

# Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von  
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

**GesRZ**

## **Susanne Kalss / Stephan Probst**

Familienunternehmen – eine erste Vermessung

## **Julia Nicolussi**

„Kaltes“ Delisting bei Verschmelzung zweier AGs

## **Daniela Weber-Rey**

Der Aufsichtsrat in der europäischen Perspektive

## **Christian Wirthensohn**

Die Regelung der schriftlichen Beschlussfassung  
im Gesellschaftsvertrag der GmbH

## **Heinz Keinert / Elisabeth Maria Keinert**

Offenlegung in gemeinnützigen Bauvereinigungen  
und Genossenschaften

## **Aus der aktuellen Rechtsprechung**

OGH-Entscheidungen zu Kapitalgesellschaften und zur GesBR  
Ausgewählte Entscheidungen des OLG Wien

# Familienunternehmen – eine erste Vermessung

SUSANNE KALSS / STEPHAN PROBST\*

**Der 1. Familienrechtstag, der Anfang Mai vom Verein Familienunternehmen im Stift Göttweig ausgerichtet wurde, unternahm es, den rechtlichen Rahmen für Familienunternehmen nach drei Seiten auszumessen, nämlich in gesellschafts- und vertragsrechtliche, zudem in familienrechtliche und schließlich in erbrechtliche Richtung. Ausgangspunkt der ersten intensiven Auseinandersetzung ist, dass es kein kodifiziertes Gesellschaftsrecht für Familienunternehmen, kein kodifiziertes Familien- und Eherecht für Familienunternehmen und auch kein kodifiziertes Erbrecht für Familienunternehmen gibt. Aufgrund der enormen volkswirtschaftliche Bedeutung von Familienunternehmen im deutschsprachigen Raum ist es aber lohnend und auch notwendig, die besonderen wirtschaftlichen Anforderungen und rechtlichen Rahmenbedingungen für diesen spezifischen Unternehmenstyp herauszuarbeiten. Gemeint ist damit kein eigenes Gesetz für Familienunternehmen, vielmehr die Schaffung von Rechtssicherheit und Gestaltungsmöglichkeiten in den Bereichen des Gesellschafts-, Familien-, Ehe- und Erbrechts.**

## I. Besonderheiten des Familienunternehmens

Um das Anliegen, durch Rechtsgestaltung geeignete Regeln für Familienunternehmen zu schaffen, rechtfertigen zu können, ist es erforderlich, das Besondere und Einmalige von Familienunternehmen herauszuarbeiten. *Stephan Probst* erläuterte daher die begriffsbestimmenden Merkmale von Familienunternehmen (hier auszugsweise wiedergegeben):

Die Europäische Kommission definiert ein Unternehmen beliebiger Größe als Familienunternehmen, wenn 1.) die Entscheidungsgewalt mehrheitlich in der Hand der natürlichen Personen, die das Unternehmen gegründet oder es erworben haben, oder in der Hand der Ehepartner, Eltern und Kinder oder direkten Erben liegt; 2.) die Entscheidungsgewalt mehrheitlich direkt oder indirekt von diesen Person ausgeübt wird; 3.) mindestens ein Mitglied der Familie in der Unternehmensführung eingebunden ist; 4.) bei börsennotierten Unternehmen reicht es, wenn die Familie über 25 % der Stimmrechte hält.<sup>1</sup>

In der Definition der Stiftung Familienunternehmen wird ein Familienunternehmen als Unternehmen beliebiger Größe umschrieben, 1.) bei dem sich die Mehrheit der Entscheidungsrechte im Besitz der natürlichen Personen, die das Unternehmen gegründet oder erworben haben, oder im Besitz ihrer Ehepartner, Eltern oder Kinder befindet; 2.) die Mehrheit der Entscheidungsrechte direkt oder indirekt von diesen Personen ausgeübt wird und schließlich ein Vertreter der Familie offiziell in der Leitung oder Kontrolle des Unternehmens beteiligt ist.<sup>2</sup>

Der weiteren Diskussion soll nunmehr folgende Definition zugrunde gelegt werden: Ein Unternehmen beliebiger

Größe ist als Familienunternehmen anzusehen, wenn sich 1.) die Mehrheit oder alle entscheidungsbefugten Familienmitglieder 2.) einer Familienverfassung unterwerfen, die 3.) auf Dauer ausgelegt ist und 4.) nur mit qualifizierter Mehrheit oder Einstimmigkeit abgeändert werden kann.

Der wesentliche Unterschied zu den zunächst vorgestellten Definitionen liegt im Anknüpfungspunkt der Familienverfassung. Mit der Familienverfassung ist sichergestellt, dass die Entscheidungsgewalt dauerhaft innerhalb der Familie liegt und das Unternehmen daher auch in der Familie erhalten werden soll. Das Unternehmen soll vorrangig der Versorgung der Familie dienen. Damit wird die bewusste Entscheidung der Familie für die dauerhafte Widmung des Vermögens zum Zweck der Versorgung und Vorsorge der Familie durch die direkte oder indirekte Einflussnahme auf Leitung oder Kontrolle niedergelegt. „Auf Dauer ausgerichtet“ heißt nicht unbedingt bereits eine lange Tradition, sondern den Willen zu haben, das Unternehmen auf Dauer der Versorgung der Familie zu widmen.

## II. Gesellschaftsrecht für Familienunternehmen

Die Rechtsform ist für ein Familienunternehmen vorerst unerheblich. Daher ist es auch naheliegend und verständlich, dass es kein eigenes Gesetz für Familienunternehmen und kein gesondertes Familienunternehmensrecht gibt. Die gesellschaftsrechtlichen Normen sind neutral, sie unterliegen aber bestimmten gesetzgeberischen Leitbildern. So ist die AG auf Publikumsgesellschaften mit wechselndem Gesellschafterkreis ausgerichtet und auch das GmbH-Recht geht nicht auf die Besonderheiten eines Familienunternehmens ein. Daher ist es in einem zweiten Schritt notwendig, das Gesellschaftsrecht (dh die einzelnen Rechtsformen) auf seine Tauglichkeit zu überprüfen, inwieweit es selbst eine passende Grundlage für Familienunternehmen sein kann, wo es gestaltbar ist und ob zusätzliche Regelungen im Rahmen der Familienverfassung dafür erforderlich sind.

Die Rechtsform ist immer nur ein Werkzeug für die Organisation des Familienunternehmens. Sowohl das Einzelunter-

\* Univ.-Prof. Dr. *Susanne Kalss*, LL.M. (Florenz) lehrt am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Dr. *Stephan Probst* ist Universitätslektor und Rechtsanwalt in Wien; er berät Familienunternehmen rechtlich und unternehmerisch.

<sup>1</sup> *Europäische Kommission*, Overview of family business relevant issues, final report of the expert group 2009, online abrufbar unter [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/promoting-entrepreneurship/family-business/index_en.htm); Mittelstandsbericht des BMWFJ 2012, 70; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 2/10 ff.

<sup>2</sup> Stiftung Familienunternehmen, <http://www.stiftungfamilienunternehmen.de>.

nehmen und die Personengesellschaftsformen, vor allem aber auch die Kapitalgesellschaftsformen GmbH und AG (SE) stehen Familienunternehmen offen. Wesentlich sind die von der Familie gewünschte Interessenlage und Ausgestaltung des Unternehmens, um die jeweiligen Rechtsformen für die Familie und ihr Unternehmen heranziehen zu können. Gleich wie ein Biotop der Lebensraum für eine Gemeinschaft von Organismen verschiedener Arten ist und die Biodiversität eines bestimmten räumlichen Bereichs ausmacht, ist ein Habitat ein charakteristischer Wohn- und Lebensort für eine bestimmte Art. Nimmt man die allgemeine Rechtsordnung, etwa die Gesellschaftsrechtsordnung, das rechtliche und steuerliche Umfeld in Österreich als Biotop, so kann die Habitatsqualität für Familienunternehmen ermittelt werden. Das Biotop Rechtsordnung ist darauf zu untersuchen, wie weit es in der Lage ist, ein Habitat für Familienunternehmen zu bieten, somit rechtliche Rahmenbedingungen, die für Familienunternehmen passen und in denen sie sich „wohlfühlen“.

Familienunternehmen sind durch die dauerhafte Widmung und Ausrichtung, durch ein besonders hohes Maß an Treuepflichten unter den Gesellschaftern, aber auch durch das Verhältnis Gesellschaft (Geschäftsführer) zu Gesellschafter geprägt. Dies zeigt sich etwa darin, dass Fremdgeschäftsführer im Schnitt doppelt so lange in einem Familienunternehmen tätig sind als in einem sonstigen Unternehmen und dass sie daher besonders wichtige Know-how-Träger sind. Familienunternehmen sind auch eher als börsennotierte Konzerne bereit, Rücklagen nicht nur für die Gesellschafter zu bilden, sondern auch Rücklagen zugunsten der Mitarbeiter und so eine interne Versicherung für Notfälle bereitzuhalten. Diese Unternehmen haben vielfach auch eine Treuebindung gegenüber ihrem Standort. Sie sind zum Teil in vielfältiger Weise an den Standort gebunden und stehen mit ihrem soziokulturellen lokalen Umfeld in Beziehung.

Für Familienunternehmen geht es vorrangig nicht darum, in einer bestimmten Rechtsform organisiert zu sein, sondern primär darum, die Interessen, die in einem Familienunternehmen zusammenkommen, zu sichten, offenzulegen und eine entsprechende Ordnung vorzusehen, für die dann die geeignete Rechtsform gesucht und gewählt wird. Die Interessen bestimmen die Rechtsform und nicht umgekehrt. Dies zeigt sich nicht nur im laufenden Geschäft, sondern vor allem an Schnittstellen wie der Unternehmensnachfolge, Eheschließung oder Scheidung. Interessen müssen erkannt werden, Uninteressierte sollen hingegen nicht in ein Unternehmen gezwungen werden, sondern in angemessener Weise ausscheiden können.

Für einzelne Familien kann sich die GmbH als bestmögliche Gestaltung erweisen, für andere die Rechtsform der AG, ergänzt mit einem Syndikatsvertrag. Nicht wenige Familienunternehmen sind als Einzelunternehmen organisiert. Dennoch ist das Unternehmen auf Dauer der Versorgung der ganzen Familie gewidmet (zB land- und forstwirtschaftliche Betriebe). Für andere Unternehmen ist die Familienstiftung ein geeignetes Instrument, zB um eine uninteressierte Generation zu überspringen oder auseinanderstrebende Familienmitglieder zusammenzuhalten, sie aber wirtschaftlich angemessen zu versorgen.

Publikumsgesellschaften – als Gegenpol der Familienunternehmen – sind dadurch gekennzeichnet, dass sich jeder-

mann daran beteiligen kann und die Anteile auch jederzeit wieder übertragen werden können. Daher besteht auch keine persönliche Bindung an das Unternehmen, vielmehr wird die Beteiligung als schlichtes, jederzeit austauschbares Investment angesehen. Das Interesse besteht an einem möglichst hohem Gewinn und einer Wertsteigerung in der Vermögensveranlagung. Regelmäßig besteht auch kein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsleitung. Familienunternehmen sind im Gegensatz dazu durch einen geschlossenen Eigentümerkreis gekennzeichnet. Die Verwertung der Beteiligung ist nur sehr eingeschränkt möglich, dafür ist das Unternehmen auf den dauerhaften Erhalt und die Erzielung von nachhaltigen Erträgen ausgerichtet. Es steht der Versorgungsgedanke der Familie im Vordergrund. Die Beteiligungen sind syndiziert, sodass insgesamt der entscheidende Einfluss immer von der Familie ausgeht.

### III. Familienverfassung

Die Familienverfassung bildet das zentrale rechtliche Element für ein Familienunternehmen. Ein verfasstes Familienunternehmen verfügt über Grundregeln (Grundsätze). Vielfach werden diese Grundregelungen nicht „Verfassung“ genannt, sondern „Familienvereinbarung“, „Verhaltensregelungen“, „Grundprinzipien“<sup>3</sup> oder überhaupt nur in Präambeln der Verträge festgeschrieben. Die Grundprinzipien und Grundregeln beziehen sich auf die Unternehmensführung, auf Grundzüge der Rechtsnachfolgegrundsätze, der Vermögensverwaltung und Grundsätze für den Umgang mit Familienvermögen. Unterhalb dieser Leitprinzipien findet sich der Syndikatsvertrag, in dem Stimmbindung, Anteilsübertragung und auch Unternehmensnachfolge geregelt werden; weiters finden sich die Satzung und der Gesellschaftsvertrag oder die Stiftungsurkunde und eine Reihe sonstiger allseitiger oder mehrseitiger Verträge und eine Vielzahl von zweiseitigen oder mehrseitigen Vereinbarungen zwischen einzelnen Gesellschaftern oder Gesellschaftergruppen (Kaufanbote, Pflichtteilsverzicht, Eheverträge, Schenkungsverträge etc). Grafisch kann eine Familienverfassung wie in Abbildung 1 erfolgt veranschaulicht werden.

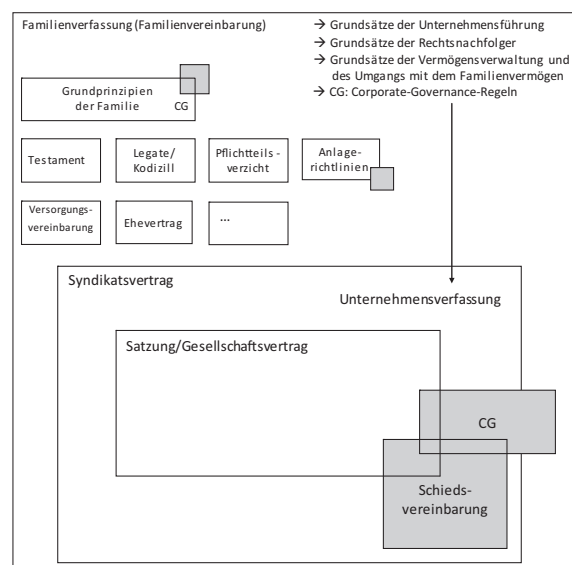


Abbildung 1: Familienverfassung

<sup>3</sup> Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rz 3/21 ff.

Der Begriff „Familienverfassung“ hat zwei Bedeutungen: Zunächst ist die Familienverfassung aktiv von allen Gesellschaftern zu erarbeiten. Die Familie hat sich die Grundregelungen für ihr Unternehmen und das Zusammenwirken von Familie und Unternehmen zu geben. Sie hat vor allem einen Katalog ihrer Grundprinzipien und Grundwerte zu definieren, die Familie, dh den Kreis der Berechtigten zu bestimmen und zugleich festzulegen, welche Interessen vor- und welche nachrangig sind. Die Familienverfassung ist der Gesamtbegriff aller Rechtsgrundlagen für das Familienunternehmen, dh, sie erfasst alle oben genannten Rechtsakte. In einem engeren Sinn ist sie Ausdruck der Grundprinzipien und Leitlinien, somit die familieninterne Grundlage und Verfassung. Sie ist daher normative Grundlage und damit Ermächtigungsquelle und Grenze für alle nachfolgenden und nachgeordneten Rechtsverträge und für sonstige Rechtsakte (insb Syndikatsvertrag und Satzung, Testament und Übergabeverträge). Sie ist daher auch Auslegungshilfe.

Damit eine Familienverfassung diese Anforderungen erfüllen kann und tatsächlich eine ausreichende Leistungskraft hat, müssen die Grundlagen und die Grundprinzipien einfach und für alle Familienmitglieder verständlich formuliert werden. Dabei geht es nicht um juristische Feinarbeit, sondern um das gemeinsam Verständnis und die Grundlage für alle Familienmitglieder. Familienverfassungen dürfen nicht versteinern und zum „Prokrustes-Bett“ der Familie werden, vielmehr muss die Verfassung und müssen die nachgeordneten Rechtsakte regelmäßig alle drei bis fünf Jahre überprüft und bei entsprechenden Änderungen am Markt, im Unternehmen oder in der Familie angepasst und weiterentwickelt werden. Nur so kann die Familienverfassung dauerhaft den rechtsicheren und vorhersehbaren Rahmen für das Unternehmen bieten.

Als zweite Bedeutung der Familienverfassung ist schließlich die allseitige Bindungswirkung der (mit)gestalteten Regelungswerke zu sehen. Das Gesamtinteresse der Verfassung steht über die individuellen, kurzfristigen Einzelinteressen, weshalb die Normadressaten der Familienverfassung auch rechtliche und wirtschaftliche Einschränkungen in Kauf zu nehmen haben.

#### IV. Syndikatsvertrag

*Susanne Kalss* arbeitete in der Folge die Gründe und Einsatzmöglichkeiten des Syndikatsvertrages als wesentliche Rechtsgrundlage für Familienunternehmen heraus (hier auszugsweise wiedergegeben):

##### 1. Anwendung

Ein Syndikatsvertrag<sup>4</sup> wird vor allem als Ergänzung für die einzelnen Rechtsformen herangezogen und findet Verwendung, weil er reservat ist, dh nur den Gesellschaftern und bestimmten anderen Personen zugänglich ist, nicht aber der Öffentlichkeit über das Firmenbuch. Der Verzicht auf die Regelung im Gesellschaftsvertrag oder in der Satzung hat den Preis des Defizits in der Durchsetzung und in der Rechtsicherheit, etwa allein schon wegen der Möglichkeit der Kün-

digung unter Umständen nur aus wichtigem Grund des Syndikatsvertrages.

Gesellschaftsverträge und Satzungen für die einzelnen Rechtsformen unterscheiden sich im Ausmaß der Gestaltungsfreiheit, in der Kontrollunterworfenheit durch das Firmenbuch und in der mangelnden Öffentlichkeit der Vertragsurkunde.

Für AGs lässt sich die Bedeutung von Syndikatsverträgen gerade als Ergänzung zum zwingenden Gesetzesrecht verdeutlichen. Das AktG ist vom Grundsatz der materiellen Satzungsstrenge geprägt, dh, grundsätzlich ist das Gesetz abschließend und zwingend. Abweichungen sind bei ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung und wenn es nach dem Zweck der Bestimmung angebracht ist und nicht gegen das Wesen der AG vorstoßen wird, möglich.

#### 2. Zwingendes Aktienrecht

Da das österreichische Aktienrecht leitbildhaft am Typ der börsennotierten Publikumsgesellschaft ausgerichtet ist, sind zum Zwecke des Gläubiger-, Arbeitnehmer-, Aktionärs- und des Verkehrsschutzes zahlreiche zwingende Regelungen erforderlich, um den notwendigen Schutzstandard und die leichte Übertragbarkeit des Handelsguts Aktie herzustellen. Diese Ausrichtung des Aktienrechts wurde durch zahlreiche Novellen während der letzten 20 Jahre deutlich aufgelockert; nunmehr anerkennt das Gesetz größere Gestaltungsmöglichkeiten für börsferne Gesellschaften, somit insb für Familien-gesellschaften. Während Gläubigerschutz und Arbeitnehmerschutz unabhängig vom Unternehmenstyp außer Diskussion stehen, lässt sich gerade für den Bereich des Verkehrsschutzes, noch stärker aber für den Bereich des Gesellschafterschutzes, eine Differenzierung rechtfertigen. Im Licht der letzten Entwicklungen und der zunehmenden Anerkennung eines weiteren Typs AG durch normative Grundlagen ist es nicht notwendig, das volle Schutzprogramm des zwingenden Rechts für private Gesellschaften – und damit Familienunternehmen – anzuwenden, wenn dafür – in der Satzung – gleichwertige alternative Regelungsmechanismen zur Verfügung stehen. Die Judikatur geht nach geltendem Recht noch von der weitgehenden Notwendigkeit der Öffentlichkeit und Zugänglichmachung aller Informationen über die Hauptversammlung (Hauptversammlungsprotokolle und Teilnehmerverzeichnisse) aus.<sup>5</sup> Im Unterschied dazu differenziert das AktG bei der vorbereitenden Information für die Hauptversammlung klar zwischen börsennotierten und börsfernen Gesellschaften, die allgemeine Zugänglichkeit der Information (zB Berichte, Verträge, Beschlussträger) ist nur bei börsennotierten Gesellschaften notwendig.

Hier ist eine rechtspolitische Fortentwicklung sachgerecht. Die zunehmende Ausdifferenzierung des AktG macht es aber zugleich möglich, das Habitat der rechtlichen Rahmenbedingungen für Familienunternehmen auch im Aktienrecht selbst zu entwickeln. Zulässig ist etwa für ein Unternehmen, in der Satzung eine Zielbestimmung<sup>6</sup> festzulegen. Das Ziel kann damit innerhalb des Rahmens von § 70 AktG (Verfolgung des Unternehmenswohls) die Handlungsmaxime für

<sup>4</sup> Siehe *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 4/15; *Tichy*, Syndikatsverträge (2000) 32.

<sup>5</sup> OGH 19.4.2012, 6 Ob 49/12t.

<sup>6</sup> *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 12/84.

die Organmitglieder konkretisieren. Werden die Zielbestimmung und die Zweckrichtung des Unternehmens in die Satzung aufgenommen, etwa in einer Präambel oder in einer spezifischen Zielbestimmung, so hat dies eine ganz wesentliche Wirkung auf das gesamte Verständnis der Satzung. Nach der – vom OGH in überzogener Weise propagierten – objektiven Auslegung eines Gesellschaftsvertrages ist vom Wortlaut und der Systematik des Vertrages auszugehen.<sup>7</sup> Umstände der Entstehung und der subjektive Wille der Gesellschafter sind hingegen nach dieser Judikatur nicht mitzuberücksichtigen;<sup>8</sup> daher ist es erforderlich, diese Umstände und besondere Zweckausrichtung in der Satzung selbst zu manifestieren und satzungsergänzende Regelungen zu schaffen.

Bei der Anteilsübertragung zeigt sich die Tauglichkeit, zugleich auch Sachgerechtigkeit, einer erweiterten Gestaltungsmöglichkeit in der Satzung. Von der überwiegenden Lehre ist es anerkannt, dass die Verweigerung der Zustimmung an eine nicht familienzugehörige Person als sachlicher Grund für die Ablehnung zur Zustimmung der Übertragung vinkulierter Namensaktien in der Satzung festgelegt werden kann.

Kürzlich wurde vom OLG Wien<sup>9</sup> die Zulässigkeit eines Aufgriffsrechts in einer AG Satzung analysiert und festgehalten, dass eine vorbehaltlose Klausel eines Aufgriffsrechts unzulässig sei. Umgekehrt ist daraus zu schließen, dass ein Aufgriffsrecht unter Vorbehalt, dh etwa bezogen auf die Familienzugehörigkeit, ähnlich wie eine Vinkulierungsklausel als zulässig anzusehen ist.<sup>10</sup> Bei der Anteilsübertragung zeigt sich daher eine Tendenz der Fortentwicklung und Anerkennung der Gestaltungsmöglichkeiten. Sie ist sachgerecht, geht es doch um den Schutz und um die Rechtsbeziehung der Gesellschafter untereinander. Die Geschlossenheit ist ohnehin bereits durch die Vinkulierungsklausel etabliert.

### 3. Vertraulichkeit – interne Publizität

In der GmbH ist die mangelnde Öffentlichkeit, die Sicherung eines reservaten Bereichs für zentrale Regelungen des Familienunternehmens, entscheidender Antrieb für den Einsatz von Syndikatsverträgen. Ein GmbH-Vertrag ist gleich wie eine AG-Satzung öffentlich zugänglich und unterliegt der Kontrolle durch das Firmenbuchgericht. Das GmbH-Recht ist aber durch eine hohe Gestaltungsfreiheit geprägt. In einem GmbH-Vertrag können etwa Beschränkungen der Anteilsübertragung in weitem Maß verankert werden. Allein die Gesellschafter wollen nicht alle Details der Familienverhältnisse (etwa die gestuften Aufgriffsrechte, die genauen Preisbestimmungen, die Nominierungsrechte) öffentlich machen. Vielmehr wollen sie nur die Grundstruktur, nicht aber alle Details offenlegen. Daher besteht oft der Wunsch, diese detaillierenden Gestaltungen nicht im Gesellschaftsvertrag selbst, sondern im begleitenden Syndikatsvertrag niederzulegen. Die Trennung von Gesellschaftsvertrag und Syndikatsvertrag ist klar anerkannt.<sup>11</sup> Grundsätzlich bindet der Syndi-

katsvertrag nur die Gesellschafter. Dennoch ist es zulässig, dass die Gesellschaft – mit Ausnahme der Stimmbindung – und damit auch die Organträger an den Syndikatsvertrag gebunden werden, was im Bereich der Anteilsübertragung mit der notwendigen Mitwirkung von Vorstand und Geschäftsführer von Bedeutung ist (§ 61 AktG; § 26 GmbHG).<sup>12</sup>

Wichtig ist für ein Familienunternehmen ferner die Zulässigkeit der Bindung von Nichtgesellschaftern, somit etwa des ausgeschiedenen Senior-Gesellschafter, oder von künftigen Gesellschaftern, zB von Familienmitgliedern in der nachfolgenden Generation, um die Geltung des Syndikats auch bei der Anteilsübertragung im Weg der Einzelrechtsnachfolge sicherzustellen.<sup>13</sup> Gerade aber im Bereich für die Anteilsübertragung und beim Gesellschafterwechsel ist es wichtig, im Gesellschaftsvertrag auf den Syndikatsvertrag zu verweisen und dessen Existenz sowie die Grundstruktur seiner Regelungen bekannt zu machen. Ein Hinweis ist im GmbH-Gesellschaftsvertrag ohne Weiteres möglich. In der Satzung der AG bietet es sich an, über das Instrument der Nebenleistungsverpflichtungen gem § 50 AktG das Bestehen weitergehender Regelungen bekannt zu machen, in dem etwa eine wiederkehrende Mitteilungspflicht<sup>14</sup> oder eine Teilnahmeverpflichtung der Gesellschafter zu bestimmten gesellschaftsrechtlichen Informationsveranstaltungen vorgesehen wird. Von entscheidender Bedeutung ist die inhaltliche Verklammerung der Regelungen der Satzung der AG und des Gesellschaftsvertrages der GmbH mit dem Syndikatsvertrag. Dabei ist eine genaue inhaltliche Abstimmung erforderlich. Ein schlichter Hinweis auf weitergehende Regelungen in einer Nebenvereinbarung ist nicht ausreichend. Außenstehende Dritte können über den Weg der öffentlich zugänglichen Satzung von der Existenz und dem Regelungsgegenstand des Syndikatsvertrages Kenntnis erlangen. Damit kann der gute Glaube eines Dritten über eine freie – unbelastete – Übertragbarkeit der Anteile ausgeschlossen werden.

Von Bedeutung sind diese Gestaltungen iZm der Unternehmensnachfolge und dem Erwerb eines Gesellschaftsanteils im Weg der Gesamtrechtsnachfolge, da ein Gesamtrechtsnachfolger jedenfalls Gesellschafter wird, unabhängig davon, ob er sich vorher einem Syndikatsvertrag unterwirft. Die Unterwerfung kann durch eine parallele Weitergabe der Anteile durch ein Vermächtnis und eine Erbeinsetzung bewältigt werden. Schließlich kann ein Aufgriffsfall bzw eine Andienungspflicht bei mangelnder Unterwerfung unter einen Syndikatsvertrag während bestimmter Frist festgelegt werden. Dafür ist es aber erforderlich, die Regelungen bereits in der Satzung offenzulegen. Dies sichert auch das Unternehmen gegen den Einfall unerwünschter Unternehmensnachfolger und gegen ein Aufbrechen des Syndikatsvertrages und der Geschlossenheit der Familie. Die Abstimmung von Gesellschaftsvertrag und Syndikatsvertrag ist somit zur Verhinderung der unbeabsichtigten Öffnung unbedingt erforderlich.

<sup>7</sup> OGH 13.10.2011, 6 Ob 202/10i; 16.6.2011, 6 Ob 99/11v.

<sup>8</sup> Kritisch Jabornegg in Artmann/Riffler/Torggler, Die Verbandsverfassung (2013) 6; Vonkölch in Klang, ABGB<sup>3</sup>, § 914 Rz 317; Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rz 4/115.

<sup>9</sup> OLG Wien 21.12.2012, 28 R 165/12h.

<sup>10</sup> So jüngst OGH 8.5.2013, 6 Ob 28/13f.

<sup>11</sup> OGH 26.8.1999, 2 Ob 46/97x.

<sup>12</sup> Tichy/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> (2012) § 121 Rz 70; Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rz 4/131.

<sup>13</sup> Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rz 4/135; Tichy/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup>, § 121 Rz 68.

<sup>14</sup> OGH 30.8.2000, 6 Ob 176/00a.

Die Familienstiftung ist ein häufiges Organisationsmodell eines Familienunternehmens. Bei Familienstiftungen ist die Zweiteilung der öffentlich zugänglichen Stiftungsurkunde und der reservierten Zusatzurkunde im Gesetz angelegt. Das Wechselspiel von Gesellschaftsvertrag und Syndikatsvertrag im Allgemeinen findet sich hier wieder. Um die Entscheidung über Vermögensdispositionen in der Hand der Familie halten zu können, ist nicht nur das Verhältnis von Stiftungsurkunde und Zusatzurkunde von Bedeutung, sondern auch das Verhältnis zu den nachgeordneten Rechtsakten in der Stiftung (wie Geschäftsordnungen und Richtlinien) sowie zu den Gesellschaftsverträgen des Familienunternehmens.

Ebenso wie die Satzungen und Syndikatsverträge dynamische Instrumente sein sollen, ist dies für Stiftungen erforderlich. Allerdings besteht bei Stiftungen die Gefahr, dass mangels Änderungsvorbehalts oder bei schlechter und eingeschränkter Gestaltung des Änderungsrechts oder Erlöschen des Änderungsrechts durch den Tod der Stifter die dynamische Anpassungsmöglichkeit nicht mehr einfach gegeben ist. Daher ist Vorsorge zu treffen, dass jedenfalls für die Rechtsakte auf nachgeordneter Ebene diese Gestaltungsmöglichkeiten erhalten bleiben, um den – schon angesprochenen – Überprüfungs- und allfälligen Änderungsrhythmus von drei bis fünf Jahren wahren zu können. Nur so können Regelungen und Leitplanken der Familie Sicherheit geben und entwickeln sich nicht zum Bumerang für die Familie und ihre Mitglieder.

## V. Familienrecht für Unternehmerfamilien

*Barbara Dauner-Lieb*, Professorin an der Universität zu Köln, setzte mit einem Problemaufriss des rechtlichen Verhältnisses von Unternehmen, Ehe und Familie fort (hier auszugsweise wiedergegeben):

### 1. Besonderheiten der Unternehmerfamilie

Eine Unternehmerfamilie darf nicht nur mit der gesellschaftsrechtlichen, sondern muss auch mit der familien- und eherechtlichen sowie schließlich mit der erbrechtlichen Brille gesehen werden. Entscheidend ist, zu ermitteln, was die konkreten Konfliktfelder sind, die rechtlich zu lösen sind. Typischerweise haben Familien wenig Vorstellung vom gesetzlichen Ehe- und Familienrecht. Nach einer rezenten Studie des deutschen Bundesfamilienministeriums kennen 80 % der Bevölkerung das gesetzliche Familienrecht nicht. Hauptthese des Vortrags war, dass kein Familienrecht für Unternehmerfamilien existiert, es aber viele Fragen familienrechtlicher Natur in Unternehmerfamilien gibt, die anders gelagert sind als in sonstigen – wohlhabenden – Familien, insb in Familien aus unselbständiger Tätigkeit (Managerfamilien). Der Vergleichsmaßstab müssen die Familien sein, in denen das Ehegüterrecht angesichts der ausreichend vorhandenen Mittel eine wichtige Rolle spielt.

Die Unternehmerfamilie ist dadurch gekennzeichnet, dass es keine echte Trennung von Ehe, Familie und Unternehmen gibt. In der prototypischen Unternehmerfamilie sind immer alle im oder für das Unternehmen engagiert oder involviert. Abgesehen von dem Einsatz von Geld und der Übernahme von Risiko im Unternehmen, sind die Familienmitglieder vielfach auch persönlich durch Arbeit oder durch

begleitende soziale Aktivitäten mit dem und für das Unternehmen tätig, etwa durch Funktionen in Sport-, Kultur- und Gesangsvereinen oder in sozialen Einrichtungen. Ähnlich wie im diplomatischen Dienst oder in der evangelischen Pfarrersehe sind die Ehefrauen eines Unternehmers ständig für das berufliche Vorhaben, für das Unternehmen des Ehepartners im Einsatz. Nicht nur die Frau, auch die Kinder sind häufig in das Unternehmen eingebunden. Jedenfalls stehen sie unter „Beobachtung“ und unterliegen bestimmten Verhaltensschränken.

Unternehmerfamilien unterscheiden sich auch deshalb von anderen Familien, weil über ihnen ständig die Frage der Unternehmensnachfolge schwebt und sie stets prüfen, ob die Kinder tatsächlich engagiert und interessiert sind, das Unternehmen fortzuführen. Zahlreiche strategische Entscheidungen stehen unter dem Prätext der Sinnhaftigkeit und Geeignetheit der kommenden Unternehmensnachfolge.

Unternehmerfamilien sind schließlich durch die enge Verflechtung mit dem Unternehmen durch ein besonders hohes Maß an Emotionalität und Konfliktpotenzial, die von der Familie in das Unternehmen und vom Unternehmen in die Familie überschwappen können, gekennzeichnet. Diese Emotionalität ist bei der rechtlichen Betrachtung immer mitzudenken, sonst zielt sie am Kern des Problems vorbei. Aufgrund der hohen Emotionalität fehlt häufig die Freigiebigkeit zu einer fairen Teilung des oft ausreichend vorhandenen Vermögens, das auch nicht unternehmerisch gebraucht wird.

Das familienrechtliche Leitbild der Teilhabe des Ehepartners und der Gleichbehandlung der Kinder wird in dem Augenblick, in dem ein Unternehmen vorhanden ist, in Frage gestellt. Es entsteht ein Spannungsfeld mit den unternehmensrechtlichen Prioritäten der Erhaltung des Unternehmens und insb mit der Erhaltung des Unternehmens in der Hand der Familie. Nunmehr sehen wir, dass wir das Habitat Eherecht und Ehegüterrecht für ein Familienunternehmen, für eine Unternehmerfamilie ausloten und gestalten müssen. Darin liegt die maßgebliche Gestaltungsaufgabe der Rechtspraxis und Rechtsdogmatik. Die Anforderung, dass das Unternehmen zur Versorgung der Familie erhalten werden soll, muss mit dem allgemeinen Ehegüterrecht in Einklang gebracht werden. Dabei sind die Interessen aller Beteiligten in angemessener Weise berücksichtigen. Allein gesellschaftsrechtliche Wertungen anzulegen ist zu kurz. Vielmehr müssen zugleich auch Eherecht und Ehegüterrecht betrachtet werden, um zu einer ausgewogenen Lösung zu kommen.

Häufig werden in Unternehmerfamilien Regelungen für Themen und Fragen, die erst 20 Jahre später akut werden, festgeschrieben, die dann aber nicht mehr geändert werden können. In der schnelllebigen, ständig im Wandel begriffenen Wirtschaft ist dies nicht möglich. Daher sollen Regelungen offen oder mit bestimmten Ermächtigungen ausgestattet werden. Jedenfalls ist es erforderlich, Flexibilität und Anpassungsmöglichkeiten aufzunehmen. Damit gehen die Fähigkeiten des Loslassenkönnens und des Vertrauens und der Delegation von Gestaltungen an die nächste Generation einher. Erste Aufgabe der Gestaltung des Familien- und Ehegüterrechts für die Unternehmerfamilie ist die Identifikation und Auslotung der maßgeblichen Interessen.

## 2. Das deutsche Vereinbarungsmodell – kein Vorbild für Österreich

Die deutsche Rechtsentwicklung kann als anschauliches Beispiel herangezogen werden: In Deutschland war es bis vor etwa 10 Jahren notarielle Praxis, dass regelmäßig ein schriftlicher Gütertrennungsverzicht vereinbart wurde. In Deutschland ist die gesetzliche Ausgangsregelung die Zugewinnsgemeinschaft, das bedeutet die nicht gleichberechtigte Teilnahme am eingebrachten und erwirtschafteten Eigentum der Ehepartner während der aufrechten Ehe ist eines Güterstands der Gütertrennung mit Zugewinnausgleich im Fall der Scheidung. Da ein Gütertrennungsverzichtvertrag der notariellen Beurkundung bedarf, wurde die Regelung – vom Notar – klar, einfach und ohne jeden Spielraum formuliert. Die Klarheit verbessert den Regelungsgegenstand nicht. Im Regelfall wurde ein Gütertrennungsverzicht mit einem Pflichtteilsverzicht der Ehefrau und auch der Kinder verbunden, um das Unternehmen in einer Hand zu halten. Bis vor 10 Jahren hielt der deutsche BGH diese Art der Ehegüterverzichtsvereinbarungen für rechtswirksam. Er begründete dies mit der § 1408 BGB innewohnenden Privatautonomie und der Gestaltungsfreiheit der Vertragspartner. Nach dem BGH sei eine Frau ohne Rechte in der Ehe immer noch bessergestellt als eine Frau ohne Ehe. Vor rund 10 Jahren änderte der BGH seine Rspr.<sup>15</sup> Die Judikaturlinie wurde nämlich durch das BVerfG gebremst.<sup>16</sup> Dieses hielt fest, dass ein Güterverzichtsvertrag einer hochschwangeren Frau im achten Monat sittenwidrig sei, weil sie offenbar zur Unterschrift gedrängt worden sei. Seit diesem Erk des BVerfG schwankt die Rechtsordnung des BGH und findet keine präzise Linie.

Die Gütertrennung wurde mit dem BGB im Jahr 1900 in Deutschland eingeführt, um den Frauen einen Weg aus der Verwaltung ihres Vermögens durch den Mann zu geben. Nach damaliger Rechtslage verlor die Frau mit Eingehung der Ehe ihre Verfügungsmöglichkeiten über ihr Vermögen. Es galt die Verwaltung durch den Mann. Der durch § 1408 BGB etablierte Güterstand der Gütertrennung war ein Weg der Emanzipation. Die Gütertrennung führte dazu, dass Frauen weiterhin wenigstens über das eigene Vermögen selbst verfügen durften.

Die Zugewinnsgemeinschaft wurde in Deutschland 1957 eingeführt. Dabei wurde aber vergessen, darüber nachzudenken, dass die Zugewinnsgemeinschaft nur ein Fortschritt für den Schutz der nicht berufstätigen Frau war und dass die Eheleute sie auch einfach wieder abbedingen konnten.

Nach dem Paukenschlag des BVerfG vor 10 Jahren etablierte sich die sog Kernbereichslehre.<sup>17</sup> Sie lautet verkürzt – ähnlich wie im Gesellschaftsrecht –, dass es einen Kernbestand an Ehe- und Scheidungsfolgen gibt, den man nicht durch Ehevertrag oder Scheidungsvereinbarung abbedingen kann. Dazu gehören ua der Kindesunterhalt und der Betreuungsunterhalt sowie die Altersversorgung. Das gesamte sonstige Vermögen kann man von Ehe- und Scheidungswirkun-

gen ausnehmen, unerheblich davon, ob es sich um unternehmerisches oder privates Vermögen handelt. Für dieses sonstige – unter Umständen sehr große – Vermögen gilt die volle Vertragsfreiheit.

So richtig der Grundgedanke der Kernbereichslehre ist, so wenig passend ist sie heute noch und hat verschiedene Tücken. Das Unterhaltsrecht hat sich nämlich vollkommen geändert. Für den Unterhalt gibt es in Deutschland nach geltendem Recht keinen Schutz. Drei Jahre nach der Scheidung besteht grundsätzlich kein weiterer Anspruch auf Unterhalt, selbst wenn der geschiedene Ehepartner – zumeist die Ehefrau – noch für die relativ kleinen Kinder sorgen muss. Der Unterhalt endet selbst dann, wenn die Ehe nach 20-jähriger Ehe geschieden wird und aus ihr vier Kinder entsprungen sind. Auf einen Unterhaltsanspruch kann man sich nach geltendem Recht in Deutschland derzeit nicht verlassen, sodass es – typischerweise für eine Frau – in Deutschland heute sehr riskant ist, zugunsten eines Unternehmens und ohne entsprechende Absicherung auf eine eigene Einkommensmöglichkeit zu verzichten. Dies kann gerade für Unternehmeherehen von großer Bedeutung sein, weil vielfach erwartet wird, dass der angeheiratete Ehepartner seinen unabhängigen und eigenständigen Beruf aufgibt und sich im weiteren Sinn dem Unternehmen widmet. Bspw soll er sich etwa um karitative Tätigkeiten oder sonstige rund um das Unternehmen gebildete Aktivitäten kümmern.

Die Ehegüterverzichtsverträge wurden im Rahmen der weitreichenden Privatautonomie in einer Zeit anerkannt, zu der der Unterhaltsanspruch noch deutlich vereinbarungsfester war und dieser daher für die angeheirateten und nunmehr geschiedenen Ehepartner einen deutlichen höheren Wert hatte. Ein Sonderproblem bilden Alt-Eheverträge, die auf den gesetzlichen Unterhalt verweisen und an den gesetzlichen Unterhaltsanspruch anknüpfen. Der gesetzliche Unterhaltsanspruch ist durch eine Gesetzesänderung nunmehr seines Gehalts entkleidet. Das Instrument des Wegfalls der Geschäftsgrundlage wird zur Bewältigung dieses nunmehrigen Vertragsdefizits nur sehr zögerlich herangezogen.

Die herausragende Frage liegt in der Altersversorgung. In vielen Unternehmerfamilien gibt es keine Altersversorgung, die nach dem Versorgungsausgleich eine Alterssicherheit bietet. Die Alterssicherheit wird im Regelfall über die private Vermögensbildung geleistet. Die Judikatur des BGH, wonach die Sicherung für eine Familie über den Versorgungsausgleich vollzogen wird, passt für Unternehmerfamilien überhaupt nicht. Wo eine Managerehepartnerin einen erheblichen Anteil an den Versorgungsbezügen bekommen würde, erhält eine Unternehmerfrau nichts. Dies hat der BGH zwar noch nicht ausdrücklich ausgesprochen, der Trend läuft aber in diese Richtung.

Die Judikatur des BGH zum Güterstandsrecht führt dazu, dass die Vertragsgestaltungsfreiheit eher zugunsten des Unternehmens und zulasten der Familie, insb zulasten der Ehefrau, ausschlägt. Aufgrund dieser Rechtslage besteht nunmehr ein Gestaltungsbedarf, der dieser Entwicklung gegensteuern muss. Derzeit sind Verfahren auf dem Weg zum BGH, wo es um die Scheidung und um die Frage der Nichtigkeit von Güterstandsverzichtsverträgen geht. In diesen Verfahren ist die Frage zu klären, ob ein Verzichtsvertrag tatsächlich hält,

<sup>15</sup> BGH 11.2.2004, XII ZR 265/03, BGHZ 158, 81; 5.11.2008, XII ZR 157/06, BGHZ 178, 322.

<sup>16</sup> BVerfG 6.2.2001, 1 BvR 12/92, FamRZ 2001, 343; 29.3.2001, 1 BvR 1766/92, FamRZ 2001, 985.

<sup>17</sup> *Dauner-Lieb*, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht, AcP 201 (2001), 295; *dies*, Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle, AcP 210 (2010), 580; *Heinemann in Erman*, BGB<sup>33</sup> (2011) § 1408 Rz 5.

wenn die Ehefrau nach 20 bis 25 Jahren Ehe wieder auf das zurückfallen kann, was sie mit 19 Jahren als Maturantin gewesen ist. Dies obwohl sie 25 Jahre rund um das Unternehmen gearbeitet hat und gemeinsam mit dem Ehepartner Kinder hat. Zu überlegen ist, ob eine Ausgleichszahlung durch eine Unterhaltsleistung ersetzt werden kann. Eine Altersversorgung ist als solche nicht da. Wie kann sie hergestellt werden? Wie kann das Gesellschaftsrecht darauf reagieren? Die Vertragspraxis ist daher in Reaktion auf die weitgehende vom BGH anerkannte Gestaltungsfreiheit gefordert, rechtzeitig vernünftige Modelle zu entwerfen, um eine angemessene und ausgleichende Regelung gegen Alles-oder-nichts-Lösungen zu finden, die entweder auf vollkommene Gütertrennung oder auf vollkommenen Verzicht zielen. Die Betonung der Privatautonomie gerade in diesem Bereich führt beinahe zu der Erkenntnis, dass Gesellschafter einer Personengesellschaft deutlich fürsorglicher behandelt werden als Ehefrauen von Unternehmen oder auch Unternehmer untereinander.

Damit wird eine Kernfrage für die notwendigen Gestaltungen angesprochen, nämlich die Leistungskraft der Privatautonomie für „langfristige Verträge“. Die handelnden Parteien sind generell nur begrenzter Rationalität fähig. Im besonderen Maß gilt dies für mit hoher Emotionalität verbundene Verträge aus dem Familien- und Erbrecht. Die Vorstellungskraft für die Auswirkungen eines Vertrages ist beschränkt. Daher haben auch Gesellschaftsverträge, Familienverfassungen und Syndikatsverträge nur eine beschränkte Leistungskraft, da etliche Familienmitglieder mit ihren unterschiedlichen Erfahrungshorizonten keineswegs unbedingt absehen können, was sie bei Unterwerfung unter diese Regelungen eigentlich tun.

Die Beziehung eines Notars allein reicht oft nicht, um den Inhalt eines Vertrages verständlich zu machen und eine volle Aufklärung über die Reichweite einer vertraglichen Regelung zu erbringen. Schließlich besteht die Gefahr, dass der Notar dem Unternehmer oder einer bestimmten Personengruppe besonders nahesteht und er sich letztlich in einer Konfliktsituation befindet, wessen Interessen er am besten darstellt.<sup>18</sup> Vielfach arbeitet er unter der Prämisse, dass zunächst das Unternehmen zu erhalten ist. Die dadurch – möglicherweise – verzerrte und einseitige Rechtsberatung durch einen Notar muss daher um eine Rechtsberatung zugunsten der Betroffenen ausgeglichen werden. Schließlich zielen die Vertragsverfasser vor allem auf Rechtsicherheit, nicht auf Flexibilität und Einzelfallbezogenheit. Anpassungsklauseln werden möglichst eng gefasst, ohne dass sie tatsächlich ein Reagieren auf Änderungen der Umstände ermöglichen.

Selbst wenn man den Bestand des Unternehmens als Rechtsgut anerkennt, so ist das Interesse des Unternehmens nicht die einzige Perspektive, vielmehr sind auch die Interessen jener, die über Jahre am Unternehmen mitgewirkt haben, in die Abwägung einzubeziehen und entsprechend in Gestaltungen aufzunehmen und abzubilden. Das Gesellschaftsleitbild der 1950er-Jahre kann heute nicht mehr zugrunde gelegt werden, zumal zu dieser Zeit mit einem anderen Scheidungs- und Unterhaltsrecht die Versorgung des Ehepartners gesichert war. Eine erste Annäherung wäre es etwa, zu sagen,

dass ein Ausgleich in Höhe der Hälfte des Versorgungsvermögens geleistet werden müsste. Das unternehmerisch gebundene Vermögen wäre ohnehin ausgenommen, wie es nach österreichischem Recht gilt. Dieses Modell könnte variiert werden, etwa dahin, dass je nach Zahl der Kinder, Dauer der Ehe und eigenständiger Berufstätigkeit die Höhe des Versorgungsvermögens zugunsten der Frau erhöht wird. Dabei muss der gesamte Interessenhorizont einer Unternehmerfamilie gesehen werden und nicht allein das Interesse am Bestand des Unternehmens. Nach geltender Rechtslage sind vor allem die Ehefrauen betroffen. Die Anerkennung der Privatautonomie für Ehegütervertragsverträge muss zu einer angemessenen, interessenwahrenden Privatautonomie fortentwickelt werden, um ein taugliches Habitat für Unternehmerfamilien zu entwickeln.

Im Vergleich dazu sieht das österreichische Recht im Fall der Scheidung eine Aufteilung des Vermögens vor. Bei streitigen Scheidungen können die vormaligen Ehepartner innerhalb eines Jahres nach Rechtskraft der Scheidung einen Antrag stellen, dass das Vermögen gem §§ 81 ff EheG vom Außerstreitrichter nach Billigkeit aufzuteilen ist. Das österreichische Gesetz hat sich, um Einzelfallinteressen gerecht werden zu können, gegen eine pauschale Halbierung des während der Ehe gemeinsam erzielten Erwerbs entschieden. Unternehmen und Unternehmensanteile, die nicht bloß eine Wertanlage sind, sind von der Aufteilung ausdrücklich ausgenommen. Vorausvereinbarungen über die ehelichen Ersparnisse und auch über das eheliche Gebrauchsvermögen einschließlich der Ehwohnung unterliegen der Ehepartnerautonomie. Auch derartige Aufteilungsvereinbarungen schließen ein Aufteilungsverfahren nicht aus. Dies bedeutet, dass sie letztlich auch einer Billigkeitskontrolle durch das Gericht unterworfen sind.<sup>19</sup>

## VI. Erbrecht für Familienunternehmen

*Martin Schauer* erörterte schließlich das Erbrecht für Familienunternehmen und Besonderheiten für Unternehmerfamilien. Auch seinem Vortrag (hier auszugsweise wiedergegeben) liegt eine These zugrunde, dass kein spezifisches Gesetz für Familienunternehmen und für die spezifische Situation für Unternehmerfamilien besteht:

### 1. Interessen in der Unternehmensnachfolge

Ausgangslage ist auch hier eine Sichtung und Analyse der einzelnen Interessen. Das Erbrecht rückt das Unternehmen in den Kristallisationspunkt konfligierender Interessen. Neben dem Erblasser und dem Erben, den nicht zum Zug kommenden Erben, dh den Pflichtteilsberechtigten, treten bei Unternehmen vor allem die Mitgesellschafter und Gläubiger des Unternehmens als weitere Interessenträger auf.

Der Erblasser hat ein Interesse, dass ein fähiger, geeigneter Sohn oder die fähigste Tochter das Unternehmen nach seinen Intentionen weiter führt. Die Mitgesellschafter haben ein Interesse daran, an der Auswahl eines Nachfolgers mitzuwirken. Sie wollen daher auf den Nachfolgevorgang Einfluss nehmen. Die Erben haben ein Interesse daran, Vermögen aus dem

<sup>18</sup> Siehe dazu *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 9/86 ff.

<sup>19</sup> OGH 15.11.2012, 1 Ob 144/12a.



Nachlass zu bekommen, die Pflichtteilsberechtigten, jedenfalls ihren Pflichtteil in angemessener Höhe zu erhalten. Die Wertquote soll nicht durch Transaktionen zu Lebzeiten gedrückt werden. Üblicherweise haben auch die Gläubiger ein Interesse an dem Erbgang. Aus Sicht eines Gläubigers ist ein Erbgang eine Krisen- oder Gefahrensituation. Für den Gläubiger ist nicht absehbar, wer Nachfolger ist. Damit kommt eine neue Unsicherheit in die bereits bestehende Geschäftsbeziehung. Während sich das Erbrecht auf den Schutz der Erben und der Pflichtteilsberechtigten sowie im bestimmten Maß der Gläubiger konzentriert, liegt der Schutz der Mitgesellschafter und auch der Gläubiger vorwiegend in der Hand des Gesellschaftsrechts.

## 2. Spannungsverhältnis Distributionsprinzip – Unternehmenserhalt

Die zwei tragenden Prinzipien des Erbrechts, nämlich die Privatautonomie des Erblassers, insb die Testierfreiheit, auf der einen Seite und die Familienerbfolge auf der anderen Seite stehen in einem Spannungsverhältnis, das sich gerade auch bei Familienunternehmen zeigt. Die Testierfreiheit steht für die vollkommene Freiheit des Erblassers, zu entscheiden, an wen sein Vermögen nach seinem Tod fallen soll. Das Familien-erbrecht schränkt diese Freiheit ein, indem es bestimmte Personen im Zweifel bedenkt (gesetzliche Erbfolge oder Pflichtteilsrecht).

Wegen des Fehlens besonderer Regelungen für Familienunternehmen wird das Spannungsverhältnis des Prinzips der Testierfreiheit und jenes des Familienerbrechts besonders deutlich. Das Spannungsverhältnis zeigt sich in der Verteilungs- oder Distributionswirkung des Erbrechts einerseits und dem Interesse am ungeteilten Erhalt der Eigentümerinteressen am Unternehmen andererseits. Während die Distributionswirkung des gesetzlichen Erbrechts mit der Aufteilung auf die Abkömmlinge einer Generation durch letztwillige Verfügung, dh durch ein Testament, abdingbar ist, ist die Verteilungswirkung des Pflichtteilsrechts einseitig nicht überwindbar, vielmehr besteht dieser Anspruch jedenfalls. Die aus der Sicht des Unternehmens zentrifugale oder gar explosive Wirkung des Erbrechts liegt daher im Pflichtteilsrecht.

## 3. Pflichtteilsanspruch

Das Erbrecht sieht abgesehen von den Pflichtteilsansprüchen keinen Zwang zur Gleichbehandlung vor. Der Erblasser ist in seiner Zuteilungsentscheidung frei. Die Testierfreiheit gestattet die Ungleichbehandlung. Ungleichheit ist so weit zulässig, als nicht in den Persönlichkeitsschutz der Nacherben, insb in ihre Eheschließungsfreiheit, eingegriffen wird. Wenn als Erbe oder Nacherbe nur Personen berufen werden können, die etwa nur in standesgemäßer Ehe leben,<sup>20</sup> so lässt sich die Unwirksamkeit einer solchen letztwilligen Verfügung – entgegen der Judikatur des OGH<sup>21</sup> – nicht mit der Drittwirkung der Grundrechte begründen. Man müsste sonst die Testierfreiheit an sich als dem Gleichheitsgrundsatz widersprechend und damit als verfassungswidrig betrachten. Die Testierfreiheit und das Pflichtteilsrecht stehen in einem Komplementärverhältnis.

<sup>20</sup> BVerfG 22.3.2004, 1 BvR 2248/01.

<sup>21</sup> So aber OGH 8.9.2004, 7 Ob 193/04i.

Die Testierfreiheit endet beim vom Gesetz zugesprochenen Pflichtteil. Der Pflichtteil garantiert eine grundsätzlich unabdingbare Erbportion. Der Pflichtteil ist ein Geldanspruch, was ein Hofdekret aus dem Jahr 1841 ausdrücklich in authentischer Interpretation festlegte, und besteht auch nach Aufhebung dieser Rechtsgrundlage in dieser Form weiter.

Das Sondererbrecht für land- und forstwirtschaftliche Betriebe, nämlich das Anerbenrecht, löst das Spannungsfeld zwischen dem Erbrecht und dem Bestand des Unternehmens zugunsten des Unternehmens auf: Nach dem Anerbenrecht kann das Unternehmen Erbhof nur ein fähiger Anerbe oder eine Anerbin bekommen; die weichenden Erben treten von Gesetzes wegen zurück. Sie haben zwar einen Ausgleichsanspruch, aber der Ausgleichsanspruch ist so bemessen, dass der Anerbe „wohl bestehen“ kann. Durch die Auswahl nur eines – fähigen – Anerben und durch die reduzierte Bemessung des Ausgleichsanspruchs soll das Überleben des Unternehmens Erbhof gesichert werden. Das Gesetz räumt dem Fortbestandsinteresse am Unternehmen den Vorrang vor dem Distributionsinteresse des Erbrechts ein.

Die Distributionswirkung des Erbrechts steht auch in einem deutlichen Spannungsverhältnis zum Scheidungsrecht: Bei der streitigen Scheidung wird für unternehmerisches Vermögen gem §§ 81 ff EheG der Bestandsschutz anerkannt. Unternehmen gehören bei der Vermögensaufteilung nicht zur Aufteilungsmasse. Unternehmensanteile, die nicht bloße Wertanlage sind, gehören ebenfalls nicht zur Aufteilungsmasse. Die Unternehmensanteile bleiben somit bei dem, der sie bereits hat. Abgesehen von bestimmten Ausnahmen gibt es für das unternehmerische Vermögen auch keinen Ausgleichsanspruch. Seit der Novelle 1991 werden eingebrachtes Gebrauchsvermögen und Ersparnisse berücksichtigt. Dafür gibt es auch Ausgleichsansprüche. Ausdrücklich sagen die Materialien des EheG aus 1978, dass es um volkswirtschaftliche Interessen geht und verhindert werden soll, dass Unternehmen nicht in ihrer Existenz dadurch gefährdet werden, dass sie quasi vom bisherigen Unternehmer auf den geschiedenen Ehepartner übertragen werden und dieser nunmehr das Unternehmen bekommt. Deutlich kommt somit der Vorrang des Unternehmenserhalts gegenüber einer Aufteilung unter den Beteiligten zum Vorschein. Die Distributionswirkung des Scheidungsrechts wird zugunsten der Sicherung von Stabilität und Kontinuität der Unternehmen zurückgedrängt.

Welche Gestaltungsmöglichkeiten bestehen nun, um die Distributionswirkung des Erbrechts und vor allem des Pflichtteilsrechts zu neutralisieren? Im Grunde bestehen dafür konsensuale, dh einvernehmlich hergestellte Gestaltungsmöglichkeiten unter den Beteiligten sowie einseitige Gestaltungselemente.

Das herausragende Beispiel für eine einvernehmliche Lösung sei der Erb- und vor allem der Pflichtteilsverzicht, der mit oder ohne Abfindung vorgenommen werden könne. Im Regelfall wird für einen Pflichtteilsverzicht eine Gegenleistung erbracht. Diese Gegenleistung wirft bereits das Problem des Liquiditätsbedarfs auf. Dieser hängt von der Höhe der Abfindung ab.

Einseitige Gestaltungsmöglichkeiten liegen darin, das Vermögen schon zu Lebzeiten durch Schenkung an eine andere Person zu übertragen. Die anderen pflichtteilsberech-

tigten Personen haben gem § 785 ABGB die Möglichkeit, durch Geltendmachung des Schenkungspflichtteils ihren Pflichtteil zu erhöhen. Um diese Möglichkeit hintanzuhalten, bestehen zwei Varianten, nämlich dass das Vermögen an eine nicht pflichtteilsberechtigende Person übertragen wird. Die Geltendmachung des Schenkungspflichtteils bei Übertragung an nicht pflichtteilsberechtigende Personen ist nämlich nur möglich, wenn die Schenkung innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Tod des Erblassers gemacht worden ist. Das Vermögen ist dann bereits zu Lebzeiten des Erblassers weg. Schenkungen an andere pflichtteilsberechtigende Personen sind unbefristet zu berücksichtigen, während Schenkungen an nicht pflichtteilsberechtigende Personen in der Frist zwei Jahre lang vor dem Tod des Erblassers Berücksichtigung finden. Schenkungen an pflichtteilsberechtigende Personen, die damit auf ihren Pflichtteil verzichten, machen diese zu nicht pflichtteilsberechtigenden Personen und reduzieren die Anrechnungsfrist auf zwei Jahre. Allein wenn ein zeitlicher und funktionaler Zusammenhang zwischen Schenkung und Pflichtteilsverzicht besteht, ist dieser rechtsmissbräuchlich<sup>22</sup> und greift die Zweijahresfrist nicht. Da die Figur des Rechtsmissbrauchs idZ nicht fest umrissen ist, besteht massive Rechtsunsicherheit. Zusätzlich stellt sich die Frage, ob eine Schenkung, die gegen einen Pflichtteilsverzicht vorgenommen wird, ihren Charakter als unentgeltliches Geschäft verliert, wenn sogleich der Pflichtteilsverzicht erklärt wird.

Abgesehen von einseitigen Beseitigungen des Pflichtteilsanspruchs ist es möglich, den Pflichtteil unterschiedlich auszugestalten. Zwar besteht im Grundsatz der Pflichtteilsanspruch in einem Geldanspruch, aber der Erblasser hat die Möglichkeit, diesen Geldanspruch durch Zuwendungen aus dem Nachlass abzudecken. Letztlich besteht der Pflichtteil aus einem Geldanspruch mit Erblasserwahl. Der Erblasser kann sich daher aus dem Geldanspruch durch entsprechende Gestaltung „herausoptieren“, indem er den Pflichtteilsberechtigten zum Erben einsetzt oder ihm ein Vermächtnis im ausreichenden Wert hinterlässt. Auch hier bestehen in Randbereichen Unschärfen für die Gestaltungen. Wie weit kann man den Geldanspruch durch erbrechtliche Zuwendung ersetzen? Niemand bezweifelt, dass ein Geldanspruch nicht entsteht, wenn dem Pflichtteilsberechtigten eine Erbquote zugewendet wird, die der Quote des Pflichtteilsanspruchs entspricht. Niemand bezweifelt, dass der Pflichtteil durch ein Vermächtnis, etwa durch ein Grundstück, das wertmäßig dem Pflichtteil entspricht, gedeckt werden kann. Strittiger ist hingegen das Rentenlegat oder das Fruchtgenusslegat. Sowohl das Rentenlegat als auch das Fruchtgenusslegat sind in der Praxis vielfach angewendete Formen für das *opting out* aus dem Geldersatz, selbst wenn sie in der Literatur<sup>23</sup> nicht unumstritten sind. Von der Judikatur jedenfalls anerkannt wird die Unterbeteiligung an einer OG.<sup>24</sup> Die Begünstigtenstellung in der Stiftung ist nicht klar. Jedenfalls ist sie bei einem klagsweise durchsetzbaren Anspruch gleichwertig.

Das Gesellschaftsrecht bietet ebenfalls Gestaltungsmöglichkeiten. So hat der OGH die Einbringung von Eigentum in

eine OG mit gleichzeitigem Ausschluss der Abfindung zugunsten der Erben des Gesellschafters anerkannt.<sup>25</sup> In der Zwischenzeit hat das Gericht diese Aussage aber – in kryptischer Weise – eingeschränkt, indem es ergänzend festlegte, dass derartige Gestaltungen zu keiner Schmälerung der Pflichtteilsansprüche führen dürfen.<sup>26</sup>

Weitere Gestaltungsgrenzen liegen in der Regelung von Aufgriffsrechten. Die Judikatur verneint für das Kapitalgesellschaftsrecht – im Unterschied zum Personengesellschaftsrecht – die Anwachsung zugunsten der anderen Gesellschafter,<sup>27</sup> sodass diese Gestaltungsmöglichkeit nur unter Einbeziehung einer Andienungspflicht möglich ist.

Schließlich bietet die EU-Erbrechtsverordnung 2012<sup>28</sup> ab 2015 neue Gestaltungsmöglichkeiten. Während nach geltendem Recht (§ 28 IPRG) das Erbrecht an die Staatsbürgerschaft des Erblassers anknüpft, ermöglicht die EU-Erbrechtsverordnung, die auf Rechtsnachfolgen nach Personen, die ab dem 17.8.2015 versterben, anwendbar sein wird, neue Gestaltungsmöglichkeiten. Nach der EU-Erbrechtsverordnung besteht die Wahl zwischen dem Recht der Staatsbürgerschaft, dem Recht des Aufenthaltsstaates im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt des Todes oder die Wahl kann auch in der letztwilligen Verfügung vorgenommen werden. Somit wird es künftig zulässig sein, in der letztwilligen Verfügung eine Rechtswahl vorzunehmen oder ohne Rechtswahl die Anwendung des Rechts des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitpunkt des Todes zuzulassen. Somit ist damit eine Pflichtteilsvermeidung durch Wohnsitzverlegung grundsätzlich möglich.

Das Erbrecht und insb das Pflichtteilsrecht stehen in der rechtspolitischen Diskussion und gehen dabei auch auf die besonderen Erfordernisse für Familienunternehmen und Unternehmerfamilien ein. Rechtspolitisch soll jedenfalls, abgesehen von grundlegenden Gestaltungsmöglichkeiten iSd Anerbenrechts oder iSd Modells des Scheidungsrechts, eine Steigerung der Rechtssicherheit für die Pflichtteilsdeckung geschaffen werden, um der Praxis taugliche und vorhersehbare Gestaltungsmöglichkeiten zu eröffnen. Nur so kann das „Habitat“ Erbrecht für Familienunternehmen in angemessener Weise aufbereitet werden.

## VII. Ausblick

Auf der Grundlage von aktuellen Fällen<sup>29</sup> wurden am folgenden Tag die Gestaltungsmöglichkeiten des geltenden Rechts entlang der Linien des Gesellschafts- und Vertragsrechts sowie Familien- und Erbrechts erarbeitet und dabei die maßgeblichen Konfliktfelder identifiziert. Sie zeigen den Bedarf intensiver rechtspolitischer und rechtsdogmatischer Diskussionen und liefern damit auch gleich Programmschwerpunkte des Familienunternehmertages 2014.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> OGH 10.9.1992, 8 Ob 644/91.

<sup>26</sup> OGH 10 Ob 34/07s.

<sup>27</sup> OGH 7.8.2008, 6 Ob 150/08i; 25.2.1993, 6 Ob 1013/92; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 20/49.

<sup>28</sup> Verordnung (EU) Nr 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABL L 201 vom 27.7.2012, S 107.

<sup>29</sup> Geplant ist, die Fälle in den Folgeheften der GesRZ zu diskutieren.

<sup>30</sup> Siehe <http://www.familienunternehmen.co.at>.

<sup>22</sup> Siehe nur RIS-Jusitz RS0037904.

<sup>23</sup> *Giller in Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 19 Rz 27 ff.

<sup>24</sup> OGH 15.10.1998, 6 Ob 189/98g; 29.1.2002, 5 Ob 14/02y.

# GesR Z-Quartal Sa bo

inklusive **Onlinezugang**  
und **app** zum Hef t-download

**Aktion**  
Jetzt 20%  
günstiger!



## BESTELLEN SIE JETZT IHR QUARTALSABO

Ja, ich bestelle  Exemplare

**GesRZ-Quartalsabonnement 2013 inkl. Onlinezugang und App**

(42. Jahrgang 2013, Heft 5+6)

**EUR 25,40**

(Jahresabo 2013 EUR 127,-)

**Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten.** Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort

E-Mail

Telefon (Fax)

Newsletter:  ja  nein

Datum/Unterschrift

Linde Verlag Ges.m.b.H.  
Scheydgasse 24,  
PF 351, 1210 Wien  
Tel: 01 24 630-0,  
Bestellen Sie online unter  
[www.lindeverlag.at](http://www.lindeverlag.at)  
oder via E-Mail an  
[office@lindeverlag.at](mailto:office@lindeverlag.at)  
oder per Fax  
**01/24 630-53**

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356