteilsrelation (eine nicht freie Verfügbarkeit auf Ebene des Vorerbens schränkt den Wert ein), obwohl es wirtschaftlich möglicherweise zur selben Vermögensweitergabe kommt. Die Antizipation bzgl. der Bewertung eröffnet für die Praxis wiederum zahlreiche Optionen zur Ausgestaltung.

## 5.2 Bewertung einer Nacherbschaft

Die Nacherbschaft (vormals auch: fideikommissarische Substitution, §§ 608 ff ABGB) kommt dem Bedürfnis vieler Erblasser entgegen, das Vermögen möglichst lange in der Familie zu erhalten und zu binden und dessen Nutzen den nachfolgenden Generationen zuzuwenden. Die Nacherbschaft gibt dem Erblasser die Möglichkeit, nach dem ersteingesetzten Erben noch

weitere Erben selbst auszuwählen und zu bestimmen. Sie ermöglicht damit eine auf dem Willen des Erblassers beruhende Vermögensbindung (in der Familie) über Generationen, wie dies sonst nur in vergleichbarer Weise mit einer Privatstiftung zu erreichen ist.<sup>49</sup>

Soll der Nacherbe nach dem Erblasserwillen nur das erhalten, was beim Tod des Vorerben übrig ist, liegt eine Nacherbschaft auf den Überrest vor (§ 609 ABGB).

Der Nacherbe ist Erbe des Verstorbenen, der die Nacherbschaft angeordnet hat.<sup>50</sup> Ihm stehen gegenüber dem Vorerben dieselben Rechte zu wie dem Eigentümer gegen den Fruchtnießer (§ 613 Abs 1 ABGB). Bei drohender Schädigung oder Gefährdung der Substanz des Substitutionsgutes hat der Nacherbe gegen den Vorerben Anspruch auf Unterlassung und Sicherstellung.<sup>51</sup>

Der Nacherbe erwirbt sein Nacherbrecht dann schon mit dem Tod des Verstorbenen, wenn der Substitutionsfall der Tod des Vorerben ist oder der Vorerbe sonst auflösend befristet eingesetzt ist (§ 705 ABGB).<sup>52</sup> In der Praxis ist der Tod des Vorerben der häufigste Substitutionsfall. Seit dem ErbRÄG 2015 gilt schon nach dem Gesetzeswortlaut: Wenn der Verstorbene nichts anderes verfügt hat, so tritt der Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben ein (§ 608 Abs 2 ABGB). Dem Nacherben fällt dann das Erbrecht sofort und vor dem Substitutionsfall an (§ 705 ABGB).<sup>53</sup> Das Recht des Nacherben ist dann auch sofort mit dem Tod des Erblassers vererblich, es geht selbst dann auf die Erben des Nacherben über, wenn der Nacherbe den Eintritt des Substitutionsfalls (Tod des Vorerben)<sup>54</sup> nicht erlebt (§ 615 Abs 2 ABGB).<sup>55</sup> Auch im Fall einer Substitution auf den Überrest ist das Erbrecht des Nacherben schon mit dem Vorerbfall vererblich, wenn der Substitutionsfall der Tod des befreiten Vorerben ist.<sup>56</sup>

Ist der Substitutionsfall hingegen nicht der Tod des Vorerben, sondern ein zukünftiges ungewisses Ereignis, ist der Vorerbe also auflösend bedingt eingesetzter Erbe des Verstorbenen, erwirbt der Nacherbe sein (dann aufschiebend bedingtes) Recht erst mit Eintritt der Bedingung (§ 703 ABGB) und kann es erst vererben, wenn er den Substitutionsfall erlebt hat.<sup>57</sup> Die

Zweifelsregel des § 615 Abs 2 ABGB bzw die davon unberührte Regel des § 703 ABGB können aber durch den Nachweis eines anderen Erblasserwillens verdrängt werden.<sup>58</sup>

Für Verfügungen über das Substitutionsgut ist die Zustimmung des Nacherben erforderlich, sofern nicht eine der zulässigen Ausnahmen vorliegt.<sup>59</sup> Verfügungen, die der Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben tätigt, werden mit Eintritt des Nacherbfalls unwirksam, da der Vorerbe nur über ein auflösend befristetes oder bedingtes Eigentumsrecht verfügt.<sup>60</sup> Dritte erwerben lastenfreies Eigentum vom Vorerben nur, wenn sie gutgläubig sind, andernfalls steht dem Nacherben die Vindikation zur Verfügung.

Eine Haftung des Nacherben für Unternehmensverbindlichkeiten, welche der Vorerbe außerhalb seines Verwaltungsrechts eingegangen ist, besteht gemäß § 1409 ABGB nicht. Der Nacherbe haftet jedoch gemäß § 40 UGB.<sup>61</sup>

Vorerbe und Nacherbe zusammen haben die Rechte eines freien Eigentümers<sup>62</sup> (§ 613 Abs 2 ABGB), für die Eintragung von Pfandrechten oder Bestandverhältnissen im Grundbuch braucht der Vorerbe die Zustimmung des Nacherben.<sup>63</sup>

Der Pflichtteil kann durch eine Nacherbschaft gedeckt werden, da es sich hierbei um eine nach § 762 ABGB zulässige Bedingung bzw. Belastung handelt. Setzt also der Erblasser seine Ehefrau als Vorerbin und die minderjährigen Kinder als Nacherben ein, ist die Nacherbschaft zur Deckung des Pflichtteils grundsätzlich tauglich, auch wenn die Nacherben die Erbschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt erhalten.<sup>64</sup> Es handelt sich um eine nach § 762 ABGB zulässige Belastung des Pflichtteils.

Gegengleich zum Vorerben oben erfolgt die Bewertung der Nacherbschaft bei einer Berechtigung des Vorerbens auf Lebenszeit (und damit bei einem unbestimmten Zeitraum) ex ante unter Berücksichtigung der statistischen Lebenserwartung des Vorerben. Die Zuwendung an den Nacherben ist unter Berücksichtigung des Alters des Vorerben abzuwerten. Dieser ermittelte Wert kommt dem Nacherben bei Eintritt des Substitutionsfalls zu. Sollte er geringer ausfallen als

49 Vgl Gruber/Sprobar - Heimlich/Scheuba in Gruber/Kals/Müller/Schauer (Hrsg), Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 19 Instrumente zur Sicherung des Erblasserwillens Rz 8.

50 Vgl 3 Ob 177/06k.

51 Vgl 1 Ob 552/88 SZ 61/9.

52 Vgl 6 Ob 1/90 SZ 63/15.

53 Vgl Fritsch in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht 216 mit Beispielen.

54 Vgl 1 Ob 185/01i NZ 2002, 330.

55 Vgl 6 Ob 1/90.

56 Vgl 3 Ob 75/07m; 2 Ob 58/11k JBl 2012, 249.

57 Vgl Eccher in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 615 Rz 5.

58 Vgl 2 Ob 212/00s EF 93.304.

59 Vgl Kletečka/Holzinger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>104</sup> § 613 Rz 8 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

60 Vgl 10 Ob 25/15x.

61 Vgl Appl in Straube/Ratka/Rauter, UGB I<sup>4</sup> § 40 Rz 9 (Stand 1.7.2018, rdb.at).

62 Vgl zu § 613 aF zb 5 Ob 99/90 SZ 63/209.

63 Vgl 5 Ob 97/94 SZ 67/193.

64 Vgl Zöchling-Jud, Das neue Erbrecht, Erbrechts-Änderungsgesetz (2015) 78.



der Pflichtteilsanspruch, kann der Pflichtteilsberechtigte – allenfalls nach Ablauf des Stundungszeitraums – die Differenz geltend machen.<sup>65</sup> In einem häufigen Fall fällt den Nacherben das Eigentum an den Unternehmensanteilen mit Volljährigkeit zu. Der Wert der Nacherbschaft ist auf dieser Grundlage zu ermitteln. Es ist zu berücksichtigen, dass der Zeitraum der Nacherbschaft, der weiter in der Zukunft liegt, zu einem dementsprechend niedrigeren Wert führt. Will man einen höheren Wert für den Nacherben erhalten, muss man dies über geeignete Ausschüttungsregelungen bzw. Reinvestitionsverpflichtungen regeln. Es gelten gegengleich die Ausführungen zu den Werteffekten bzw. den sich damit eröffnenden Ausgestaltungsspielräumen, wie sie oben im Rahmen der Vorerbschaft beschrieben wurden.

### 5.3 Bewertung bei Stundung des Pflichtteils

Grundsätzlich ist der Geldpflichtteil ein Jahr nach dem Tod des Verstorbenen fällig. Der Verstorbene hat die Möglichkeit, letztwillig die Stundung bzw. die Zahlung in Raten für höchstens fünf Jahre anzuordnen, etwa um die Zerschlagung eines Unternehmens zu verhindern. Der Verstorbene muss die angeordnete Stundung nicht begründen.<sup>66</sup>

Trotz Stundung entsteht der Pflichtteilsanspruch im Zeitpunkt des Todes des Testierenden, lediglich die Geltendmachung wird bis zu fünf Jahre hinausgeschoben. Vom Zeitpunkt des Todes des Verstorbenen bis zum Ablauf des Stundungszeitraums fallen daher die jährlichen Zinsen in Höhe von 4 % an. Dies führt zu dem Ergebnis, dass auf Grundlage des aktuellen Zinsniveaus dem Erben die Stundung des Pflichtteils in der Regel teurer kommt, als die Kreditaufnahme zur sofortigen Befriedigung der Pflichtteilsansprüche.<sup>67</sup>

Zu beachten ist jedenfalls im Zusammenhang mit der Stundung des Pflichtteils, dass für das Bewertungsobjekt der Zufluss und der Zuflusszeitpunkt relevant sind. Führt die Stundung dazu, dass die Cashflows aus Sicht des Anteilseigners später fließen und sei es in derselben Höhe (und beispielsweise nicht durch Ausschüttungsregelungen im Bewertungsobjekt reinvestiert werden, was zu einer Wertsteigerung des Bewertungsobjektes führt), so ergäbe sich daraus auch ein ge-

ringerer Wert für den Anteilseigner (eine Zahlung die später kommt, ist durch den Zeitwert des Geldes auch weniger wert). Eine Stundung im Sinne des Gesetzgebers kann aus betriebswirtschaftlicher Sicht wohl nur bedeuten, dass die Überschüsse aus dem Bewertungsobjekt thesauriert werden müssen, was zumindest erwartungsgemäß bei einer Rendite auf die reinvestierten Mittel in Höhe des Kapitalisierungszinssatzes im Bewertungszeitpunkt zu keiner Wertverschiebung führt. Die Zinsen aus der Stundung müssten zu diesem Wertzuwachs hinzugerechnet werden.

### 5.4 Bewertung eines Fruchtgenussrechts an GmbH Anteil

Räumt der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten zur Deckung des Pflichtteilsanspruches letztwillig ein Fruchtgenussrecht an einem GmbH Anteil ein,<sup>68</sup> so fallen die Gesellschafterstellung und der Nutzen aus dem GmbH Anteil auseinander. Bei Einräumung des Fruchtgenussrechtes bleiben sowohl der Geschäftsanteil an sich, als auch die Verwaltungs- und Stimmrechte beim Gesellschafter. Es kann aber aus der dinglichen Berechtigung sowie aus der absolut geschützten Rechtsstellung des Fruchtnießers ein Zustimmungrecht zur Stimmgabe des Gesellschafter zu Maßnahmen abgeleitet werden, die bspw. zu einer Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels und damit zu einer Beeinträchtigung der Nutzungsmöglichkeit des Fruchtgenussrechtes führen.<sup>69</sup>

Daneben bestehen weitere Gestaltungsmöglichkeiten, welche die Einflussmöglichkeit des Fruchtnießers erhöhen. Denkbar ist etwa eine Stimmbindungsvereinbarung zwischen dem Gesellschafter und dem Fruchtniesser, zB in Hinblick auf Gewinnausschüttungsbeschlüsse. Eine weitere mögliche Vereinbarung, wäre eine Ausgleichspflicht des Gesellschafter für thesaurierte Gewinne, die während dem Fruchtgenussrecht nicht zur Ausschüttung gelangen.<sup>70</sup>

Weiters ist die Einräumung einer Vollmacht an den Fruchtgenussberechtigten denkbar.<sup>71</sup> Diese ist bei einer GmbH unter Einhaltung der Voraussetzungen gem § 39 Abs 3 GmbHG zulässig und erfasst alle in der Generalversammlung geltend zu machenden Rechte.<sup>72</sup>

65 Vgl *Verweijen*, ErbRÄG 2015 – Zur Stundung des Pflichtteils, ÖJZ 2016, 138.

66 Vgl *Nemeth*, Stundung des Pflichtteils, Lexis Briefings Zivilrecht, 2019.

67 Vgl *Cach/Brehm*, Die Stundung des Pflichtteils – ein „attraktives Werkzeug“ im Rahmen der Unternehmensnachfolge? JEV 2015, 137.

68 Siehe dazu umfassend *Verweijen*, Fruchtgenussrechte als Mittel der Pflichtteilsdeckung, JEV 2020, 145 ff.

69 Vgl *Kalss* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch: Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 34 Nachfolge im Kapitalgesellschaftsrecht, (2017), Rz 45; *Klampff*, Fruchtgenuss an Gesellschaftsanteilen, GesRZ 2014, 23 (26).

70 Vgl *Klampff*, GesRZ 2014, 23.

71 Vgl *Kalss* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Handbuch: Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> § 34 Nachfolge im Kapitalgesellschaftsrecht 1291 Rz 45.

72 Vgl *Klampff*, GesRZ, 2014, 23.

Je mehr Einflussmöglichkeiten dem Fruchtnießer eingeräumt werden, umso höher werden seine Früchte ausfallen, bzw. umso mehr kann er sich gegen die Abweichung von der gesetzlich gebotenen Vollausschüttung wehren, was wiederum zu einer höheren Bewertung gem § 762 ABGB führen kann.

Denkbar ist auch, ein Fruchtgenussrecht übertragbar auszugestalten.

Generell gilt: bei Ausgestaltung der letztwilligen Verfügung sollten auch der Gesellschaftsvertrag (etwa in Bezug auf Zustimmungsrechte für die Einräumung eines Fruchtgenussrechtes) und andere unternehmensbezogene Verträge geprüft und allenfalls angepasst werden. Denkbar ist auch die Verbindung der letztwilligen Einräumung des Fruchtgenussrechtes mit einer Auflage an den Erben, die eine Mindestausschüttung zugunsten des Fruchtgenussberechtigten vorsieht. Insbesondere auf die Regelung der Gewinnausschüttung sollte besonderes Augenmerk gelegt werden, da mangelnde Rechtssicherheit hinsichtlich der auszuschüttenden Gewinne Einfluss auf die Bewertung des eingeräumten Rechts hat.<sup>73</sup>

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist für die Bewertung des Fruchtgenusses wiederum auf die oben beschriebenen Grundlagen zu rekurrieren. Auch wenn in der konkreten Ausgestaltung des Fruchtgenusses gewisse Gestaltungsfreiräume bestehen, wird das Fruchtgenussrecht sich in den meisten Fällen durch eingeschränkte Kontrollmöglichkeiten und eingeschränkte Veräußerbarkeit auszeichnen. Diese sind nach den oben beschriebenen Grundsätzen im Bewertungskalkül zu berücksichtigen. Relevant für den Fruchtnießer ist wiederum der erwartbare Zahlungsstrom aus dem Fruchtgenussrecht und der Zeitraum, innerhalb dessen dieser Zahlungsstrom vereinnahmt werden kann.

### 5.5 Bewertung einer Begünstigtenposition in einer Privatstiftung in Abhängigkeit von der Ausgestaltung

Zur Frage, nach welchen Grundsätzen eine Begünstigtenstellung konkret zu bewerten ist, schweigt das Gesetz, insbesondere wird nicht zwischen den einzelnen Begünstigungstypen (Begünstigte mit klagbarem Anspruch, aktuell Begünstigte und potentiell Begünstigte<sup>74</sup>) oder der Art der Zuwendungen (Ermessenszu-

wendungen, betragsmäßig konkretisierte regelmäßige Zuwendungen, prozentuell als Anteil an einer bestimmten Kennzahl der Privatstiftung definierte Zuwendungen) differenziert.

Nach den Materialien ist insbesondere zu berücksichtigen, ob dem Begünstigten Einfluss auf Stiftungsorgane (zB durch Bestellungs- und Abberufungskompetenzen) und Ausschüttungsentscheidungen zukommt, welche Erträge zu erwarten sind und welchen Einfluss der Begünstigte auf die Ausschüttung hat.<sup>75</sup> In die Bewertung fließt somit einerseits eine Prognose der zu erwartenden Ausschüttungen ein;<sup>76</sup> andererseits sind die Einflussmöglichkeiten des Begünstigten zu berücksichtigen. Je wahrscheinlicher und je umfangreicher die zu erwartenden Zuwendungen sind, desto höher ist die Begünstigtenstellung zu bewerten; je unwahrscheinlicher künftige Ausschüttungen, desto geringer ist der Wert der Begünstigtenstellung.<sup>77</sup> Ist der Begünstigte etwa zugleich Stifter und kommt ihm nach dem Ableben des verstorbenen Stifters das Recht zu, die Stiftungserklärung im Hinblick auf die Begünstigten- und Zuwendungsregelungen zu ändern, hat er zweifelsfrei maßgeblichen Einfluss, sodass die Begünstigtenstellung hoch zu bewerten ist. Bestellungs- und Abberufungsrechte allein verschaffen dem Begünstigten hingegen keinen Einfluss in Bezug auf Ausschüttungsentscheidungen und haben daher grundsätzlich – entgegen den Materialien – wohl keinen Einfluss auf den Wert der Begünstigtenstellung.

Wertmindernd wird weiters sein, wenn der Begünstigte keine Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Zuwendungen (zB Vorschlagsrechte) hat, künftige Ausschüttungen also im reinen Ermessen des Stiftungsvorstandes liegen und damit jedenfalls kein unmittelbar durchsetzbarer Anspruch besteht. Den Wert der Begünstigtenstellung dürfte dies jedenfalls deutlich mindern; er kann dann auch gegen null gehen.<sup>78</sup> Es ist aber ein mittelbarer Einfluss des Begünstigten auf die Ausschüttungsentscheidung denkbar (etwa über ein Vorschlagsrecht), was in die Bewertung erhöhend einfließen kann.<sup>79</sup>

Bei der Bewertung einer Begünstigtenposition ist daher darauf abzustellen, welchen Einfluss der Begünstigte auf die Stiftungsorgane und die Ausschüttungsentscheidung hat. Weiters kommt es auf die Wahrscheinlichkeit und Höhe von Zuwendungen an.<sup>80</sup>

73 Vgl *Verweijen*, Fruchtgenussrechte als Mittel der Pflichtteilsdeckung, JEV 4-2020, 145 (151)

74 *Arnold*, PSG3 § 5 Rz 2a.

75 ErläutRV 688 BlgNR XXV. GP zu § 781 Abs 2, 33.

76 Vgl *Hügel/Aschauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch Erbrecht 269

77 Vgl *Schauer* in *Barth/Pesendorfer*, Praxishandbuch Erbrecht 205.

78 Vgl *Schauer* in *Barth/Pesendorfer* 205; vgl *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU, (2015) 63.

79 Vgl *Hügel/Aschauer* in *Barth/Pesendorfer* 260 f, die zutreffend auf die vergleichbaren Probleme bei Gesellschaftsanteilen hinweisen.

80 Vgl *Zöchling-Jud*, Privatstiftung und Pflichtteilsrecht nach dem ErbRÄG 2015, ZFS 2017, 162.



Je wahrscheinlicher und höher Zuwendungen erwartet werden, desto höher fällt die Bewertung aus.<sup>81</sup>

Allfällige Beschränkungen der Zuwendungshöhe in der Stiftungserklärung (etwa eine Regelung, wonach nur ein gewisser Prozentsatz des Jahresüberschusses ausgeschüttet werden darf) wirken sich ebenfalls auf den Wert der Begünstigtenstellung aus.<sup>82</sup>

Zusätzlich kommt der Übertragbarkeit der Begünstigtenstellung für die Bewertung Bedeutung zu,<sup>83</sup> die Bandbreite der Gestaltungsmöglichkeiten reicht vom Untergang der Begünstigtenstellung mit dem Ableben des Begünstigten bis zur Möglichkeit des Begünstigten, die Nachfolge in seine Begünstigtenstellung frei zu verfügen. Ist die Begünstigtenposition nicht übertragbar oder vererbbar, sind (nur) die voraussichtlich während der Lebensdauer zufließenden Zuwendungen zu kapitalisieren. Bei übertragbaren Ansprüchen geht man von ewigen Renten aus.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass insbesondere die Wahrscheinlichkeit von Zuwendungen, der Einfluss der Begünstigten auf die Ausschüttungsentscheidungen, die Durchsetzungsmöglichkeit (Klagbarkeit) des Anspruchs sowie die Übertragbarkeit der Begünstigtenstellung bei der Bewertung zu berücksichtigen sind.<sup>84</sup>

Für die Bewertung einer Letztbegünstigtenstellung ist entscheidend, wie wahrscheinlich die Auflösung der Privatstiftung und damit die Auskehr des Stiftungsvermögens an den Letztbegünstigten ist.<sup>85</sup>

Daher ist die Formulierung der Regelungen zu den Zuwendungen in der Stiftungserklärung sorgfältig zu gestalten, insbesondere die Fälligkeit, die Höhe und die Kriterien, die Zuwendungen auslösen können.

Im Beispielfall sollen den Begünstigten über eine Stifter-GmbH in Zukunft Stifterrechte, nämlich das Änderungsrecht, zukommen. Zudem haben sie die Möglichkeit, den Stiftungsvorstand zu bestellen, Zuwendungen vorzuschlagen und über einen Begünstigtenbeirat an der Verwaltung der Stiftung (im zulässigen Ausmaß<sup>86</sup>) mitzuwirken.

Der Stifter und in weiterer Folge die Begünstigten über ihre Position als Gesellschafter einer Stifter-GmbH können durch einseitige und beliebige Ausübung des Änderungsrechts einen Vermögenstransfer zu ihren Gunsten bewirken, ohne dass dafür eine angemessene Gegenleistung zu erbringen ist. Insbesondere Änderungsrechte können daher – je

nach Ausgestaltung – einen erheblichen Vermögenswert haben.<sup>87</sup>

Für die Bewertung spielt der Umfang des Änderungsrechts (beschränkt oder unbeschränkt), aber auch die Modalitäten der Ausübung (alleine, gemeinsam, mit Zustimmung eines Stiftungsorgans) eine Rolle. Ihre mangelnde Verwertbarkeit oder auch inhaltliche Beschränkung fließt zwar in ihre Bewertung ein, verhindern diese jedoch nicht.<sup>88</sup>

Ein an die Zustimmung Dritter gebundenes Änderungsrecht hat etwa keinen Vermögenswert, wenn die Erteilung der Zustimmung im freien Ermessen des Dritten liegt. Besteht die Möglichkeit des Änderungsberechtigten durch eine persönliche Nahebeziehung oder aufgrund einer besonderen Rechtsbeziehung die Zustimmung des Dritten durchzusetzen, würde das für einen Vermögenswert des Änderungsrechtes sprechen.<sup>89</sup> Im konkreten Fall kann kein Begünstigter alleine die Stiftungserklärung ändern, allerdings können die Begünstigten gemeinsam über die Stifter-GmbH das Änderungsrecht ausüben.

Die Begünstigtenstellung ist zwar nicht als klagbarer Anspruch ausgestaltet; die Regelungen zu Höhe und Fälligkeit sind aber so konkret ausgestaltet, dass dem Vorstand nur geringes Ermessen bei Zuwendungsbeschlüssen zukommt. Zudem kommt den Begünstigten ein Vorschlagsrecht zu. Über das Bestellungsrecht können sie weiters auf die Auswahl des Stiftungsvorstands Einfluss nehmen. Alle diese Faktoren sind werterhöhend zu berücksichtigen.

Insbesondere bei der Bewertung von Begünstigtenpositionen von Privatstiftungen bestehen viele Möglichkeiten der Ausgestaltung und somit aus betriebswirtschaftlicher Sicht erhebliche Unterschiede zwischen verschiedenen Fällen, denen durch die Bewertung der individuellen Umstände im Einzelfall Rechnung getragen werden muss. Grundsätzlich relevant ist wiederum, welcher Zahlungsstrom sich aus der Begünstigtenposition ergibt. Betriebswirtschaftlich ist hier insbesondere beachtlich, inwieweit man einen möglichen Anspruch als Begünstigter auch durchsetzen kann. Das Risiko der Nichtdurchsetzbarkeit reduziert aus betriebswirtschaftlicher Sicht den Erwartungswert der Cashflows und damit den Wert der Begünstigtenstellung. Die Durchsetzbarkeit wiederum ist in hohem Maße von den Ermessensspielräumen abhängig, die in der Stiftungserklärung angelegt sind,

81 Vgl *Zöchling-Jud*, ZFS 2017, 162.

82 Vgl *Arnold*, GesRZ 2015, 351.

83 Vgl *Müller/Melzer*, JEV 2017, 7.

84 Vgl *Müller/Melzer*, JEV 2017, 7.

85 Vgl *Müller/Melzer*, JEV 2017, 8 f.

86 Siehe dazu etwa OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09 h; 9.9.2013, 6 Ob 139/13d.

87 Vgl 6 Ob 228/17y.

88 Vgl *Klampff*, GesRZ 2018, 68.

89 Vgl 6 Ob 228/17y.

etwa in Zusammenhang mit konkreten Zuwendungen oder der Vermögensverwaltung.

Die folgende Tabelle stellt den Versuch dar, Fallvarianten in Abhängigkeit vom Ermessensspielraum des Stiftungsvorstands sowie den Rechten des Begünstigten auf Grundlage der Stiftungserklärung zu systematisieren und mit einer Wahrscheinlichkeit der Durchsetzbarkeit zu versehen. Die Einschätzung ergibt sich dabei aus der Erfahrung aus bisherigen Fällen und sollte zukünftig noch durch empirische Erhebungen besser validiert werden. Dennoch lässt sich sagen, dass bei reinen Ermessensbegünstigungen, die in der Stiftungs-

erklärung nicht weiter konkretisiert werden, erhebliche Risiken für die Begünstigtenstellung bestehen. Bei der Ermessenbegünstigung wird daher die Wahrscheinlichkeit, dass Cashflow den Begünstigten in einer der Gesellschafterstellung vergleichbaren Weise zufließen, mit 30–50% bewertet. Je konkreter die Regelung in der Stiftungserklärung ist, desto stärker steigt diese Wahrscheinlichkeit (bei betragsmäßig konkretisierter Regelung in der Stiftungserklärung ist von einer Wahrscheinlichkeit von 60%–90% auszugehen). Liegt Klagbarkeit und konkretisierte Zuwendungsregelung vor, so verbessern sich die Chancen auf 90%–100%.

	Fallvarianten			
	Ermessensbegünstigung	Kombination aus Ermessensbegünstigung und konkreter Regelung	Konkrete Regelung ohne Klagbarkeit	Klagbarkeit
Wahrscheinlichkeit der Durchsetzbarkeit	30–50 %	50–70 %	60–90 %	80–100 %

## 6. Empfehlungen zur Gestaltung

Zusammenfassend lässt sich für die Gestaltung pflichtteilsdeckender Zuwendungen im Rahmen von Nachfolgekonzepten die Empfehlung ableiten, besonderes Augenmaß auf die Ausgestaltung der eingeräumten, vermögenswerten Rechte zu legen. So kann die Ausgestaltung eines Fruchtgenussrechts als übertragbares Recht zu einem wesentlich höheren Wert (und damit einer höheren Pflichtteilsdeckung) führen. Dasselbe gilt für Regelungen zu Thesaurierung und Vorgaben zur Beschlussfassung über die Gewinnverwendung und -verteilung bei der Einräumung der Position als Vor- oder Nacherbe. Die Formulierung einer letzt-

willigen Verfügung, aber auch der Regelungen zu Begünstigtenrechten und Zuwendungen in einer Privatstiftung rückt damit an die Schnittstelle von juristischem und Bewertungsknowhow. Besonderes Augenmerk muss damit auf die drei wesentlichen Faktoren im Rahmen der Bewertung derartiger Rechte gelegt werden: Bewertungsmethode, Kontroll- und Einflussrechte und Übertragbarkeit einer Rechtsposition. Zu beachten ist, dass der Zeitraum, in dem ein Nutzenzufluss gegeben ist (unendlicher Zeitraum vs bestimmter Zeitraum vs erwartbarer Zeitraum) sowie die Verfügbarkeit von Vermögenswerten großen Einfluss auf die Bewertung haben und somit auch zu Optionen bei der Ausgestaltung von Nachfolgeregelungen führen.